



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Annelie Gustafson

DOM
2019-01-07
Meddelad i Falun

Mål nr
4202-18

KONKURRENSVERKET	
2019-01-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

AARSLEFF Rörteknik Aktiebolag, 556071-3009

Ombud:

Advokaten Roger Wier och jur. kand. Christoffer Erlandsson
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Gästrike Vatten AB, 556751-1661
Hamnleden 20
806 41 Gävle

SAKEN

Upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 238323

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Gästrike Vatten AB (Gästrike Vatten) genomför en upphandling benämnd ”Ramavtal för infodring av avloppsledningar med flexibelt foder samt brunnsrenovering”. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, enligt de bestämmelser som gäller för upphandlingar under tröskelvärdena. Något tilldelningsbeslut har ännu inte fattats.

AARSLEFF Rörteknik Aktiefbolag (Aarsleff) yrkar i en ansökan att upphandlingen ska göras om. Aarsleff anför i bl.a. följande: I upphandlingen har det ställts krav på att endast flexibla foder med glasfiber får offereras och att de ska uppfylla två standarder. Inte någon av dessa standarder innehåller krav på eller rekommendationer om att foder generellt ska eller bör innehålla en stomme av glasfiber. Kraven i sig strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Vidare har kraven utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att de som har som affärsmodell att huvudsakligen leverera flexibla foder utan glasfiber, däribland bolaget, missgynnas på ett otillbörligt sätt. De krav som ställs innebär även att de tekniska specifikationerna i form av hänvisning till ett visst framställnings-sätt eller en viss tillverkning, i detta fall flexibla foder med stomme av glasfiber, står i strid med 9 kap. 1–6 §§ LUF. Det är Gästrike Vatten som har bevisbördan för att det är nödvändigt att uppställa kraven på det sättet. Det är dock uppenbart möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt på andra sätt och det sker också i ett stort antal andra upphandlingar. Gäst-rike Vatten har inte förklarat varför det inte skulle vara möjligt att närmare beskriva och precisera efterfrågade egenskaper på något annat sätt än genom att kräva att det offererade flexibla fodrets stomme måste bestå av glasfiber. Det har alltså inte varit nödvändigt att hänvisa till det. Vidare måste en sådan hänvisning i vart fall följas av orden ”eller likvärdigt”, vilket inte gjorts. Det skulle innebära en betydande kostnadsökning för bolaget att tvingas offerera ett foder med glasfiber eftersom bolaget vanligtvis inte producerar och tillhandahåller det. Det finns enbart ett fåtal leverantörer på den svenska

marknaden som har som huvudsaklig affärsmodell att tillhandahålla flexibla foder som innehåller glasfiber. Det finns inte något objektivet underlag som visar att ett foder med glasfiber har en väsentlig annorlunda prestanda eller erbjuder en helt annan funktion, enbart på grund av den omständigheten att fodret innehåller glasfiber. Materialet i fodrets stomme är inte på något sätt avgörande för vilka funktions- eller prestandakrav som det enskilda fodret uppfyller. Kraven frångår också gällande branschstandard, utan någon koppling till ett funktionskrav eller någon särskild prestanda i fodret. Gästrike Vatten hade kunnat tillgodose sitt behov genom att beskriva vilka funktioner eller vilken prestanda man ville ha, i stället för att ange ett specifikt tillverknings sätt som begränsar konkurrensen. De tekniska specifikationerna innebär alltså att konkurrensen begränsas till endast ett fåtal leverantörer utan att det finns godtagbara skäl för det. Bolaget har till följd av det här otillbörligen missgynnats och de leverantörer som har som affärsmodell att tillhandahålla flexibla foder med glasfiber otillbörligen gynnats. Kraven strider alltså mot 4 kap. 2 § LUF. Inte heller är kraven nödvändiga, då det finns mindre ingripande krav som Gästrike Vatten kan ställa. Den negativa effekten av kraven är oproportionerlig. Det finns alltså inte sakliga skäl för kraven och upphandlingsdokumenten är således utformade i strid med de grundläggande principerna om proportionalitet och likabehandling i 4 kap. 1 § LUF. Genom vart och ett av de angivna felen har bolaget förlorat sin möjlighet att lämna sitt bästa anbud och därmed gått miste om tillfälle att tilldelas kontrakt. Detta medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Gästrike Vatten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande: I upphandlingen har det varit nödvändigt att ställa krav på att det flexibla fodrets stomme ska bestå av glasfiber. Det är ett sätt att uttrycka att ett armerat foder efterfrågas. Flexibla foder som innehåller glasfiber är kända på marknaden för att ta minst utrymme i anspråk vid ledningslagning. Vidare har armerade foder som innehåller glasfiber högre s.k. E-modul än det oarmerade foder som Aarsleff har. I Aarsleffs egna broschyr finns två diagram som jämför flödeskapaciteten mellan oarmerade och armerade foder. Av båda diagrammen framgår att det förvisso är en liten skillnad, men att det armerade

fodret i samtliga fall har bättre flödeskapacitet. Beställaren har ett behov av att uppnå bästa möjliga flödeskapacitet och har därför ställt krav på att det flexibla fodret ska vara glasfiberarmerat. Även om det av broschyren framgår att skillnaden i flödeskapaciteten i de flesta fall är försumbar finns det problem med översvämningar vid kraftigt regn i Gästrike Vattens ägarkommuner på grund av att vissa ledningar ligger nära maxbelastning. Även en försumbar skillnad kan i många fall vara skillnaden mellan en källare som förblir opåverkad vid ett kraftigt regn eller som blir översvämmad med avloppsvatten. Ett för tjockt flexibelt foder kan innebära att beställaren hamnar på fel sida om dimensioneringskravet och bli ansvarig för skada vid källaröversvämningar. För att minimera risken med översvämningar och för att säkerställa att skyldigheterna uppfylls, har Gästrike Vatten valt att upphandla det material som tar minst utrymme av den befintliga ledningen i anspråk vid ledningslagning. Ett glasfiberarmerat foder har vidare bättre förutsättningar för en längre livslängd än ett oarmerat foder. Glasfiberarmeringen minskar också risken för att slutprodukten ska spricka eftersom armeringen fördelar krafterna som fodret kommer att utsättas för över tid på en större yta. Ett oarmerat foder kan innebära kostsamma reparationer. Det finns inte något förbud mot att ställa krav på materialval vid upphandling av infodring av VA-ledningar i Svenskt Vattens publikation P101. En upphandlande enhet är inte skyldig att tillämpa 9 kap. 3–4 §§ LUF under tröskelvärdena. Kraven står inte heller i strid med 9 kap. 6 § LUF, då det inte innebär något otillbörligt missgynnande eller gynnande av vissa leverantörer. Gästrike Vatten är därför inte skyldigt att lägga till orden ”eller likvärdigt”. Det finns flera leverantörer av glasfiberarmerade foder på marknaden, däribland Aarsleff. Däremot är Aarsleff ensamt om att kunna leverera oarmerade foder. Det saknas således inte konkurrens för tillverkare av armerade foder. En upphandlande enhet har rätt att ställa krav på materielinnehåll om det är nödvändigt för att tillgodose sina krav på kvalitet och funktion. Enligt AMA 17 Anläggning, ett referensverk för den tekniska beskrivningen vid den här typen av upphandlingar, bör dessutom enheten beskriva vilken produkt och vilket typ av material som den upphandlande produkten ska vara uppbyggd av. Aarsleff har inte visat att bolagets oarmerade foder är likvärdigt med ett

glasfiberarmerat foder. Den eventuella bristen av avsaknaden ”eller likvärdigt” har inte heller inneburit att Aarsleff kan ha lidit ekonomisk skada, då bolaget har armerade foder och därmed kunnat lämna anbud i upphandlingen. Beställaren har behov av en produkt som ger bästa möjliga flödeskapacitet och är bäst över tid. Kraven ställs således för att få den kvalitet och kapacitet beställaren har behov av, inte för att begränsa konkurrensen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av det Aarsleff anfört visats att Gästrike Vatten brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Upphandlingsdokument

I förfrågningsunderlaget ingår bl.a. dokumentet ”Ramavtal förnyelse av självfallsledningar & nedstigningsbrunnar – Mängdförteckning, med fiktiva mängder”. Punkten PGB.42 i det dokumentet innehåller bl.a. följande:

PGB.42 | Renovering av ledning med flexibelt foder för självfallsledning

Material
Foder ska uppfylla kraven i SS-EN 11296-4.
Fodrets stomme (materialbäraren) ska bestå av glasfiberväv och uppfylla kraven i SS-EN 11296-4.
Härtningsprocess som används ska vara UV-ljus och för vilka Emodulvärdet (korttids- resp. 50-årsvärde) som produkten är beräknad för samt vilken maximal spält som kan förväntas mellan foder och befintligt rör.

Bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandling under tröskelvärdena ska genomföras med tillämpning av 19 kap. LUF (1 kap. 4 § LUF). Av 19 kap. 2–3 §§ LUF framgår vilka bestämmelser som är tillämpliga vid upphandlingar under tröskelvärdena. Där uppräknas inte 9 kap. 3–4 §§ LUF, som gäller vilka tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav samt av hänvisningar till standarder och bedömningar som *ska* eller *får* förekomma för upphandlingar av det aktuella slaget. Inte heller framgår det någon annanstans att dessa bestämmelser ska tillämpas på den här typen av upphandling. Bestämmelserna i 9 kap. 3–4 §§ LUF är därför inte tillämpliga på den aktuella upphandlingen. Det Aarsleff anført i dessa delar utgör därför inte skäl för ingripande enligt LUF.

Aarsleff har anført att Gästrike Vatten, genom att ställa krav på att fodrets stomme ska bestå av glasfiber, brutit mot 9 kap. 6 § LUF. Av den bestämmelsen framgår vilka uppgifter och hänvisningar som *inte får* ingå i tekniska specifikationer. I bestämmelsens första stycke anges att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bl.a. ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, eller tillverkning. Enligt bestämmelsens andra stycke får dock sådana hänvisningar förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt; i så fall ska hänvisningen följas av orden ”eller likvärdigt”.

Det är ostridigt i målet att det finns flera leverantörer på marknaden som levererar foder med glasfiber. Det framgår att också Aarsleff gör det, även om det inte är hänförligt till bolagets huvudsakliga affärsmodell. Enligt förvaltningsrättens bedömning har Aarsleff inte visat att kraven på att fodret ska bestå av glasfiber endast riktas mot vissa leverantörer. Inte heller håller förvaltningsrätten med Aarsleff om att kraven på att fodrets stomme ska bestå av glasfiber utgör en sådan teknisk specifikation som tar sikte på ett

framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, eller tillverkning. I stället bedömer förvaltningsrätten att kraven i första hand får anses avse materialval som inte faller in under 9 kap. 6 § LUF. Det får till följd att Gästrike Vatten inte haft någon skyldighet att utforma kraven så att orden ”eller likvärdigt” följer därpå. Det Aarsleff anfört om det här utgör således inte skäl för ingripande enligt LUF.

Aarsleff har vidare anfört att kraven på att fodrets stomme ska bestå av glasfiber strider mot de grundläggande principerna om proportionalitet och likabehandling samt begränsar konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt i strid med 4 kap. 2 § LUF. Det är den upphandlande enheten som bestämmer vad den ska upphandla och vilka krav som ska ställas utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose, så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF iakttas. Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav än som behövs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska tillgodoses. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn, så att inte någon leverantör gynnas eller missgynnas i förhållande till någon annan.

Av utredningen i målet framgår att det finns en skillnad i flödeskapacitet mellan foder som är armerat och består av glasfiber respektive oarmerat foder. Gästrike Vatten har gjort gällande att man har behov av ett foder som består av glasfiber, eftersom det behov som ska tillgodoses kräver en produkt som ger bästa möjliga flödeskapacitet samt är bäst hållbart över tid, och att den efterfrågade produkten bäst motsvarar dess behov i det här avseendet. Även om skillnaden i flödeskapacitet såvitt kommit fram är marginell bedömer förvaltningsrätten att kraven har en tydlig koppling till upphandlingsföremålet och inte framstår som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Med det sagt bedömer förvaltningsrätten att kraven varken står i strid med principen om proportionalitet eller likabehandling. Aarsleff har inte heller

visat att kraven utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Det Aarsleff anför i dessa delar utgör alltså inte heller skäl för ingripande enligt LUF.

Förvaltningsrätten gör alltså bedömningen att Aarsleff inte visat att Gästrike Vatten förfarit i strid med upphandlingsdokumenten, någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LUF. Ansökan ska följaktligen avslås.

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

Elin Ruthström
rådman



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 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.