



SÖKANDE

Supplies Direct City AB, 556411-4642

Ombud: Advokat Linda Dahlström och Advokat Martin Vildhede
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Stockholms Stad, Idrottsnämnden
Box 8313
104 20 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning på så sätt att Stockholm Stad, Idrottsnämnden förordnas göra om upphandlingen av stor kombiskurmaskin med planborste och stor kombiskurmaskin med valsborste.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

BAKGRUND

Stockholms Stad, Idrottsnämnden (Staden) har genomfört en upphandling av skurmaskiner till idrottsförvaltningens anläggningar. Upphandlingen genomfördes som öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Det inkom två stycken anbud till Staden, varav det ena från Supplies Direct City AB (Supplies Direct). Anbudet från Supplies Direct ansågs inte uppfylla samtliga ställda krav och gick därför inte vidare till utvärdering. Av tilldelningsbeslutet, daterat den 6 augusti 2019, framgår att Staden avser teckna avtal med den andra anbudsgivaren, beträffande stor kombiskurmaskin med planborste (planborstmaskin) och stor kombiskurmaskin med valsborste (valsborstmaskin).

Supplies Direct ansöker om överprövning av Stadens upphandling av planborstmaskin och valsborstmaskin (upphandlingen). Supplies Direct yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. Vid bifall till förstahandsyrkandet ska upphandlingen rättas på så sätt att Staden ska genomföra en ny kvalificering och utvärdering av de inkomna anbuden, varvid Supplies Direct ska tilldelas kontrakt.

Till stöd för sitt förstahandsyrkande om rättelse anför Supplies Direct bl.a. följande. Genom att förkasta Supplies Directs anbud har Staden agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Detta eftersom Supplies Directs anbud uppfyller alla i upphandlingen uppställda krav och det därför saknas grund för att förkasta det. Vidare har Supplies Direct lämnat lägst pris för samtliga anbudsdelar. Supplies Direct har därför lidit skada, eller kan komma att lida skada, eftersom bolaget skulle ha tilldelats kontraktet. Staden har meddelat att anbudet förkastats på grund av att det inte uppfyller ställda krav på renvattentankar, med förklaringen att Supplies Direct inte har offererat en fast renvattentank med en volym om 115-120 liter för planborstmaskinen respektive 165-175 liter för valsborstmaskinen.

Detta är en felaktig bedömning. Supplies Direct har offererat skurmaskiner som uppfyller uppställda volymkrav för renvattentankar. Offererad planborstmaskin har en tankvolym om 115 liter, fördelat på två renvattentankar om 110 respektive 5 liter. Offererad valsborstmaskinen har en tankvolym om 165 liter, fördelat på två renvattentankar om 160 respektive 5 liter. Det anges ingenstans att volymkravet är begränsat till en lösning med en enda vattentank. Staden har därför inte haft möjlighet att förkasta anbudet med hänvisning till att en "entankslösning" skulle ha offererats.

Till stöd för sitt andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om anför Supplies Direct bl.a. följande. De omfattande krav Staden har ställt upp för deltagande i upphandlingen är inte förenliga med proportionalitetsprincipen. Tolkningen att det uppställs ett krav på en enda renvattentank begränsar konkurrensen på ett sätt som innebär att vissa leverantörer gynnas och/eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Vidare är det aktuella kravet varken en lämplig eller effektiv åtgärd för att uppnå det relevanta funktionskravet och inte heller är det nödvändigt, då det finns mindre ingripande krav för Staden att ställa. Det finns inga godtagbara skäl för att ställa ett specifikt krav på att vattentanken ska ha en specifik utformning utan att detta tekniska krav har en relevant effekt på maskinens funktion eller prestanda. Den lösning som Supplies Direct har offererat medför ingen försvåring av uppstarten av städarbetet eller en större risk för feldosering. Staden har inte heller framfört något stöd för att så skulle vara fallet.

Staden bestrider bifall till ansökan om överprövning. Till stöd för sin talan anför Staden bl.a. följande. Vad Supplies Direct har anført innebär inte att Staden har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principer som LOU vilar på. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser upphandlingsdokumentet eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU har åsidosatts. Det saknas således skäl för beslut om att stadens upphandling ska

göras om eller att rättelse ska vidtas. Stadens krav kan inte, såsom Supplies Direct påstår, tolkas som att det innefattar flera renvattentankar med en sammanlagd volym inom uppgivet volymspan. Det har inte heller varit Stadens avsikt. Skälet till detta är att det måste vara så smidigt som möjligt för den person som ska städa idrottshallen att starta sitt städarbete. Det är Stadens erfarenhet att det extra moment som påfyllnad av mer än en tank innebär försvårar uppstarten av städarbetet samt att en lösning med mer än en tank medför risk för feldosering i de fall vattnet ska blandas med kemikalier.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. En upphandling får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt, 4 kap. 2 § LOU.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 gjorts.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna. De krav som uppställs måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrättens bedömning

Har Staden uppställt ett obligatoriskt krav på en enda fast renvattentank?

Förvaltningsrätten har först att pröva Supplies Directs förstahandsyrkande om rättelse. Prövningen består av att bedöma om det i Stadens förfrågningsunderlag uppställs ett obligatoriskt krav på att de upphandlade maskinerna, dvs. planborstmaskinen och valsborstmaskinen, ska vara utrustade med en enda fast renvattentank som ensamt uppfyller volymkraven om 115-120 liter respektive 165-175 liter.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation formuleras de omtvistade kraven enligt följande. "Fast renvattentank: 115-120 liter" och "Fast renvattentank: 165-175 liter". Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att dessa kravformuleringars grammatiska utformning, med ordet "tank" i singular, ger stöd för att respektive volymkrav ska uppfyllas av en enda fast renvattentank. Det noteras samtidigt att det inte specificeras att volymkravet är begränsat till en lösning med en enda tank. Enligt förvaltningsrätten, är dock ett sådant förtydligande inte nödvändigt, eftersom den singularbetonade kravformuleringen inte på ett naturligt sätt kan tolkas som att volymkravet även kan uppfyllas genom flertalet tankar.

Frågan är därmed om det i upphandlingen förekommer särskilda omständigheter som medför att kravformuleringen kan tolkas på annat sätt. Supplies Direct har fäst vikt vid hur Stadens besvarade en anbudsgivares fråga om möjligheten att offerera membrantank i stället för fast renvattentank. Staden har i sitt svar uppgett: "Nej. Separata tankar är ett krav då vi upplever att dessa är lättare att hålla rent i den dagliga rengöringen." Supplies Direct har noterat att Staden inte heller här har specificerat att volymkraven skulle vara begränsade till en lösning med en enda tank. Vidare menar Supplies Direct att svaret tyder på att flera tankar är tillåtna, eftersom tank nämns i plural.

Staden har bemött ovan argument med att ordet ”tankar” i detta sammanhang användes för att avse såväl renvattentank som smutsvattentank. Detta för att förtydliga att det inte är möjligt att offerera membrantank vare sig för renvatten eller smutsvatten samt att kravet på separata tankar avser båda dessa kategorier.

Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsgivaren ställde två identiska frågor om möjligheten att offerera membrantank: en fråga för renvatten och en för smutsvatten. Staden har besvarat frågorna på ett identiskt sätt, dvs. med två nekande svar med motiveringen att separata tankar är ett krav. En läsning av frågorna och svaren i sitt sammanhang ger stöd för Stadens förklaring att ordet ”tankar” användes för att avse både renvatten- och smutsvattentank. Med hänsyn till detta bedömer förvaltningsrätten att Stadens svar inte kan anses antyda att det skulle vara tillåtet att uppfylla volymkraven med fler än en tank.

Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att det i upphandlingens förfrågningsunderlag uppställs ett obligatoriskt krav på att en enda fast renvattentank ska ha en volym om 115-120 liter respektive 165-175 liter. Kravet bedöms vidare vara så klart och tydligt formulerat att det har kunnat förstås av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör (jfr C-19/00, SIAC Construction, p. 42 och RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten avslår därför Supplies Direct yrkande om att upphandlingen ska rättas på så sätt att Supplies Direct ska tilldelas kontrakt.

Är kravet på en enda fast renvattentank proportionerligt?

Av ovan följer att förvaltningsrätten har att pröva Supplies Directs andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras. Prövningen består av att bedöma om upphandlingen ska göras om på grund av att kravet på en enda fast renvattentank strider mot proportionalitetsprincipen på ett sätt som innebär att Supplies Direct har lidit eller kan komma att lida skada.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

För att vara proportionerligt måste kravet anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas. Den upphandlande myndigheten har dock alldeles klart ett utrymme inom vilket den kan agera i förhållande till proportionalitetsprincipen (se Kammarrätten i Stockholms dom den 7 april 2011 i mål nr 5795-10).

Staden har till stöd för kravet på en enda renvattentank anfört att en sådan lösning underlättar vid uppstarten av städarbetet och minskar risken för feldosering. Vad gäller risken för feldosering har Staden bl.a. framfört följande. Det är inte alltid kemikaliedoseringssystemet används, utan ofta blandas kemikalierna direkt i renvattentanken. Om det, vid användande av en tvåtankslösning, blandas vatten och kemikalier i en tank och det vid ett annat tillfälle fylls på med vatten och en annan typ av kemikalier i den andra tanken, kan det uppstå en risk att olika kemikalier blandas.

Dessa motiveringar har ifrågasatts av Supplies Direct, som bl.a. invänt att det är precis samma arbetsmoment vid påfyllning av två tankar som vid en tank, med undantag för att den ena vätskan (vanligtvis rengöringsmedel) fylls på i en mindre extratank i stället för i en och samma tank som vattnet. Supplies Direct har vidare anfört att Staden saknar grund för påståendet att en lösning med två tankar skulle höja risken för feldosering. Snarare borde risken minska eftersom det går att fylla på kemikalier i en tank och vatten i den andra.

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärder förorsakar enskilda intressen (HFD 2016 ref. 37).

I det första steget ska domstolen bedöma om det uppställda kravet på entankslösning är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå de eftersträvade syftena med kravet. Av handlingarna i målet framgår att Staden har motiverat kravet med ökad effektivitet i städarbetets uppstartsskede och säkerhet vid dosering av kemikalier. Förvaltningsrätten finner att kravet i viss mån kan antas förhindra anbud med komplicerade renvattenanordningar som föranleder merarbete och ökad risk för feldosering. Därmed kan det, enligt förvaltningsrättens mening, inte uteslutas att kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå de eftersträvade syftena.

I det andra steget ska det bedömas om kravet är nödvändigt för att uppnå de eftersträvade syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Det är Staden som bär bevisbördan för att visa att det inte finns något mindre ingripande alternativ (se Kammarrätten i Stockholms dom den 30 december 2008 i mål nr 4283-08). Staden har framfört att kravet syftar till att säkerställa ett effektivt uppstartsskede och en lägre risk för feldosering av kemikalier. Vad gäller ett effektivt uppstartsskede finner förvaltningsrätten att Staden inte närmare redogjort för hur det blir nämnvärt mer effektivt med den obligatoriska entankslösningen än vid användning av Supplies Directs tvåtankslösning. Det har exempelvis inte framkommit något till stöd för att tidsvinsten vid uppstartsarbetet skulle uppgå till mer än några sekunder, vilket är obefintligt sett till den totala arbetstiden. Vad gäller risken för feldosering har det Staden inte visat att de anförda riskscenarierna är mer troliga vid en tvåtankslösning än vid en entankslösning.

Det får enligt förvaltningsrättens mening förmodas att användaren kontrollerar innehållet i tankarna, oavsett om det är fråga om en eller flera tankar, innan ytterligare vatten och kemikalier fylls på. Vid ett felaktigt handhavande eller förbiseende i denna del föreligger risk för feldosering vid såväl en tvåtanklösning som en entanklösning. Vidare kan en tvåtanklösning snarare minska risken, eftersom det gör det möjligt att hålla isär vatten och kemikalier. Mot denna bakgrund, och med beaktande av att Staden bär bevisbördan för att visa att det inte finns mindre ingripande åtgärder, bedömer förvaltningsrätten att kravet på en enda renvattentank är oproportionerligt.

Av ovan följer att det inte blir nödvändigt att pröva steg tre i proportionalitetsbedömningen. Förvaltningsrätten finner således att Staden, genom att uppställa ett obligatoriskt krav på en enda fast renvattentank, har handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Därmed har Staden genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 4 kap. 1 § LOU. Felet har medfört att Supplies Direct har fråntagits möjlighet att delta i upphandlingen, med följderna att Supplies Direct har lidit eller kan komma att lida skada. Det fel som begåtts i upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Någon annan åtgärd än att upphandlingen ska göras om kan således inte komma i fråga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Lovisa Klingberg
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Jim Jerkenhag har föredragit målet.



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.

