



SÖKANDE

AST Eis-und Solartechnik GmbH, 48539g
6604 Höfen (Reutte) Gewerbegebiet 2
Österrike

MOTPART

Ånge kommun
841 81 Ånge

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-10-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Ånge kommun (kommunen) har genomfört upphandlingen Ismaskin, ref nr 2019/03, som ett förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelning har skett grundat på bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Kommunen meddelade den 6 maj 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket en annan leverantör än AST Eis-und Solartechnik GmbH (bolaget) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Bolaget diskvalificerades med motiveringen att det inte uppfyller skall-kravet om att chassi, kälke och vattentankar ska vara tillverkade i rostfritt stål.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och anför följande. Bolaget ifrågasätter om det är i enlighet med LOU att förkasta deras förslag och därigenom bana väg för endast ett anbud. Bolaget ifrågasätter vidare att det valda anbudet har exakt samma pris som deras anbud. Enligt kommunen bedöms bolaget inte uppfylla skall-kravet 1.4.1 f. i förfrågningsunderlaget. Kommunen hävdar att ett visst material måste användas. Kommunen är medveten om att endast en leverantör erbjuder detta material. Det alternativa materialet i kombination med en erbjuden livstidsgaranti säkerställer maskinens funktion utöver funktionskraven. Kommunen har visserligen under upphandlingen varit tydlig med att materialet rostfritt stål krävs men inte haft något svar på varför. Andra leverantörers erbjudande att leverera icke rostande material har avvisats. Bolaget valde därför att i tillägg erbjuda en garanti på materialet för att säkerställa att önskad funktion upprätthålls. Egentligen borde bolagets och andra leverantörers konstruktion med icke rostande material, dvs. även förzinkat stål, plast, aluminium m.m., bedömas som likvärdigt. Bolagets lösning är inte att anse som en väsentlig förändring. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska pröva om beslutet att förkasta deras anbud är i enlighet med LOU. Skulle förvaltningsrätten bedöma att deras anbud inte blivit förkastat yrkar bolaget att det tas med i bedömningen för anbudsfrågan. Bolaget önskar vidare insikt i upphandlingsprotokoll

för att säkerställa att fel inte har begåtts gällande avgett pris för de två anbudena. Speciellt då det elektroniska prisformuläret inte medgav att priset för inbytesmaskin, som skulle dras av automatiskt, inte fungerade. Detta tvingade bolaget att skriva in ett inbytespris på noll kronor.

Bolaget önskar alltså att förvaltningsrätten har ställning till om det enligt LOU är motiverat att hålla fast vid detta specifika materialkrav som i sig inte på något sätt påverkar resultatet och inte heller kunnat påvisas vara relevant för att uppfylla resultatet/funktionen en isbanemaskin uppfyller.

Rostfritt stål är inte i sig ett komplett korrosionssäkert material. Detta beror på typen av rostfritt stål och den miljö som materialet utsätts för. Det är till exempel välkänt att rostfritt stål inte tål syra eller syrliga miljöer. Dessutom har rostfritt stål andra nackdelar, framför allt lägre tolerans mot sprickbildning. Det är korrekt att rostfritt stål generellt sätt är dyrare som material än icke rostfritt stål. I jämförelse mellan de två maskinerna är detta inte utslagsgivande, det är framför allt maskinens konstruktion och prestanda som avgör totalkostnaden. Maskinen i bolagets anbud har t.ex. ett antal funktioner och konstruktionslösningar som förbättrar funktionaliteten och även de bidrar till högre kostnader. Det är korrekt att andra tillverkare borde ha kunnat ta fram chassi i rostfritt stål. Faktum är dock att ingen av de andra tillverkarna har gjort detta. Detta visar även att vare sig detta krav eller nödvändigheten att använda rostfritt stål är allmänt förekommande. Bolaget menar att upphandlande myndighet inte visat att just den aktuella ishallen har en så pass aggressiv miljö att rostfritt stål är nödvändigt för att säkerställa att maskinen kan uppfylla en fullgod funktion. Ett chassi är komplett tillverkat i ett material. Även Icebar Electric har en del väsentliga komponenter på chassit som inte är tillverkade i rostfritt stål, t.ex. främre tvärbalk med sargrulle eller sargborstens arm. På WM Mammoth är t.ex. sargborstens arm tillverkad i rostfritt stål, liksom kälken, kniv och knivbalk.

Enligt LOU ska gälla att det för alla tekniska specifikationer alltid accepteras likvärdiga specifikationer om det erhållna resultatet också blir likvärdigt.

Bolaget ifrågasätter om det är riktigt att kräva ett specifikt material som bara en tillverkare har att erbjuda och samtidigt inte acceptera alternativ som ger ett likvärdigt resultat. Bolaget har förståelse för kommunens argumentation men resultatet av att lagstiftaren accepterar dylika konkurrensbegränsningar leder till snedvriden konkurrens och en tendens till att diverse krav som inte är relevanta för resultatet tar överhand i kravspecifikationerna. En arbetsmiljö och förmåga att producera en bra is med bra driftsekonomi borde vara krav som ges högsta prioritet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför följande. Bolaget anser att förkastningen av deras anbud är för att bana väg för endast ett anbud. I förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering i denna upphandling kommer att ske grundat på bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Vidare anser bolaget att skall-krav 1.4.1 f. innebär att bara en anbudsgivare kan kvalificera sig och att kommunen som upphandlande myndighet innan upphandlingen varit medveten att endast en leverantör erbjuder detta material. Utvärderingskriteriet skulle inte behövas om det bara finns en leverantör som kan lämna anbud.

Fritidsenheten har gjort en förstudie för att ta fram en kravspecifikation där de som ska använda maskinen har getts möjlighet att provköra och titta på ismaskiner som andra kommuner har upphandlat. Syftet har inte varit att dokumentera brister och i detta fall rostskador. De som har noterats är dock att vissa maskiner som fått en ytskada har rostat även fast upphandlande myndighet krävt rostfritt material som ett skall-krav. Den ismaskin som fritidsenheten har idag är 27 år gammal och har inga rostskador. Den bedömning

som därmed gjorts är att det inte räcker att i kravspecifikationen skriva rostfritt material för att få en maskin som lever upp till de krav som kommunen önskar.

En ishall är en miljö med kondens, vatten överallt och aggressiva gaser från batterierna osv. För järn, även om den är lackerad eller galvad, kan t.ex. brott i ytan göra att skyddet försvinner och materialet börjar rosta. Förvaltningsrätten i Växjö har i dom den 21 september 2010 i mål nr 2819-10 fastställt att rostskyddsbehandlingar inte ska jämföras med rostfritt material, t.ex. galvaniserat. Detta krav har ställts, provats och godkänts av domstolar i flera fall, bl.a. i förvaltningsrätten i Linköpings dom den 13 mars 2019 i mål nr 87-19.

En upphandlande myndighet har långtgående frihet att utforma upphandlingsdokumenten och ställa de krav som myndigheten anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen.

Rostfritt stål är inget unikt material som bara en leverantör kan använda sig av i sina konstruktioner. Denna fråga har lyfts i minst 10 år och det har varit fullt möjligt för andra leverantörer att tillverka ismaskiner i det material som upphandlande myndigheter efterfrågar. Tidigare har det lyfts att detta material innebär en fördyring av maskinen. Kommunen kan dock se att detta inte är fallet med tanke på att anbudspriserna ligger på samma nivå oavsett konstruktion.

Då det gäller priserna i anbuderna så stämmer det att båda anbuderna ligger på ett pris av 1 230 000 kr innan utvärdering. Det stämmer att systemet inte automatiskt klarade av att sammanställa totalpriset innan utvärderingen men samtliga anbudsgivare har varit tydliga med att skriva priset för ny maskin och priset för inbyte av den begagnade. Det har därmed varit enkelt att beräkna anbudspriset manuellt.

Enligt upphandlingsunderlaget 1.7 Utvärderingsmodell framgår hur utvärderingen gått till. Enligt 1.1.7 i förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering kommer att grunda sig på bästa förhållande mellan pris och kvalitet. I enlighet med 16 kap. 1 § LOU kan en upphandlande myndighet utgå ifrån detta kriterium vid utvärdering.

Kommunen har en ismaskin som är 27 år gammal och vet att en väl fungerande service och en bra produkt som håller är viktigt. Det har därför ansetts viktigt att bedöma mera mjuka värden som t.ex. leverantörens kvalitet och lämplighet eftersom inte bara produkten i sig har ett värde utan även kriterier som servicenivå och att uppfylla förväntningar på både leverantör och produkt uppnås för att maskinen ska hålla länge. Kommunen anser att den bedömning som gjorts utifrån dessa kriterier anknyter till det som anskaffats i enlighet med 16 kap. 2 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumentet framgår följande.

1.4.1 Krav på ny ismaskin

Följande skall-krav skall vara uppfyllda för att anbudet skall kunna gå vidare till utvärdering.

f. Chassi, kälke och vattentankar skall vara tillverkade i rostfritt stål.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt. Förutsättningen är att kraven är proportionella och har anknytning till det som ska upphandlas samt att de inte är diskriminerande. Ett anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skallkrav, ska följaktligen inte beaktas vid utvärderingen.

Bolaget har inte ifrågasatt att de inte uppfyller det obligatoriska krav som kommunen gjort gällande i beslutet att utesluta bolaget. Det som bolaget gör gällande är att skall-kravet inte påverkar resultatet och inte heller kunnat påvisats vara relevant för att uppfylla resultatet/funktionen en isbanemaskin uppfyller. Enligt bolaget utgör kravet en konkurrensbegränsning eftersom det endast finns en tillverkare som erbjuder detta material. Kommunen gör gällande att kravet är nödvändigt för att få en maskin som lever upp till de krav som kommunen önskar.

Av förfrågningsunderlaget framgår att ismaskinens chassi, kälke och vattentankar ska vara tillverkade i rostfritt stål. Den av bolaget offererade produkten, med ett annat material än rostfritt stål på chassi, kälke och vattentankar, uppfyller inte det aktuella skall-kravet. Det är enligt förvaltningsrättens mening inte visat annat än att det uppställda kravet är befogat och ändamålsen-

ligt för den aktuella upphandlingen. Den negativa effekt som kravet kan antas ha för en leverantör som tillhandahåller ett annat utförande kan inte anses oproportionerligt. Upphandlingen kan inte anses ha konkurrensbegränsande effekter. Några skäl att ingripa mot upphandlingen finns således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Robert Dalman
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Jennie Beijar.



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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.