



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2013 -05- 15
Meddelad i
Malmö

Mål nr
2110-13

1

SÖKANDE

Bowltech Sweden AB, 556316-8060
Viaredsvägen 4 B
504 64 Borås

Ombud:
advokaten Pär Caldenby
Hagtornsgatan 3
413 21 Göteborg

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

Ombud:
advokaten Johan Tollgerdt och jur.kand. Annika Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bowltech Sweden AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 1 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 153447

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Malmö stad genomför en upphandling av nya kägelresningsmaskiner för Baltiska bowlinghallen. Malmö beslutade den 21 februari 2013 att tilldela VBS Bowling AB (VBS) entreprenaden.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Bowltech Sweden AB (Bowltech) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och att rättelse därvid ska vidtas med avseende på den kravspecifikation som ställs, så att denna inte missgynnar anbudsgivare, inklusive Bowltech.

Malmö stad bestrider bifall till Bowltechs ansökan.

PARTERNAS ARGUMENTATION

Bowltech

Genomförandet av upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen innefattar krav som gjort att andra anbudsgivare/leverantörer än den som lämnat det vinnande anbudet har diskriminerats. Som en del i de diskriminerande kraven har för begärd funktionalitet referenser gjorts till ett specifikt scoringsystem och krav ställts på inkoppling mot detta, vilket utesluter andra leverantörer än just den vinnande tillverkaren. Detta står i strid med bl.a. 6 kap. 4 § LOU.

I förfrågningsunderlaget, sidan 3, står följande:

”Samtliga maskiner skall anpassas och kopplas in till befintligt Viking scoringsystem. Från receptionsdatom skall det gå att välja vilken kägelupp-

ställning/omresning man vill använda vid t.ex. specialträning. Komplet inkoppling och injusterings för komplett funktion skall ingå. ”

Ett scoringsystem är byggt på en mjukvara, d.v.s. ett datorprogram. Dess källkod är endast tillgänglig för den aktuella leverantören, d.v.s. Viking. Annan leverantör kan inte anpassa sig till och koppla in på detta system med sitt eget. Kravet som Staden ställt innebär alltså ett uteslutande av alla andra tänkbara leverantörer, utom Viking. Kravet är alltså diskriminerande.

Det ska vidare framhållas att den efterfrågade funktionen med selektiv käglesresning vid omresning var något som togs fram på 1990-talet och som i praktiken inte används annat än i synnerligen begränsad omfattning som träningsfunktion, eller för att kompensera för begränsningar i Brunswick-maskinernas kägelhantering. Anledningen till att de maskiner från Brunswick som VBS erbjuder har den s.k. ”pin select”-funktionen är att dessa maskiner hade problem med att resa om kägglor som hade glidit i sidled i samband med bowlarens föregående bowl in mot kägglorna och därför inte kunde samlas upp för omresning. ”Pin select” var en lösning på detta problem. De maskiner från QubicaAMF som Bowltech erbjuder har inte detta problem, utan kan hantera även kägglor som har glidit iväg, vid omresning. Funktionen för ”pin select” är därför inte nödvändig med en normal QubicaAMF-maskin. Bowltechs Xli Edge-maskin har en mycket större räckvidd och kan hantera kägglor som glidit iväg, d.v.s. funktionaliteten/effekten finns i detta system. Någon inkoppling till Vikings scoringsystem är dock varken möjlig eller nödvändig för funktionen.

Eftersom ”pin select”-funktionen är en särlösning som bara erbjuds hos VBS med sina Brunswick-maskiner, så innebär uppställandet av ett skalkrav för funktionen att man har raderat möjligheterna för alla andra potentiella leverantörer att lämna ett antagbart anbud. Den egentliga problematiken med glidande kägglor hanteras utan denna typ av särlösning hos QubicaAMF:s maskiner, så den enda återstående tänkbara funktionen som

”pin select” kan erbjuda är en bieffekt, nämligen att det kan gå att välja att låta maskinen ställa upp kägglorna i ett visst mönster, d.v.s. med utelämnande av vissa kägglor. Detta kan aldrig bli aktuellt i tävlingssammanhang, utan enbart under träning.

Att välja att aktivt använda ”pin select” för att under träning selektivt resa endast vissa kägglor kräver – i Baltiska hallen – att användaren från en av banorna 1-22 tar sig därifrån och till receptionen bakom bana 4, där detta beordras för den aktuella banan. Gång på gång. Det framstår som helt ohanterligt om mer än någon enstaka bowlare skulle önska denna typ av monoton mängdträning, eftersom receptionspersonalen då bara skulle få sitta och halvmanuellt resa utspridda kägglor, som dessutom då lär variera mellan olika banor. Banorna är i sedvanlig ordning belagda med ett känsligt ytlager av trä, vilket måste hållas helt fritt från repor och smuts. Emellertid ligger receptionen så till att spelare som ska begära ”pin select” eller ändra tidigare uppställningsmönster också måste passera läktaren. På läktaren får uteskor förekomma, vilket gör att spelarna alltså måste ta av sig sina bowlingskor och byta till andra skor, eller ta på/av sig skoskydd två gånger vid besök i receptionen. Ett sådant besök blir vidare meningslöst om receptionsdatorn inte är konstant bemannad, vilket den vanligen inte är. Om och i den mån som någon spelare således – ovanligt nog – önskar öva några gånger på en särskild uppställning av kägglorna så medför det per automatik att det finns flera betydande hinder i form av obekvämligheter att överkomma. I praktisk mening är ”pin select” en funktion som helt enkelt inte används annat än någon enstaka gång. Förvisso kan den utvecklas även för QubicaAMF:s maskiner, men det framstår som en helt onödig omgång.

Vidare spetsas situationen till än mer av att förfrågningsunderlaget ställt upp krav på att ”pin select”-funktionen skall kunna styras via den befintliga receptionsdatorn. Denna datorinnehåller mjukvara från VBS. Bow-

ltech kan inte komma in i denna mjukvara för att vidta några åtgärder, alldeles oavsett vilka funktioner som erbjudna kägelresningsmaskiner må ha. Detta skall-krav blir därför än mer tydligt ett val av endast en möjlig leverantör, VBS. En funktion som "pin select" skulle kunna styras från respektive bana, således utan koppling till den för enbart VBS tillgängliga receptionsdatorn, vilket man dock valt att inte ge möjlighet till här.

Situationen med styrning av upphandlingen blir ytterligare tydliggjord av vad som inte framgår av förfrågningsunderlaget. För denna typ av kapitalintensiva investeringar i utrustning så krävs en lång livslängd, för en rimlig avskrivningsperiod. Vidare är det fördriftskostnaderna högst relevant att bedöma energiförbrukning och behov av och kostnad för service och reservdelar. Detta är inte ens berört av kommunen, trots att det är betydligt mer väsentliga frågeställningar än den ifrågasatta "pin select"- funktionen som träningsredskap.

Kärnan i saken är huruvida de ställda kraven om "pin select" och styrning via receptionsdatorn är rimliga och proportionella så att de inte i praktiken är diskriminerande krav. En avvägning måste i sammanhanget göras mellan betydelsen av ställda krav, kontra dess effekter på konkurrenssituationen.

Det förfrågningsunderlag som kommunen har upprättat har varit diskriminerande. Det har till sin utformning varit sådant att endast en leverantör har varit tänkbar, nämligen VBS. Om förfrågningsunderlaget hade varit korrekt utformat och inte diskriminerande så borde Bowltech ha tilldelats uppdraget. Bowltech har alltså lidit skada av det sätt på vilket kommunen har agerat.

Malmö stad

I Beskrivningen i förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Nya kätgelresningsmaskiner" de funktioner de nya maskinerna ska uppfylla. Bland annat anges att samtliga maskiner ska anpassas och kopplas till befintligt Viking scoringsystem. Vidare anges att det från receptionsdatorn ska gå att välja vilken kätgeluppställning/omresning man vill använda vid t.ex. specialträning.

Funktionskraven i upphandlingen är uppställda efter diskussion med och önskemål från företrädare för den verksamhet som bedrivs i bowlinghallen. Bowlinghallens verksamhet riktar sig till Malmös bowlingföreningar och skolor, samt för allmänheten när det finns lediga tider. Bowlinghallen ska ge Malmös elitföreningar och övriga föreningsanslutna bowlare optimala förutsättningar för tävling och träning samt sträva efter att ge spelarna en möjlighet att hela tiden utvecklas. Det framgår i direktiven för fritidsnämnden att verksamhet för barn och ungdomar ska prioriteras, i denna del är det framförallt träning, och inte tävling, som lyfts fram primärt.

Funktionen att man kan välja vilken kätgeluppställning/omresning man vill ha behövs i träningssyfte och kan inte ersättas av med en funktion som kan plocka upp kätglor som har glidit iväg. Det är inte funktionen att "plocka upp" som efterfrågas, utan funktionen att placera ut vissa kätglor (men inte alla) på bestämda platser för att kunna bedriva specialträning. Den aktuella funktionen, som är den Malmö stad uppställer krav på, kan inte ersättas av en funktion som hanterar glidande kätglor.

För närvarande pågår planeringsarbete avseende att starta ytterligare en nationellt godkänd idrottsutbildning för bowling i samarbete mellan Malmö Idrottsgymnasium, Svenska bowlingförbundet och Skånes bowlingförbund. Denna utbildning avser starta under år 2015, med innebörd

bland annat att tolv särskilt utvalda elever kommer att träna bowling på schematid skoltid ca 2-4 gånger per vecka. Svenska bowlingförbundet och Skånes bowlingförbund har i planeringsarbetet särskilt lyft fram möjligheten med separat kägelpuppställning som en viktig funktion.

Malmö stad har vidare uppställt krav på att de uppställt krav på att de kägelsesningsmaskiner som installeras ska vara kompatibla med eller anpassas till i lokalen befintligt scoringsystem. Det är således inte fråga om att de maskiner som levereras ska vara av visst märke eller tillverkas av en viss leverantör. Det kan varken anses orimligt eller oproportionerligt att de maskiner som levereras och installeras ska kunna fungera tillsammans med befintlig utrustning.

Bolaget har i ansökan om överprövning anfört att det uppställda kravet är diskriminerande. Malmö stad är mot bakgrund av ovanstående fortsatt avuppfattningen att det aktuella kravet är rimligt och proportionerligt. Oavsett detta måste en leverantör, för att nå framgång med en ansökan om överprövning, visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av myndighetens förfarande i upphandlingen. Bolaget har angivit att man kan klara kravet avseende uppresning/omresning till ett anbudspris om 4 275 000 kr exklusive mervärdesskatt. VBS har lämnat anbud med ett anbudspris om 3 769 000 kr exklusive mervärdesskatt. Detta innebär att bolaget ändå inte skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen, eftersom man varken kan klara den efterfrågade funktionen eller en alternativ funktion till ett anbudspris som är lägre än VBS anbudspris. Detta alltså även om det aktuella kravet avseende koppling till befintligt scoringsystem inte hade uppställts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 6 kap. 4 § LOU (som enligt 15 kap. 2 § LOU även tillämpas på upphandlingar som omfattas 15 kap. LOU) får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet måste vid upphandlingar bl.a. beakta principen om proportionalitet. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas.

I förfrågningsunderlaget uppställs följande krav såvitt nu är aktuellt.

”Samtliga maskiner skall anpassas och kopplas in till befintligt Viking scoringsystem. Från receptionsdatorm skall det gå att välja vilken kägelpställning/omresning man vill använda vid t.ex. specialträning. Komplet inkoppling och injustering för komplett funktion skall ingå.”

Bowltech anser att kravet på att maskinerna ska anpassas och kopplas in på Viking scoringsystem oproportionerligt och missgynnar övriga potentiella leverantörer än vinnande anbudsgivare eftersom andra leverantörer kan inte anpassa sig till och koppla in på befintligt scoringsystem samt att kravet strider mot 6 kap. 4 § LOU. Vidare anser Bowltech att kravet på funktionen att det från receptionsdatorm ska gå att välja vilken kägelpställning/omresning man vill använda är oproportionerlig eftersom funktionen med selektiv kägelpresning i praktiken skulle användas mycket sällan och då det därutöver inte är nödvändigt att en sådan funktion styrs från receptionsdatorm, vilken endast vinnande anbudsgivare har åtkomst till.

Kravet på att maskinerna kan anpassas och kopplas in till befintligt scoringsystem är nödvändigt för att maskinerna ska kunna fungera tillsammans med befintlig utrustning. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det inte anses rimligt att upphandlande myndighet vid inköp av nya maskiner även ska behöva köpa in övrig utrustning på grund av inköpen, vilket blir fallet om inköpta maskiner inte fungerar med befintlig utrustning.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten inte att det uppställda kravet kan anses strida mot proportionalitetsprincipen även om kravet i praktiken kan innebära att endast en leverantör kan komma ifråga och konkurrensutsättningen därmed enbart blir skenbar. Inte heller kan kravet enligt rättens bedömning anses gynna viss anbudsgivare på ett sådant sätt så att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Det uppställda kravet strider

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

inte heller mot 6 kap. 4 § LOU då något krav på leverans av visst märke etc. på efterfrågade maskiner inte ställs. Det strider inte mot LOU att ange varumärke på befintlig utrustning, utan detta är tvärtom en sådan upplysning som var av väsentligt intresse för leverantörerna för att de skulle kunna ta ställning till om de skulle lämna anbud eller inte i upphandlingen.

Av handlingarna i målet framgår att funktionen att placera ut vissa käglor på bestämda platser är något som används vid specialträning. Mot bakgrund av den verksamhet som bedrivs och som planeras bedrivas i den aktuella bowlinghallen, vilken till stor del inriktas på just träning, anser förvaltningsrätten inte heller att Malmö stads krav på att det ska gå att välja vilken kägelpställning/omresning man vill använda, d.v.s. möjlighet till en selektiv kägelpställning, är oproportionerligt utan måste anses utgöra ett högst relevant krav på upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten anser dock inte att det framkommit sakliga skäl till att selektiv kägelpresning/omresning ska behöva ske från receptionsdatorn. Tvärtom framstår det som mer praktiskt om detta kunde styras från de enskilda banorna, vilket sökanden oemotsagt uppgett är möjligt. Någon koppling mellan denna funktion och scoringssystemet torde inte heller vara nödvändig eftersom funktionen används vid träning. Kravet på att selektiv kägelpresning/omresning ska ske från just receptionsdatorn är därför enligt rättens bedömning oproportionerligt. Det vore enligt förvaltningsrättens bedömning mot denna bakgrund tillräckligt att ställa krav på att selektiv kägelpresning/omresning ska vara möjlig. För att ett ingripande enligt LOU ska kunna bli aktuell krävs dock att sökande har lidit skada till följd av det fel som kunna konstateras. Eftersom de av Bowltech offererade maskinerna inte kan anpassas och kopplas in till befintligt Viking scoring system, vilken förvaltningsrätten ovan funnit vara ett acceptabelt krav, har Bowltechs anbud inte uppfyllt samtliga krav och skulle således inte kunna antas även om kravet på funktionen selektiv kägelpresning/omresning

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

inte varit utformat på så sätt att detta nödvändigtvis ska ske via receptions-
datorn. Bowltech kan således inte anses lida eller kunnat komma att lida
skada till följd av det oproportionerliga kravet på styrning från receptions-
datorn för selektiv kägelpresning/omresning. Bowltechs yrkande om
ingripande enligt LOU ska därmed avslås.

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



Anders Mattsson

Anna Aktermo har fördragit målet.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU