



SÖKANDE

Svensk Storköksservice AB, 556672-3804
Källängsvägen 2
141 71 Segeltorp

Ombud: Maria Thorstensson
Nordbro AB
Södra Järnvägsgatan 5
352 34 Växsjö

MOTPART

Västerås kommun
721 87 Västerås

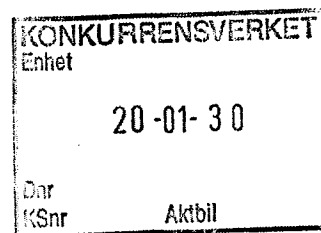
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut den 29 maj 2019 om inhibition upphör att gälla.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västerås kommun (kommunen) genomför upphandling benämnd *Storköksmaskiner*, dnr GSN 2019/00204. Efter att kommunen den 26 april 2019 övergick från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande har Svensk Storköksservice AB (bolaget) ansökt om överprövning innan något tilldelningsbeslut har fattats i upphandlingen.

Förvaltningsrätten har den 29 maj 2019 förordnat att avtal inte får ingås innan rätten beslutar annat.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs bland annat följande.

Övergång till förhandlat förfarande

En förutsättning för att kunna övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 6 kap. 16 § LOU är att deltagande anbudsgivare uppfyller kraven i enlighet med 13 kap. LOU, det vill säga att anbudsgivaren ska ha fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och avgifter. Den 6 mars 2019 var det inte längre möjligt att genom SKV 4820-blanketten erhålla information om registrerad skatteskuld från Kronofogdemyndigheten. Kommunen har därmed inte efter detta datum haft tillgång till de uppgifter som är nödvändiga för att säkerställa att samtliga anbudsgivare har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och avgifter. Med beaktande av att det inte kan säkerställas att 13 kap. LOU uppfylls av deltagande anbudsgivare ska det förhandlande förfarandet avbrytas och upphandlingen ska göras om.

Upphandlingsunderlaget är konkurrensbegränsande

Kravställningen i upphandlingen är utformad på så sätt att en eller

flera leverantörer gynnas i strid med likabehandlingsprincipen. I underlaget anges detaljerade krav för respektive produktgrupp gällande bland annat funktioner, kapacitet, ljudnivå samt storlek. Gällande produktgrupp *1.0 Diskmaskiner* kan konstateras att kommunen vid utformande av kraven har utgått ifrån Wexiödisks produktsortiment och produktblad avseende Wexiödisks diskmaskiner. För produktgruppen *2.0 Kombiugnar* beskriver de angivna obligatoriska krav en ugn av märket Rational och för produktgrupp *5.0 rostfria vagnar* beskriver kraven vagn av märket Hallins.

Gällande undergrupp *huvdiskmaskin entank stor* är de obligatoriska kraven direkt citerade från det produktblad som avser Wexiödisks huvdiskmaskin WD-6 Duplus. I kraven anges att storleken på diskmaskinen ska vara 657 x 600 x 1 980, ± 15 procent (djup x bredd x höjd). Det kan emellertid konstateras att huvdiskmaskin WD-6 Duplus från Wexiödisk inte uppfyller angivet obligatoriskt krav gällande bredd då produkten är 723 mm bredd med automatisk huv. I kraven anges även "*vattenförbrukning sköljning/program 1-1,5 liter ± 15 procent*". Emellertid gäller angiven vattenförbrukning enbart vissa specifika program och inte samtliga program. Detta följer av att det anges i produktbladet för WD-6 Duplus att det är "*anpassningsbara disk- och sköljtider samt temperaturer för alla program*".

Beträffande undergrupp "*Tunneldiskmaskin*" är flertalet krav direkt citerade från produktbladet gällande Wexiödisks tunneldiskmaskin WD-11. I kraven anges "*storlek monterad D x B x H (mm) 697 x 1 635 x 1 735 ± 15 procent*". Bredden ska således vara 1 635 mm ± 15 procent monterad, vilket innebär ett intervall av minimal bredd på 1 389 mm och maximal bredd på 1 880 mm. Enligt produktbladet för Wexiödisk WD-11 tunneldiskmaskin är bredden dvs. längden på maskinen 1 355 mm monterad, vilket innebär att diskmaskinen inte uppfyller angivet obligatoriskt krav.

Det är således tydligt att de obligatoriska kraven är riktade till en specifik leverantörs produkter även om det uttryckligen inte anges i upphandlingsdokumentationen. En upphandlande myndighet får emellertid inte låta särskilda önskemål och att t.ex. ett visst fabrikat på en produkt ska införskaffas få konsekvensen att upphandlingen i praktiken är konkurrensbegränsande eller missgynnar viss leverantör. Genom att styra och rikta de obligatoriska kraven gentemot en specifik leverantör är det i praktiken inte möjligt för någon annan leverantör att vinna upphandlingen. Kommunen har därför agerat i strid mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna (se Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 10 februari 2016 i mål nr 12256-15).

I det här fallet gynnas Wexiödisks diskmaskiner och Rationals ugn och de anbudsgivare som offererar dessa produkter då angivna krav i upphandlingsdokumentet är direkt citerade från leverantörernas produktdatablad. Det strider mot likabehandlingsprincipen att styra kraven så att endast en viss leverantörs produkter kan offereras trots att även andra produkter fyller myndighetens behov. Även om de aktuella produkterna finns fritt tillgängliga på marknaden är det självklart att en anbudsgivare som normalt sett inte har produkterna i sitt sortiment eller inte samarbetar med tillverkaren av produkterna, missgynnas i förhållande till de anbudsgivare som använder sig av produkterna.

Oproportionerliga krav

Vad gäller produktgrupp 2.0, Kombiugnar, så är det endast en Rationalugn som kan offereras av anbudsgivarna utifrån angivna krav att ljudnivån inte får överskrida 70 dBA. Kommunen ska visa att antagen produkt uppfyller kravet på ljudnivå. Kan detta inte påvisas ska anbudet rätteligen diskvalificeras. Det strider mot likabehandlingsprincipen att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga angivna obligatoriska krav.

Vad gäller ett obligatoriskt krav för kombiugnar att ljudnivån inte ska överstiga 70 dBA så anger inte någon tillverkare av ugnar information om decibel i produktbladen. Således kan inte detta obligatoriska krav uppfyllas av någon anbudsgivare.

Gällande undergrupp *underbänksmaskin* är det uppställda kravet att underdiskmaskinen ska klara upp till 50 korgar per timme oproportionerligt då denna typ av diskmaskin oftast är placerad på en förskola. Inom en förskoleverksamhet är det inte nödvändigt med denna diskkapacitet. Vidare framgår det inte av obligatoriska krav om diskmaskinen ska kopplas till en varmvattenanslutning eller kallvattenanslutning. Vid kallvattenanslutning eller inte tillräckligt varmt varmvatten samt om en kondenseringsenhet används som tillval, sänks kapaciteten till 35 korgar per timme.

Beträffande produktgrupperna 4.0 Kokgrytor, och 7.0 Degblandare, kan konstateras att kraven i vissa fall anges såsom konkreta krav gällande till exempel vikt och ibland anges det inom en intervall utifrån vilken specifik produkt som efterfrågas. Gällande kokgrytor medför uppställda krav att endast produkter från en leverantör kan komma ifråga. I vissa fall är även kraven onödigt väl specificerade. För kokgrytor hade formuleringen ”steglös varvtalsinställning för omrörare” varit tillräcklig utan att behöva ange 5-155 rpm \pm 15 procent. Det ska också framföras att antalet varv inte kan likställas med hastigheten på omröraren, eftersom diametern på kokgrytan avgör hastigheten ute vid kanterna på grytan. En kokgryta med en större diameter medför vid samma varvtal en högre hastighet vid kanterna i jämförelse med en kokgryta med mindre diameter.

Det ankommer på kommunen att styrka att antagen leverantör uppfyller samtliga angivna obligatoriska krav. Vid övergång till ett förhandlat förfarande är det inte tillåtet att efterge eller bortse från krav som

uppställts i förfrågningsunderlaget då detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Det får därför anses vara mycket troligt att, trots möjligheten till anpassning av offererade produkter utifrån angivna obligatoriska krav, att ingen anbudsgivare uppfyller samtliga ställa obligatoriska krav.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Övergång till förhandlat förfarande

Kontroll i överensstämmelse med 15 kapitlet i LOU har genomförts genom inhämtande av uppgifter från Kronofogdemyndigheten och denna kontroll har inte visat på att någon av de aktuella anbudsgivarna brutit i sina skyldigheter avseende betalning av skatter enligt 13 kap. 2 § LOU. Kommunen har därvid inte brutit mot förutsättningarna för övergång till förhandlat förfarande utan annonsering enligt 6 kap. 16 § LOU.

Ställda krav enligt upphandlingsdokumentation

Kraven i upphandlingen har utformats utifrån det behov som kommunen har när det gäller storköksmaskiner. När det gäller diskmaskiner, ugnar och vagnar har det tydliggjorts i underlaget att kapacitet och storlek på maskinerna samt minimimått på vagnens hjul kan variera utifrån ställt krav med ± 15 procent. Kommunen har tagit hänsyn till de önskemål som framförts av de verksamheter som berörs av upphandlingen, både när det gäller maskiners storlek, utformning, kapacitet och funktion. De krav som ställts i upphandlingen är proportionerliga då de tagits fram utifrån det behov kommunen har, är ägnade att tillgodose detta behov, är nödvändiga för att detta ska uppnås och står i rimlig proportion till den skada som kravet möjlighet kan medföra för vissa leverantörer.

Även om en upphandlande myndighet vid kravställande skulle utgå från ett visst märkes produktblad, innebär inte detta per automatik att kravspecifikationerna är oproportionerliga om myndigheten öppnar upp, mildrar kraven och anpassar dem efter sitt behov. I upphandlingsdokumenten har angetts tydliga intervall gällande exempelvis mått, funktion och effekt. Genom att ange max- och minimigränser har kommunen öppnat upp för marknaden och inte begränsat sig till ett visst produktmärke. Det kan också konstateras att produkter från olika tillverkare har offererats och klarat av produktkraven.

Krav på maskiner

Vad bolaget anför om att en så kallad underdiskmaskin oftast är placerad på förskola och därför inte behöver klara av att diska 50 korgar per timme saknar relevans. Kravet gällande diskkapacitet upp till 50 korgar per timme avser den maskin som offereras, maskinen ska alltså klara av detta krav. Vad gäller bolagets yttrande avseende *huvdiskmaskin entank stor* och *tunneldiskmaskin* framgår inte vad som avses med detta. Kommunen har angett vissa mått för maskinerna och står fast vid dessa krav.

För att främja en god arbetsmiljö har kommunen ställt krav om viss högsta ljudnivå på så kallade kombiugnar. Kommunen har i upphandlingen angett att teknisk specifikation ska utvisa att kravet uppfylls. Viss form på den tekniska specifikationen har inte angetts, utan den kan exempelvis utgöras av produktblad.

De krav som angetts när det gäller kokgrytor och degblandare är inte onödigt specificerade, utan kommunen har utgått från det behov som finns i verksamheterna. Samtliga krav är tydliga och proportionerliga.

Kommunen vill påminna om att utvärdering och tilldelning ännu inte skett.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

För att kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att myndigheterna har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för de grundläggande principerna. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling och därigenom är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget (RÅ 2002 ref. 50).

I mål om offentlig upphandling grundar rätten vidare sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får som huvudregel själva bära ansvaret för utredningen. I det aktuella målet är det således bolaget som har bevisbördan för att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53.

Övergång till förhandlat förfarande

Kommunen har redogjort för hur förutsättningarna att övergå till ett förhandlat förfarande har varit uppfyllda avseende kontroll avseende betalning av skatter enligt 13 kap. 2 § LOU. Bolaget har inte invänt mot kommunens förklaring. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ingripa mot upphandlingen i denna del.

Fråga om upphandlingsunderlaget är konkurrensbegränsande

Bolaget har gjort gällande att flera krav som kommunen har ställt rörande de efterfrågade produkterna hänvisar till ett visst fabrikat och därmed strider mot principerna om likabehandling.

Enligt 9 kap. 6 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till fabrikat, ursprung eller framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning om detta leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen inte uttryckligen har efterfrågat ett specifikt varumärke. Det bolaget anför är dock att vissa av de krav som uppställts helt överensstämmer med produkter från Wexiödisk, Rational och Hallins. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att även ett krav som indirekt begränsar leverantörernas möjligheter att lämna anbud eller att offerera annat än produkter av visst fabrikat objektivt sett inskränker konkurrensen.

Bolaget har gett in produktblad från Wexiödisk, Rational och Hallins till styrkande av sina påståenden. Vid en jämförelse mellan de av bolaget åbero-

pade produktbladen och kommunens kravspecifikation kan visserligen konstateras att flera punkter avseende utformning och prestanda överensstämmer. Detta får dock anses vara naturligt för de flesta typer av produkter inom samma kategori oavsett tillverkare. Det är därvid förväntat att produkter avsedda för exempelvis storkök ska vara rostfria, att diskmaskiner ska ha vissa funktioner som automatiska rengöringsprogram och inställningsbara disk- och sköljtider, och att ugnar ska ha olika tillagningsmöjligheter et cetera. Även om kommunen skulle ha hämtat inspiration till utformandet av kravspecifikationerna från en eller flera specifika produkter måste det vidare åligga bolaget att visa hur detta kan ha en inverkan på upphandlingen. Bolaget har härvid inte närmare redogjort för hur produkter från Wexiödisk, Rational och Hallins skulle skilja sig från andra på marknaden förekommande fabrikat avseende utformning, funktion eller kapacitet avseende exempelvis vattenförbrukning. Bolagets anmärkning att diskmaskinerna från Wexiödisk inte uppfyller de i upphandlingsunderlaget angivna måttkraven motsäger också bolagets påståenden att kommunens kravspecifikationer skulle ha utformats efter bland annat Wexiödisks produkter. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget, utifrån vad som framförts i målet, inte visat att det finns några skäl att ingripa i upphandlingen på denna grund.

Fråga om upphandlingsunderlagets krav är oproportionerliga

Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Därtill följer av rättspraxis att upphandlande myndighet vid utvärderingen har rätt att själv avgöra vilka aspekter i ett anbud som har särskilt värde för den upphandlande myndigheten (se t.ex. RÅ 2010 ref .78).

Bolaget har anmärkt på att kraven angående högsta ljudnivå för ugnar, kapaciteten för diskmaskiner samt kapaciteten och utformningen av kokgrytor och degblandare skulle vara oproportionerliga. Kommunen har i förvaltningsrätten beskrivit att kraven utgår från verksamheternas behov och bolaget har därefter inte utvecklat sin argumentation ytterligare. Utifrån vad som framkommit i målet anser förvaltningsrätten inte att det är visat att kraven på de aktuella produkterna skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Inte heller i denna del finner förvaltningsrätten således anledning att ingripa mot upphandlingen.

Fråga om bristande kravuppfyllnad

Bolaget har slutligen anfört att diskmaskinerna från Wexiödisk överskrider vissa av de kravställda måtten. Det kan dock konstateras att det ännu inte har skett någon tilldelning i upphandlingen varför det i sig saknas skäl att pröva frågan om vilka anbud som eventuellt kommer att förkastas på grund av bristande kravuppfyllnad.

Sammantaget finner således förvaltningsrätten att vad bolaget anfört inte utgör skäl för ingripande mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Madelaine Tunudd
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av 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 myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

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

Om sista dagen infaller på 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 kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

