



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2016-06-13
Meddelad i
Malmö

Mål nr
3125-16

SÖKANDE

Engo SRL Ice Arena Equipment
Handwerkerzone 7
Zona artigianale
I - 39030 Terente
Italien

Ombud: Advokat Christian Härdgård
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART

Kristianstads kommun
Västra Storgatan 10-12
291 80 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2016-06-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Engo SRL Ice Arena Equipments ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 317621

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattentalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Kristianstads kommun genomför en upphandling av ismaskin. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande. Enligt tilldelningsbeslut har kontraktet tilldelats Winn Marketing AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Engo SRL Ice Arena Equipment (Engo) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Engo anför bl.a. följande. Enligt upphandlingsprotokollet förkastades anbudet från Ice Concept (Engos representant i Skandinavien) då anbudet inte uppfyllde kraven för maskinens snöupptagningsförmåga och slädbredd, dvs. tekniska krav som egentligen inte påverkar isbehandlingskvalitén. Enligt bolagets bedömning är det en riktad upphandling som endast en leverantör kan uppfylla. Dessutom var prisskillnaden avsevärd mellan det vinnande anbudet och anbudet som förkastades.

Under ”frågor och svar” har Ice Concept ifrågasatt flera av skall-kraven då bolaget anser att de strider mot principen om proportionalitet samt att kommunen har utformat förfrågningsunderlaget så att det i realiteten endast finns en leverantör som kan leverera den efterfrågade ismaskinen. Av upphandlingsprotokollet framgår att Ice Concepts anbud har förkastats då det inte ansågs uppfylla skall-kraven avseende snöupptagningsförmåga och slädbredd.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. att slädbredden ska vara minst 220 cm. Av Ice Concepts anbud framgår att bolaget har offererat en ismaskin vid namn Engo Red Wolf 200. Av standardproduktbladet framgår att den offererade ismaskinen i sitt grundutförande har en slädbredd på 200 cm, men att den kan utrustas med en släde som är 229 cm, 242 cm och 266 cm. I det pris som Ice Concept har offererat, i enlighet med vad som anges under punkten

4.6, inkluderas en slädbredd om 229 cm. Den offererade ismaskinen uppfyller således skall-kravet om slädbredd om minst 220 cm.

Av proportionalitetsprincipen följer att kvalificeringskraven och skallkraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Dessutom måste kraven vara ägnade att leda till att den upphandlande myndighetens syfte med att ställa dem uppnås. Av praxis framgår att den upphandlande myndigheten ska göra en proportionalitetsbedömning av de skall-krav som de har tänkt ställa i förfrågningsunderlaget. Denna bedömning ska ske genom en utredning i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska en bedömning göras om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är vidare den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget inte står i strid med proportionalitetsprincipen.

I förfrågningsunderlaget punkten 4.1 anges vidare att upptagning av snö ska ske via bandtransport. Kommunen har inom ramen för "frågor och svar" angett följande som förklaring till kravet.

Vi har noggrant övervägt om detta är ett verksamhetsbehov som berättigar att vi ställer ett sådant krav och har slutit oss till att verksamhetens behov berättigar detta. Det skulle ex. innebära både stora kostnader och ett allvarligt avbräck för verksamheten, om en puck kom in i maskinen vid användande av "skruv" istället för bandtransport. Denna risk elimineras helt vid användandet av bandtransport.

Vi har i samråd med våra Beställare diskuterat vilka behov som finns. Vi anser därför att skallkravet för bandtransport är ett måste för att vi ska få rätt produkt som uppfyller verksamhetens behov.

Kommunens svar vittnar om en stor okunskap om ismaskiner. Kommunens påstående om att bandtransport helt eliminerar risken för att en puck ska fastna i ismaskinen är direkt felaktig. Det är lika stor risk för att en puck eller ett annat föremål fastnar i en ismaskin med bandtransport som i en ismaskin med skruvtransport. Det skulle således vara intressant att få reda på vad kommunen baserar detta påstående på.

Vidare kan Engo konstatera att påståendet om att en puck som fastnar i en skruvtransport innebär både stora kostnader och ett allvarligt avbräck för verksamheten är felaktigt. Bolagets offererade ismaskin har ett antiblockeringssystem som medför att om ett föremål skulle fastna i skruvtransporten så kan detta lätt åtgärdas inom en timme utan någon som helst kostnad. För det fall en puck eller ett annat föremål skulle fastna i en bandtransport och bandet skulle gå sönder så medför det att hela bandet måste bytas ut till en hög kostnad och dessutom med det att ismaskinen inte går att använda innan bandet har bytts ut.

Så som man får förstå kommunen är syftet med det ställda kravet att förhindra stillestånd och dyra kostnader om en puck eller ett annat föremål skulle fastna i ismaskinen. Detta syfte kan dock med lätthet uppnås utan att man ställer krav på just bandtransport. Kravet borde istället vara uttryckt som ett funktionskrav som t.ex. att den offererade ismaskinen ska vara utrustad med ett system som förhindrar att föremål fastnar i maskinen. Genom att använda en sådan skrivning uppnår man syftet med kravet utan att utesluta vissa produkter och leverantörer.

Som konstaterats ovan strider det aktuella kravet mot proportionalitetsprincipen. Kommunen har inte förmått visa varför man ansett sig tvingad att utforma kravet just på det sätt som gjorts. Att endast hänvisa till verksamhetens behov kräver det kan inte anses utgöra en fullgod motivering, särskilt

inte då Engo med lätthet har gett ett exempel på hur ett krav kan utformas utan att det står i strid med LOU.

Det bör vidare nämnas att det bara finns en återförsäljare i Sverige, dvs. Winn Marketing, för den aktuella ismaskinen som kommunen uppenbarligen vill ha. Detta innebär i realiteten att det endast kan finnas en vinnare i upphandlingen. Att så är fallet bekräftas inte minst av det faktum att det i upphandlingen endast offererades två anbud.

Om kommunen hade upprättat ett förfrågningsunderlag som inte stred mot LOU samt genomfört en korrekt utvärdering av Ice Concepts anbud hade Ice Concept tilldelats kontraktet då bolaget har offererat lägst pris i upphandlingen. Detta hade i sin tur lett till att Engo hade fått leverera en ismaskin. Genom att så inte har skett har Engo lidit, eller riskerat att lida skada. Därutöver har kommunens handlande medfört en konkurrenshämning för alla tillverkare av ismaskiner förutom den tillverkare som kommunen vill ska vinna upphandlingen. Förutsättningar för ingripande föreligger därmed.

Kristianstads kommun bestrider bifall till Engos ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Den av bolaget offererade maskinen uppfyller inte ställda krav på minsta slädbredd om 220 cm samt att upptagning av snö ska ske via bandtransport.

Av Engo:s anbud framgår inte annat än att bolaget offererat ismaskinen i dess grundutförande med en slädbredd på 200 cm. Om Engo utrustat maskinen med släde som är 220 cm eller därutöver skulle detta ha framgått av anbudet. Kommunens krav på slädbredd grundas på att så kort driftstid som möjligt eftersträvas, dvs. att isen ska rengöras så snabbt som möjligt.

Kommunen har under årtionden haft olika typer av ismaskiner. Under många år hade man ismaskin med skruvtransport och drog då den erfarenheten att problem kan uppstå med skruvtransport när föremål fastnade i maskinen. Visserligen hände det inte ofta men när det inträffar måste maskinen plockas ned för att man ska kunna ta bort föremålet vilket kan ta ett antal dagar. Kommunen har endast en ismaskin och avbräcket medför stora konsekvenser.

Det är självklart att proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen och att kvalifikationskraven ska ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas samt att dessa inte får vara av oväsentlig betydelse. Detta kommer till uttryck i den rättspraxis som utvecklats. Med tillämpning av dessa principer är det den upphandlande myndigheten som ställer krav på det upphandlade föremålet utifrån de behov som ska tillgodoses. Kommunen hävdar att ställda krav är väsentliga för den funktion som kommunen efterfrågar och att det förhållandet att kommunens erfarenhet av olika utförande i de i målet aktuella skallkraven inte, oavsett hur marknaden ser ut, ska hindra kommunen från att få en ismaskin som fungerar för verksamheten.

Engo tillägger i huvudsak följande. Såsom förfrågningsunderlaget är utformat i punkten 4.6 i anbudsformuläret, dvs. att det offererade priset ska inkludera samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget, så förutsätts den offererade ismaskinen uppfylla skallkravet om minsta slädbredd. Om inget annat uttryckligen anges i anbudet så accepterar anbudsgivaren genom lämnandet av priset skallkravet om minsta slädbredd. Det offererade priset inkluderar då eventuella tillbehör som framgår av produktbladet som behövs för att det aktuella skallkravet ska anses vara uppfyllt.

I det pris som Ice Concept har offererat, i enlighet med vad som anges i punkten 4.6 i anbudsformuläret, inkluderas en slädbredd om 229 cm. Den

offererade ismaskinen uppfyller således skall-kravet om slädbredd om minst 220 cm. För det fall förvaltningsrätten finner att Ice Concept inte kan anses ha offererat ismaskinen med en slädbredd som uppfyller skall-kravet så anser bolaget att skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Kommunen har inte gett någon förklaring till varför skall-kravet på slädbredden har bestämts till just 220 cm. Kommunen har inte lyckats prestera någon objektivt godtagbar motivering till den föreskrivna slädbredden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt att bolaget inte uppfyller det obligatoriska kravet beträffande snöupptagning med bandtransport. När det däremot gäller kravet på slädbredd om minst 220 cm anser Engo att bolagets anbud uppfyller kravet och att kommunen felaktigt förkastat anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget i sitt anbud under *punkten 4.1 Krav på maskinen*, har kryssat för att bl.a. kravet på en slädbredd om minst 220 cm uppfylls. I anslutning till kravet har bolaget bifogat ett produktblad. Av produktbladet framgår att den av bolaget offererade ismaskinen, i sitt grundutförande, har en slädbredd på 200 cm. Vidare framgår det att maskinen även kan utrustas med en släde som är 229 cm, 242 cm eller 266 cm. Bolaget har inte på något sätt angett vilken slädbredd den offererade ismaskinen kommer att utrustas med. Förvaltningsrätten finner därför i likhet med kommunen att annat inte framgått av anbudet än att bolaget har offererat ismaskinen i dess grundutförande, dvs. med en slädbredd om 200 cm. Bolaget har därmed inte förmått visa att anbudet uppfyller det aktuella kravet.

Engo har vidare anfört att Kristianstads kommun har gjort en riktad upphandling mot ett fabrikat genom att ställa krav på snöupptagningsförmåga samt slädbredd. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om de aktuella kraven står i strid med proportionalitetsprincipen.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till kontraktsföremålet och det behov som ska täckas. De krav som ställts på snöupptagning genom bandtransport och slädbredd ska således inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag.

Kommunen har anfört att man tidigare har haft ismaskiner med skruvtransport och då erfarit att det uppstår problem när föremål fastnar i maskinen. För att undvika att ismaskinen blir stillastående har man valt att införskaffa en ismaskin med bandtransport. Beträffande kravet på slädbredd har

kommunen anfört att kravet grundas på att så kort driftstid som möjligt eftersträvas, dvs. att isen ska rengöras så snabbt som möjligt.

Förvaltningsrätten finner att de aktuella kraven är kopplade till föremålet för upphandlingen. Kraven framstår inte som godtyckliga eller grundade på osakliga bedömningar avseende eftersträvad funktion. Kraven kan inte heller anses gå längre än vad som är nödvändigt för att tillgodose det eftersträvide syftet. Vid sådant förhållande kan kraven inte anses strida mot proportionalitetsprincipen eller bestämmelserna i övrigt enligt LOU.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått visa att Kristianstads kommun har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte något skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Engos ansökan härom ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Louise af Klint

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fördras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.