



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Förvaltningsrättsnotarien
L Sångberg

DOM
2010-12-16
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3846-10 E

Sida 1 (7)

SÖKANDE

Malte Månson AB, 556089-5541
Box 133
596 23 Skänninge

Ombud: Hans Ekman
c/o Malte Månson AB
Box 133
596 23 Skänninge

MOTPART

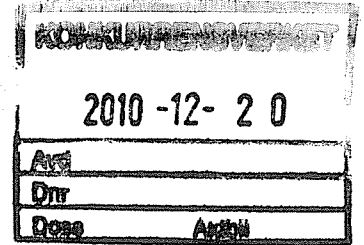
Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, (förkortas LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Malte Månson AB:s ansökan om åtgärd enligt LOU.



Dok.Id 11660

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00
E-post:

forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sundsvalls kommun (kommunen) som genomför upphandling avseende ismaskin Gärde (dnr-UH-10-10) har i tilldelningsbeslut den 16 september 2010 meddelat att avtal kommer att tecknas med ett annat bolag än Malte Månson AB (bolaget). Motiveringen till beslutet är att det andra bolaget är det enda anbudet som uppfyller kraven och ska därför tilldelas kontraktet. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Skall-kraven utesluter andra leverantörer av ismaskiner att delta i upphandlingen. De uteslutande skall-kraven i förfrågningsunderlaget är:

- Vändradien för ismaskinen får ej överstiga 410 cm. (*skall-krav 1.5*)
- Snöupptagning med bandtransport för att puckar inte skall fastna. (*skall-krav 1.19*)

Endast det vinnande anbudet kan leverera en ismaskin som har utrustning för snötransportband. Det är även anmärkningsvärt att kommunen inte lagt till formuleringen ”eller likvärdig utrustning” i skall-kravet. Dessutom är skall-kravet om snöupptagning med bandtransport felaktigt formulerat då kontroll av isen för att se om det finns några puckar alltid ska ske innan ismaskinen påbörjar sin körning. Bolagets anbud borde inte ha uteslutits. Bolagets offererade ismaskin motsvarar de krav som ställs vid isskötsel av en isyta på 60x30 meter. Ismaskinen används på andra likvärdiga anläggningar i världen vilket visar att marknaden accepterar produkten och dess funktion. Åtta leverantörer tog ut underlaget för upphandlingen men endast två valde att lämna anbud. Vetskap fanns att bolagets anbud skulle bli diskvalificerad men det enda sättet att få upprättelse beträffande den felaktiga upphandlingen var att lämna ett anbud. Bolaget fick dessutom kännedom om beslutet den 17 september 2010 trots att det var daterat den 10 septem-

ber 2010 vilket ger signaler om att kommunen medvetet förhalat informationsplikten för att minska risken för överprövning enligt LOU.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Upphandlingen avser köp av en ismaskin till en kommunal sportanläggning i Gärde, Sundsvalls kommun. Av förfrågningsunderlaget framgår att prövning av anbud kommer att ske med beaktande av priset som enda utvärderingsfaktor. Detta innebär att kommunen ska anta det anbud som innehåller det lägsta priset. Skall-kraven i förfrågningsunderlaget måste besvaras och accepteras för att anbudet ska gå vidare till utvärderingsfasen. Skall-kraven är uppställda efter de behov som kommunen har på ismaskinen ifråga om funktion och ändamålsenlighet. Dessa är i sin tur baserade på egen erfarenhet beträffande nuvarande maskinpark. Inkomna anbud har värderats i tre steg genom uteslutningsfasen, kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Under kvalificeringsfasen konstaterade kommunen att anbudet från bolaget inte uppfyllde skall-kraven 1.5 och 1.19. Bolagets anbud har därför inte gått vidare till utvärderingsfasen. Det vinnande anbudet var därför den enda anbudslämnare som uppfyllde samtliga skall-krav och tilldelades därför kontraktet. Kommunen bestrider att nämnda krav är diskriminerade. Anledningen till att ett skall-krav för vändradien har uppställts är bl.a. att det finns ett behov av att ismaskinen klarar av att köra fyra yttervarv på en ishockeyrink. Detta innebär att körningen börjar vid sargen, varefter maskinen förflyttar sig en maskinbredd in mot mitten. Möjligheten att köra fyra yttervarv innebär också att man har en bättre möjlighet att undvika att den punkt där maskinen vänder upp mot mitten förskjuts längre ut i banan. Detta innebär att urgröpningen av isen minimeras kring målgårdarna. En eventuell urgröpning måste korrigeras med kompletterande spolning. Med en liten vändradie ökar också förarens möjligheter att korrigera en kurvtagning som inte inletts på ett perfekt sätt. Med en större vändradie sker kurvtagningen vid en vändning upp mot mitten med maximalt rattutslag vilket gör det omöjligt att korrigera eventuella felaktiga spår.

Ytterligare skäl att välja en ismaskin med mindre vändradie är att en sådan maskin blir mer hanterbar i trånga passager vilket minskar påkörningar. Vid isshower i Gärdehallen måste ismaskinen kunna passera rekvisita utan att tvingas göra tidsödande och komplicerade omtag. Bolagets invändning om att deras ismaskin motsvarar de krav som ställs vid isskötsel är märklig eftersom det uppenbarligen inte är tvistigt att bolagets anbud inte uppfyller skall-kraven. Än märkligare är bolagets invändning om att skall-kravet om bandtransport är felaktigt formulerat. Bolaget menar att kontroll av om puckar finns på isen alltid ska ske innan körning. Något sådant skall-krav finns inte uppställt i förfrågningsunderlaget. Träningarna i Gärdehallen sker ofta tills ismaskinen kör in på isen. Det är därför inte ovanligt att puckar kan följa med in i ismaskinen när den arbetar. Detta gör att kommunen har ett behov av att skaffa en ismaskin med bandtransport vilket gör att problemet med fastnande puckar elimineras. Kommunen har utrett och kommit fram till att det finns andra leverantörer än det vinnande anbudet som kan uppfylla skall-kraven. Tilldelningsbeslutet är daterat den 16 september 2010. Samma dag skickades beslutet till bolaget. Det datum som anges i brevhuvudet beror på ett problem i mallen och har inget att göra med när det verkliga utskicket gjordes. Aktuella skall-krav är inte uppställda på sådant sätt att endast en leverantör kan lämna anbud. Däremot är det dessvärre så att marknaden för de ismaskiner som kommunen har behov av inte är alltför stor. Detta medför dock inte att kommunen har en skyldighet att sänka sina krav på ett sådant sätt att kommunen upphandlar en maskin som inte tillgodoser behoven.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU)

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning). (16 kap. 1 § LOU)

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. (16 kap. 5 § LOU)

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolaget inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav beträffande vändradie och snöupptagning med bandtransport för puckar. Det var således korrekt av kommunen att i kvalificeringsfasen diskvalificera bolagets anbud.

Härefter måste avgöras i målet huruvida de uppställda skall-kraven kan anses vara proportionerliga. LOU bygger bl.a. på proportionalitetsprincipen av vilken följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara relevanta och av inte oväsentlig betydelse. De krav som ställs på vändradie och snöupptagning med bandtransport för puckar bör således inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag.

Vändradien för ismaskinen får inte överstiga 410 cm (skall-krav 1.5)

Såvitt förvaltningsrätten förstått anför bolaget att skall-kravet utesluter leverantörer från att lämna anbud.

Kommunen anför att anledning till det uppställda skall-kravet är bl.a. att ismaskinen ska klara av att köra fyra yttervarv på en ishockeyrink och att möjligheterna till detta gör att försvagningar i isen minskar och därmed arbetet med kompletterande spolningar. En mindre vändradie ökar också förarens möjligheter att korrigera en kurvtagning som inte inletts på ett korrekt sätt samt att påkörningar minskar.

Skall-kravet innebär att utförandet av isarbete i Gärdehallen i Sundsvall underlättas på olika sätt. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att skall-kravet är relevant och har betydelse för att ismaskinen ska kunna nyttjas på ett användbart sätt i verksamheten. Skall-kravet strider därför inte mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Snöupptagning med bandtransport för att puckar inte ska fastna (skall-krav 1.19)

Bolaget invänder att snöupptagning med bandtransport för puckar är felaktigt formulerat då kontroll om det finns puckar på isen alltid ska ske innan körning. Vidare anser bolaget att det är anmärkningsvärt att kommunen inte lagt till formuleringen ”eller likvärdig utrustning” i skall-kravet. Skall-kravet utesluter leverantörer från att lämna anbud.

Kommunen anför att det inte är ovanligt att puckar kan fastna och det därför finns ett behov av att införskaffa en ismaskin med bandtransport. Bandtransporten av snön eliminerar problemet med att puckar fastnar i ismaskinen.

Inledningsvis kan det konstateras att enligt förfrågningsunderlaget ska kommunen anta det anbud som har lägst pris. Det är emellertid då inte möjligt att använda skall-krav med formuleringar ”eller likvärdig utrustning” eftersom det inte är möjligt enligt förfrågningsunderlaget, förutom pris, att utvärdera några krav på föremålet för upphandlingen.

Skall-kravet innebär att det existerande problemet med att puckar fastnar i ismaskinen elimineras om ismaskinen har snöupptagning med bandtransport för puckar. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att skall-kravet har betydelse, att puckar inte fastnar i ismaskinen, för att användandet av ismaskinen. Skall-kravet strider därför inte mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Vad bolaget har anfört om kommunens handläggning av tilldelningsbeslutet föranleder ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad bolaget anfört i målet inte visar att upphandlingen kan anses strida mot någon av de principer som ställs upp i 1 kap. 9 § LOU, varför ansökan ska avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 10 § första stycket LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1 C LOU).


Anita Enocksson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 3109/1C LOU