



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2015-04-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4234-15

Sida 1 (10)

KONKURRENSVERKET	
2015-04-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Kärcher Aktiebolag, 556222-6661
Box 24
425 02 Hisings Kärra

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Kärcher Aktiebolags ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 589432

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en upphandling av städmaskiner inklusive service och underhåll, dnr 2014:494. Kommunen avser att teckna ramavtal för successiva leveranser av städmaskiner efter beställning, återkommande service och underhåll samt vid behov akut service och reparationer på befintliga och tillkommande städmaskiner. Upphandlingen genomförs enligt ett öppet förfarande. Kommunen meddelade den 27 januari 2015 ett tilldelningsbeslut i vilket man antog anbudet från Kärcher Aktiebolag (Kärcher). Efter synpunkter från andra anbudsgivare gjordes en ny utvärdering varefter kommunen den 16 februari 2015 deklarerade att det tidigare tilldelningsbeslutet var korrekt och fortsatt giltigt. Ytterligare synpunkter på Kärchers anbud inkom från anbudsgivare vars anbud inte hade antagits. Kommunen gjorde därför ännu en granskning av Kärchers anbud och beslutade i tilldelningsbeslut av den 24 februari 2015 att utesluta Kärchers anbud från utvärdering eftersom det inte uppfyllde samtliga krav i upphandlingens kravspecifikation. En annan anbudsgivare än Kärcher antogs i tilldelningsbeslutet av den 24 februari 2015.

YRKANDEN M.M.

Kärcher ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att tidigare fattat tilldelningsbeslut med Kärcher som vinnare ska stå fast. Till stöd för sin ansökan anför Kärcher bl.a. följande. Kärchers anbud har i det andra tilldelningsbeslutet i upphandlingen förkastats eftersom man har ansett att Kärcher inte uppfyller skall-kraven vad gäller den modell som ska erbjudas i enlighet med position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Detta ifrågasattes redan i anslutning till att det första tilldelningsbeslutet i upphandlingen meddelades och Kärchers förklaring på denna punkt ansågs godtagbar i och med meddelandet av den 16 februari 2015 om att det tidigare tilldelningsbeslutet stod fast.

Det torde vara begreppet planskur samt om det finns s.k. rondeller på Kärchers offererade modell som är det som ligger till grund för det nya tilldelningsbeslutet. Begreppet planskurande har tveksam förankring. Det används i dagligt tal, men rent städtekniskt har det inte något berättigande och finns exempelvis inte upptaget i branschförbundets städtekniska ordlista. Det är rimligen syftet med maskinen som ska styra kraven och inte maskinens tekniska utformning som sådan. Med stöd av 6 kap. 5 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) avseende likvärdiga lösningar har Kärcher valt att offerera en modell som traditionellt sett inte i dagligt tal hade kallats för planskurande. Exakt samma resultat kommer dock att uppnås som med den typ som kommunen och övriga anbudsgivare åsyftar. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att någon särskild golvtyp eller något specifikt rengöringsbehov finns utöver det som är normalt att förvänta i kommunala miljöer varpå det inte torde finnas några hinder mot att erbjuda en likvärdig lösning än den traditionellt tänkta.

Det kan inte anses förenligt med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att denna mindre tekniska skillnad ska bedömas vara av så avgörande art att den motiverar en ändring av tilldelningsbeslutet. Det är inte nödvändigt att använda den maskin övriga anbudsgivare har erbjudit för att uppnå det eftersträvade målet om rengöring i kommunala lokaler och det går bevisligen att uppnå målet utan denna maskin då Kärcher idag gör det i flera andra kommuner. Vidare är den negativa effekten för Kärcher högst oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Den maskin de övriga tre anbudsgivarna har offererat på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget är byggd på en patenterad lösning från en tillverkare. Om ingen likvärdig teknisk lösning accepteras är det endast denna modell som klarar samtliga skall-krav. För att kunna vinna upphandlingen skulle det alltså vara tvingande att offerera just denna modell. Denna omständighet framgår av att det har varit ett väldigt lågt antal an-

budsgivare i en för branschen omfattande upphandling samt att en av anbudsgivarna, som företräder ett annat varumärke, har valt att offerera denna konkurrerande modell.

Kommunen påstår att städresultatet inte blir detsamma med borstvalsar och att den maskin Kärcher har erbjudit inte kan bedömas likvärdig bl.a. eftersom den inte kan städa hörn lika bra. Det framkommer inte av förfrågningsunderlaget att rengöring av hörn skulle vara av avgörande karaktär. Vidare borde Kärchers maskin, som har ett rektangulärt skurhuvud, rimligen komma åt ett hörn bättre än konkurrenternas skurhuvud som är cirkelformat. Kärcher kan med säkerhet säga att städresultatet med den maskin Kärcher erbjuder är detsamma då ett antal kommuner uteslutande använder borstvalsteknik oavsett storlek på maskin och har gjort det sedan mer än fem år tillbaka. Det vore högst osannolikt att dessa kommuner skulle ha förlängt avtal och återigen valt borstvalsteknik vid nya upphandlingar om inte denna teknik ansågs likvärdig eller rent av bättre än den som här benämns som planskurande.

Kommunen har även anfört att städpersonalen är väl förtrogen med och har fått särskild utbildning inom städtekniken med diamantondeller. Detta har dock inte framgått av förfrågningsunderlaget. Den enda som skulle kunna känna till detta faktum är den tidigare avtalsparten, vilket betyder att det står i strid med likabehandlings- och transparensprincipen att fästa avgörande vikt vid denna omständighet. Vidare borde det i förfrågningsunderlaget ha framkommit att kommunen avsåg att nyttja en specifik typ av rondeller. Kärcher kan inte på förhand känna till detta önskemål om det inte har specificerats eller förtydligats i förfrågningsunderlaget.

Kommunen bestrider ansökan om överprövning och yrkar att den ska avslås. Till stöd för bestridandet anför kommunen bl.a. följande. Kommunen har efter förnyad granskning av Kärchers anbud bedömt att det inte fullt ut

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

uppfyller de krav som ställts i upphandlingen vad gäller den maskin som har erbjudits på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget. Kommunen har i förfrågningsunderlaget tydligt beskrivit de krav som gäller för upphandlingen. Begreppet planskurande är väl förankrat i branschen, och används även av Kärcher. Kommunen har ställt krav på att aktuell maskin ska vara planskurande och utrustad med rondeller. Den städmaskin Kärcher har erbjudit är inte av den typ kommunen efterfrågar. Kravet är baserat på kommunens aktuella behov. Städpersonalen är väl förtrogen med tekniken eftersom den har fått särskild utbildning inom städteknik med diamantrondeller. Den tekniska lösning Kärcher erbjuder kan inte bedömas vara likvärdig med den som har efterfrågats av kommunen. Hörn kan inte städas lika bra och städresultatet på golvytan blir inte detsamma med borstvalsar. Städning av golv med planskurande maskin utrustad med diamantrondeller ger ett mer hållbart städresultat. Den av Kärcher offererade maskinen bedöms därför inte kunna uppnå eftersträvat syfte. Kommunen har handlat i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU när det senaste tilldelningsbeslutet fattades.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget i upphandlingen anges bl.a. följande.

2.2.18. Krav avseende kombimaskiner

I det offererade sortimentet ska maskiner med avverkningsgrad över 1 400 kvm/timme och med en arbetsbredd av ca 37 – ca 130 cm ingå.

Dessutom ska följande krav uppfyllas för samtliga maskiner:

- Inbyggd batteriladdare.
- Borste och rondellhållare ska medfölja leverans.
- Automatik i rondellbyte på maskiner större än med 40 cm skurbredd.
- Ljudnivå ej överstigande 75 db.
- Miniminivå på drifttid 2 h.
- Utbildning i skötsel av maskinerna ska ingå i anbudspriset.

2.2.21. Pris

Ange priser för efterfrågade produkter och tjänster i SEK exklusive moms i prismatrisen nedan:

Specifikation	Kvantitet	Enhet
8. Liten planskurande kombiskurmaskin ca 37 cm skurbredd och ca 10 liters avtagbar smuts & renvattentank, underhållsfria batterier ca 50 Ah, inbyggd laddare, avverkning ca 1 400 m ² /h. Maskinen ska kunna skura baklänges och samtidigt ta upp smutsvattnet	10,00	st

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har uteslutit Kärchers anbud från utvärdering i upphandlingen eftersom den kombiskurmaskin Kärcher har erbjudit på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget har bedömts inte uppfylla de krav som ställs på den efterfrågade maskinen. På position 8 efterfrågas en liten planskurande kombiskurmaskin. Den maskin Kärcher har erbjudit på denna position är enligt kommunen inte planskurande, utan använder borstvalsteknik. Kärcher har ifrågasatt användandet av begreppet planskurande, men samtidigt medgett att den maskin bolaget har erbjudit på position 8 inte är av en sådan modell som traditionellt sett kallas för planskurande. Förvaltningsrätten finner det därför utrett att den kombiskurmaskin Kärcher har erbjudit på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget inte är planskurande och därmed inte överensstämmer med vad kommunen har efterfrågat på denna position, samt att Kärcher har varit införstådd med detta vid utformningen av anbudet. Eftersom Kärchers anbud således inte uppfyller samtliga skall-krav har kommunen haft fog för att ompröva det första tilldelningsbeslutet i upphandlingen.

Kärcher har uppgett att bolaget med stöd av 6 kap. 5 § LOU har valt att erbjuda en lösning som är likvärdig med den som har efterfrågats av kommunen. I 6 kap. 5 § LOU anges att om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna. Förvaltningsrätten anser dock inte att kommunen i det aktuella förfrågningsunderlaget har utformat de tekniska specifikationerna genom hänvisning till de tekniska specifikationerna som behandlas i 6 kap. 2 § LOU. Enligt förvaltningsrättens bedömning måste kravet om att den i målet aktuella maskinen ska vara planskurande

istället vara att se som ett angivande av de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav i enlighet med 6 kap. 3 § LOU. Bestämmelsen i 6 kap. 5 § LOU är därför inte direkt tillämplig i målet.

Kärcher har gjort gällande att kommunen har handlat i strid med proportionalitetsprincipen, transparensprincipen och likabehandlingsprincipen vid utförandet av upphandlingen. Kärcher har härvid anfört att den kombiskurmaskin Kärcher har erbjudit på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget uppfyller målet med rengöring av kommunala lokaler och att omständigheten att ett flertal andra kommuner uteslutande använder maskiner med borstvalsteknik visar att städresultatet är detsamma med denna städteknik som med den efterfrågade planskurande tekniken. Vidare har kommunen i förfrågningsunderlaget inte specificerat att man önskar maskiner utrustade med diamantrondeller eller angett att städpersonalen sedan tidigare är väl förtrogen med denna städteknik. Kärcher har även uppgett att den maskin de övriga anbudsgivarna har offererat på den aktuella positionen är en patenterad lösning från en tillverkare och om ingen likvärdig teknisk lösning accepteras är det endast denna modell som klarar samtliga skall-krav.

När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav som ställs i förfrågningsunderlaget måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, d.v.s. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. De krav som myndigheten ställer upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Det uppställda kravet på att de efterfrågade kombiskurmaskinerna ska vara planskurande är enligt förvaltningsrättens mening ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet får anses vara både lämpligt och effektivt

för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som kravet kan antas ha för leverantörer som tillhandahåller en annan städteknik kan inte anses oproportionerligt (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 1932-10 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 1985:411).

Kärcher har uppgett att förfrågningsunderlaget inte är transparent avseende att skurmaskiner med diamantrondeller efterfrågas. Kärchers anbud har dock inte uteslutits på grund av att bolaget har erbjudit en maskin som saknar en viss typ av rondeller utan på grund av att den skurmaskin som har erbjudits på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget inte är planskurande och Kärcher således har erbjudit en skurmaskin som saknar den städteknik som efterfrågas i upphandlingen. Av vad Kärcher har anfört i målet framgår att bolaget har varit medvetet om innebörden av begreppet planskurande. Förvaltningsrättens anser därför att det inte har framkommit någonting som tyder på att förfrågningsunderlaget i upphandlingen skulle vara utformat i strid med transparensprincipen.

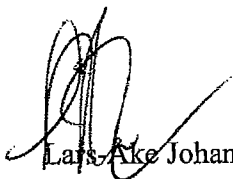
Kravet på att maskinerna ska vara planskurande har en objektiv utformning som enligt ordalydelsen inte diskriminerar någon leverantör. Kärcher har dock uppgett att en av de sju efterfrågade modellerna av kombiskurmaskin endast kan tillhandahållas av en enda tillverkare och anfört att detta framgår av att en av de övriga anbudsgivarna på position 8 i punkt 2.2.21. i förfrågningsunderlaget har offererat denna maskin trots att anbudsgivaren i övrigt har erbjudit maskiner från en annan tillverkare. Kärcher har inte inkommit med någon bevisning som visar att så är fallet. Kommunen har inte yttrat sig i frågan huruvida denna uppgift är korrekt eller inte. Förvaltningsrätten anser det naturligt att kommunen efterfrågar samma städteknik avseende samtliga kombiskurmaskiner som upphandlas. Enligt förvaltningsrättens mening kan endast ett påstående om att det på marknaden bara finns en tillverkare som har möjlighet att uppfylla kraven vad gäller en av

sju efterfrågade modeller av kombiskurmaskin inte vara tillräckligt för att upphandlingen ska anses stå i strid med likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att kommunen har haft sakliga skäl för att ompröva det första tilldelningsbeslutet i upphandlingen och att Kärcher inte har visat att upphandlingen har genomförts i strid med proportionalitets-, transparens- eller likabehandlingsprincipen eller någon av bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU saknas därför, varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).


Lars Åke Johansson
Rådman

Föredragande har varit Cecilia Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 fordras 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.

