



SÖKANDE

Zamboni Europe AB, 556623-5684
Murarmörkret 4
811 74 Österfärnebo

MOTPART

Upphandlingsenheten i Borås Stad

Ombud: Jurist Rasmus Lundqvist
Borås Stad
Kungsgatan 57
501 80 Borås

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Stad (kommunen) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns "Isbanemaskin" (Dnr 2019-00073IN). Utvärderingsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med pris som enda utvärderingsgrund. Upphandlingen är annonserad och sista anbudsdag var den 30 oktober 2019.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

I kravspecifikationen i upphandlingsunderlaget anges vissa ska-krav gällande chassi, tank och kälke i rostfritt stål samt att maskinen ska ha funktionen med bandupptagning. Idag finns bara en leverantör på marknaden som har maskiner som uppfyller kraven, vilket också är känt inom branschen. Kravspecifikationen är därmed riktat mot en enskild leverantör och missgynnar således övriga leverantörer. Uppställda krav är i strid mot LOU.

Bolaget har i frågor och svar ifrågasatt kraven på upphandlingsföremålet, dels då bolaget kan erbjuda likvärdig funktion och prestanda, dels då det bara finns en leverantör på marknaden som kan uppfylla kravet. Bolaget har även hänvisat till likvärdiga lösningar. Kommunen har enbart svarat att kravet kvarstår, utan någon närmare motivering eller något som visar att kommunen sett över möjligheten till liknande lösningar. Bolagets bedömning utifrån kommunens svar är därmed att anbud som inte uppfyller kraven kommer att förkastas, trots att bolaget beskrivit att bolagets offererade produkt har likvärdig funktion och prestanda, men med en annan lösning. Kommunen har därmed helt bortsett från vad som stadgas i 9 kap. 7 - 8 §§ LOU.

Bolaget kan erbjuda en likvärdig produkt avseende funktion och prestanda som motsvarar kraven. I punkt 2.1.10 anges att chassi, tank och kälke ska vara tillverkat i rostfritt stål. Syftet är att motverka att produkten börjar rosta. Kvalitetsmässigt är bolagets produkt likvärdig en motsvarande i rostfritt stål. Bolagets produkt är tillverkad i varmförzinkat stål. Zinkens korrosion beror på miljöförhållanden och ligger i intervallet 0,5 - 4 mikrometer. Räknat på ett alternativ med 2 mikrometers korrosion och en 100 mikrometers zinkbeläggning dröjer det 50 år innan stålet börjar rosta. Att ett brott i ytan på ett föremål i varmförzinkat stål skulle orsaka rost finns det inget belegg för. I tillräckligt svåra miljöer kan även rostfritt stål rosta. En hållbarhet

på 50 år torde uppfylla både behov och syfte med upphandlingen och vad upphandlingsföremålet är tänkt att användas till.

I punkt 2.1.15 har man angivit krav på bandupptagning. Prestanda och funktion är densamma med skruv som med band då syftet är att flytta snö från isen till snöbehållaren. Det finns inget som visar att band skulle vara bättre än skruv mer än leverantörens egna påstående. Övriga leverantörer använder skruv för att flytta snö från isen till snöbehållaren samt galvad ram. I själva kravspecifikationen har man inte angivit att krav på band syftar till att puckar inte ska fasta i samband med hyvling. Det finns inget i dagsläget som påvisar att band har mindre benägenhet än skruv för att puckar ska fastna. Någon oberoende test har aldrig utförts varför detta får anses vara diskriminerande.

Sammanfattningsvis strider kraven i upphandlingen mot LOU och har begränsat konkurrensen.

Kommunen

Kommunen har långtgående möjligheter att utforma kraven för att uppfylla sina behov och syftet med upphandlingen. Samtliga krav i upphandlingen är nödvändiga för att uppfylla behovet och syftet, de är även proportionerliga, transparenta och likabehandlande.

Kravet gäller att chassi, tank och kälke ska vara i rostfritt stål. Kravspecifikationen är ställt för att förhindra att maskinen rostar. Maskinen är tänkt att användas i en ishall, i en miljö med kondens, vatten och aggressiva gaser från batterierna m.m. För järn, även om den är lackerad eller galvad, kan t.ex. brott i ytan göra att skyddet försvinner och materialet börjar rosta direkt. Av den anledningen har kommunen ställt kravet gällande rostfritt stål.

Kravet gällande bandupptagning, är ställt för att undvika att puckar fastnar i

maskinen, vilket kan ske när skärskruv används för att hyvla isen. Skulle det fastna puck/ar måste skruven köras baklänges, vilket leder till att ett driftstopp sker, vilket i sin tur ger förseningar i matcher när isen skulle fixas till mellan perioderna. Kommunen vill inte ha driftstopp när isen spolas.

Likvärdiga lösningar accepteras. Det faktum att en alternativ lösning finns innebär dock inte att den lösningen är att anse som likvärdig. Den av bolagets föreslagna lösning inte är att anse som likvärdig.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att en leverantör 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget hävdar att kommunen ställt oproportionerliga och konkurrensbegränsande krav gällande produkten som ska offereras. Bolaget anser att de produktspecifika kraven utesluter leverantörer som kan offerera likvärdiga lösningar. Kommunen har redogjort för vilka överväganden som föranlett de aktuella kraven och varför kommunen anser att kraven är nödvändiga att uppställa.

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utifrån sina behov bestämma och definiera föremålet för upphandlingen. Det följer dock av proportionalitetsprincipen att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller på det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas. Vidare är det heller inte förenligt med de grundläggande principerna att utforma ett upphandlingsunderlag på ett sådant sätt att upphandlingen i praktiken endast kan vinnas av en specifik leverantör.

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att bolaget inte har visat att beskrivningen i upphandlingsdokumenten av den tekniska lösning som efterfrågats är utformad på ett sådant sätt att det ska anses vara konkurrensbegränsande på det sätt som bolaget anfört.

Enligt förvaltningsrättens mening är det heller inte visat att de av kommunen uppställda kraven inte skulle vara lämpliga, effektiva och nödvändiga för att uppnå eftersträvat syfte. De eventuella negativa effekter som kraven kan innebära kan därför inte heller anses vara oproportionerliga i förhållandet till syftet. Förvaltningsrätten finner det därför inte visat att de angripna kraven strider mot proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen eller av annan anledning är oförenliga med LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



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 nyårs-afton, 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.

