



KLAGANDE

Pontech Marina AB, 556881-7620

Ombud: Chefsjurist [REDACTED]

MOTPART

Vellinge kommun

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist
[REDACTED]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 2 april 2024 i mål nr 7107-23,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Pontech Marina AB (bolaget) yrkar att det avtal som Vellinge kommun slöt med Svensk Sjöentreprenad i Malmö AB (Sjöentreprenad) den 2 november 2022 förklaras ogiltigt. Bolaget anför följande.

De aktuella flytbryggorna är inte byggda på plats utan är fabriksstillverkade standardprodukter och har köpts in av en särskild leverantör av sådana varor

(SF Pontona Sverige AB). Bryggorna har sedan transporterats till Skanör för installation på plats i den befintliga hamnanläggningen.

Själva installationen består av förtöjning mot hamnens befintliga kajstruktur samt förankring med kedjor mot pålar och bojsänken i sjöbotten för att hålla de flytande bryggorna på plats. Installationen innefattar inte någon fast konstruktion. Bryggorna kan närsomhelst arrangeras om eller flyttas till en annan plats. Det är därmed inte fråga om något byggnadsverk som *självständigt* fyller en teknisk eller ekonomisk funktion, utan installationsarbeten av fabriksstillverkade varor inom ramen för en redan befintlig hamnstruktur med betongkajer, stenpirer, vågbrytare m.m. Den aktuella entreprenaden avser inte heller några egentliga byggarbeten utan inskränker sig enligt uppdragsbeskrivningen till erforderlig pålning, grävning, el- och vattendragning samt belysnings- och plåtarbeten för installation av de nya bryggpontonerna.

Enligt den kalkyl som upprättats för entreprenaden utgör värdet för bryggorna ungefär två tredjedelar av det totala kontraktsvärdet. Trots detta har anskaffningen av bryggorna varken kravsatts, prissatts eller utvärderats i förfarandet. Det enda som erbjudits, prissatts och utvärderats i upphandlingen är installationsarbetena som motsvarar en dryg tredjedel av det totala kontraktsvärdet. Detta torde finna sin förklaring i att det redan från början varit klart att brygganskaffningen aldrig skulle konkurransutsättas. Den upphandlade leverantören har inte genomfört någon egen projektering utan detta var klart redan innan kontraktet tilldelades Sjöentreprenad. Kommunen har i praktiken låtit köpa bryggorna direkt från SF Pontona Sverige AB, genom Sjöentreprenad, som därefter utfört installationsarbetet enligt anbud. Någon konkurransutsättning avseende bryggorna har aldrig ägt rum.

De aktuella installationsarbetena utgör endast en effekt av det huvudsakliga syftet med upphandlingen, att köpa in nya flytbryggor och få dessa

installerade på plats i en redan befintlig hamnstruktur. I enlighet med bestämmelserna för blandade kontrakt alternativt rena varukontrakt ska upphandlingen handläggas som ett varukontrakt.

Eftersom värdet av de aktuella varorna överstiger det vid tidpunkten gällande tröskelvärde för varukontrakt skulle upphandlingen annonserats enligt bestämmelserna i 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162). Det innebär att annonsering skulle skett i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Eftersom det inte har skett ska det avtal som ingåtts mellan kommunen och Sjöentreprenad förklaras ogiltigt enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den aktuella upphandlingen har genomförts enligt bestämmelserna för byggentreprenader under tröskelvärde och annonsering har skett i en nationell databas. Bolaget anser att den aktuella upphandlingen borde hanterats enligt bestämmelserna för varukontrakt över tröskelvärde. Enligt bolaget ska det avtal som kommunen ingått med Sjöentreprenad därför anses ogiltigt enligt 20 kap. 13 § LOU eftersom det slutits utan föregående korrekt annonsering. Frågan i målet är därför om den aktuella upphandlingen av flytpontonbryggor och tillhörande installation ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt. Avgörande för den bedömningen är om kontraktet avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk enligt 1 kap. 9 § LOU.

Enligt 1 kap. 10 § LOU avses med byggnadsverk det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Av de administrativa föreskrifterna för upphandlingen och av det tecknade avtalet framgår att entreprenaden ska genomföras i två faser. Den första fasen avser detaljprojektering och den andra fasen avser entreprenadens utförande i sin helhet. Tillsammans ska detta resultera i fyra nya flytbryggor å cirka 3 x 50 meter, med landgång mellan norra och södra piren, ny service- och jollebrygga i L-form av flytbryggor, breddning av brygga på södra piren, ny konsolbrygga längs med norra piren samt tillhörande installationer.

Enligt kammarrätten innebär inte det faktum att bryggorna installerats på plats genom förankring och förtöjning eller att de kan förflyttas att de inte, såsom bolaget gjort gällande, kan ha en självständig teknisk eller ekonomisk funktion. Inte heller den omständigheten att bryggorna tillverkats i en fabrik hindrar enligt kammarrätten att det kan vara fråga om sådant bygg- eller anläggningsarbete som avses i 1 kap. 10 § LOU. Kammarrätten anser vidare att arbeten i form av pålning, grävning, el- och vattendragning m.m. kan utgöra bygg- eller anläggningsarbete enligt nämnda paragraf.

Vidare har bolaget anfört att flytbryggorna tillverkats av och köpts in från en annan leverantör än Sjöentreprenad samt att det huvudsakliga värdet i upphandlingen avser bryggorna och inte installationen av dessa. Enligt bolaget har därför huvudsyftet med upphandlingen varit köp av varor i form av flytbryggor. EU-domstolen har i det här sammanhanget uttalat att det vid bedömningen av huruvida det huvudsakliga föremålet för ett avtal är utförandet av ett byggnadsverk saknar betydelse om den som ingår avtalet inte själv fullgör byggentreprenaden utan låter dessa arbeten fullgöras av underleverantör (se dom den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 38). Det kan därmed enligt kammarrätten vara fråga om ett byggentreprenadkontrakt även om det bolag som ingått avtal med kommunen har anlitat en underleverantör. Inte heller den omständigheten att kostnaderna för bryggorna utgjort den största delen i den kalkyl som

bolaget hänvisat till innebär att upphandlingen inte kan avse ett byggentreprenadkontrakt.

Av avtalet mellan kommunen och Sjöentreprenad framgår vidare att en detaljprojektering ska utföras under den första fasen och att det bland annat ska resultera i kompletta bygghandlingar och en detaljkalkyl. Enligt kammarrätten får det anses utgöra projektering enligt 1 kap. 9 § LOU. Vad bolaget anfört om att den upphandlade leverantören inte själv utfört någon projektering utan att detta var klart när kontraktet tilldelades Sjöentreprenad föranleder ingen annan bedömning.

Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten att den aktuella upphandlingen avsett projektering och utförande av ett byggnadsverk, som självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion. Upphandlingen har därmed avsett ett byggentreprenadkontrakt och inte, såsom bolaget anfört, ett blandat kontrakt. Det har inte framkommit att kommunen, genom att tillämpa de bestämmelser som gäller för byggentreprenader under det tröskelvärde som anges i 5 kap. 1 § LOU och annonsera upphandlingen i en nationell databas, agerat på ett sådant sätt som gör att avtalet ska anses ogiltigt enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Det har inte heller i övrigt framkommit skäl för att förklara avtalet ogiltigt. Bolagets överklagande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

Petter Classon

Birgitta Henriksson
referent

Sara Kazemi

/Fanny Camling



Hur man överklagar

KR-09

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet.

I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får Högsta förvaltningsdomstolen inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser,

och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.