



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM
2013-11-07
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
9958-13 E
Enhet 12

SÖKANDE

Ecolab AB, 556062-9486
Box 164
125 24 Älvsjö

Ombud: anbudskonsulten Monika Morling
Ecolab AB
Adress som ovan

MOTPART

Falkenbergs kommun
Nygatan 34
311 80 Falkenberg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen (KS 2013-265) ska göras
om.

BAKGRUND

Falkenbergs kommun (kommunen) har genom ramavtal upphandlat maskindiskmedel och övriga diskrelaterade rengöringsmedel (KS2013-265). Av tilldelningsbeslutet meddelat den 4 september 2013 framgår att Rekal Svenska AB (Rekal) vann upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Ecolab AB (Ecolab) begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts, på så vis att en ny kvalificering och utvärderingsfas görs med innebörden att Rekals anbud diskvalificeras och Ecolab tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om med nya tydliga förutsättningar. Till stöd för sina yrkanden anför Ecolab i huvudsak följande.

Av förfrågningsunderlagets punkt 3.3 *Dosering/brukslösning* framgår följande.

”Vid beräkning av doseringar och brukslösningar skall anbudsgivaren utgå från lägsta dosering (mjukvatten ca 0-6 dh) enligt tillverkarens angivelser.”

Av förfrågningsunderlagets punkt 3.6 *Funktionella krav* framgår vidare följande.

”Samtliga produkter som anbudsgivaren lämnat anbud på skall väl fylla de ändamål (funktion) de är avsedda för under den överenskomna avtalsperioden.”

Upphandlingen tilldelades Rekal med ett maskindiskmedel som är anpassat för vattenhårdheter från 0-4 °dH. Rekals offererade produkt kommer att vara bristfällig och motsvarar inte det nuvarande maskindiskmedlet, vilket har angetts som referensprodukt för funktionskravet. Att kommunen har

accepterat en differens av sådan omfattning avseende hårdhetsgraderna, medför att Rekal har haft en väsentlig prisfördel. Rekal uppfyller således inte de skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget. Kommunen har också brustit i sin kontroll genom att den inte har förkastat Rekals produkt och detta har medfört skada för Ecolab. Ämnen som tillsätts produkten för att binda vattenhårdhet är den enskilt dyraste komponenten i diskmedel. Ecolab har levererat en produkt som klarar kravet men som också fördyrar priset eftersom ingående komponent betingar ett högre pris. Hade Ecolab vid anbudstillfället haft kännedom om att kommunen skulle acceptera en produkt anpassad från 0-4 °dH, hade en billigare produkt offererats. Övriga leverantörer verkar ha uppfattat kravet på samma vis som Ecolab eftersom de också har offererat produkter anpassade för 0-6 °dH, vilket därmed också har gett ett högre anbudspris. Om Ecolab haft kunskap om de nya eller ändrade förutsättningarna från kommunens sida hade företaget således offererat en alternativ produkt och då framstått som vinnare av kontraktet.

Kommunen medger Ecolabs yrkande om att upphandlingen ska rättas på så vis att kvalificeringen och upphandlingens utvärderingsfas rättas med innebörden att Rekals anbud diskvalificeras och Ecolabs anbud antas. Kommunen anför i huvudsak följande. Syftet med punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget var att skapa rimliga förutsättningar för anbudsgivaren att offerera likvärdiga produkter och för utvärderaren att utvärdera utifrån likvärdiga anbud. Skall-kravet innebär dels att anbudsgivaren vid beräkning av doseringen ska utgå från lägsta dosering enligt tillverkarens angivelser, dels att vattnets egenskap - som beräkningen ska baseras på - är mjukvattnen, vilket preciseras med intervallet ca 0-6 °dH. Kravet är absolut. För att inte stänga ute anbudsgivare som kan offerera produkter som motsvarar det som har efterfrågats – även om det exakta intervallet kan bevisas avvika något – har kommunen bedömt ordet cirka som nödvändigt. Viss avvikelse kan således tolereras i anbudet. Rekals produkt innebär dock en för stor avvikelse. Eftersom Rekals anbud inte motsvarar skall-kravet i detta avse-

ende, kan bolaget inte heller anses uppfylla det funktionella skall-kravet i punkt 3.6.

Rekal har därefter beretts möjlighet att yttra sig och har därvid anfört i huvudsak följande. Det finns inte någon enhetlig definition av vad som avses med mjukt, medelhårt och hårt vatten. Innebörden av skall-kravet i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget, är att ange ramarna för själva beräkningen av doseringar och brukslösningar. Uppgiften i förfrågningsunderlaget om mjukt vatten är angett som en ungefärlig uppgift och är inte något absolut krav. Ecolabs och numera även kommunens påstående om att kravet i punkt 3.3 har en absolut innebörd vad gäller hårdhetskravet, är därmed felaktigt. Istället är den definition av mjukt vatten som kommunen har gjort i förfrågningsunderlaget riktig. Skall-kravet är följaktligen korrekt formulerat och tydligt. Den produkt som bolaget har offererat uppfyller vad som kan krävas ifråga om anpassning till vattnets hårdhetsgrad. Kommunen får bära risken om den har avsett att det aktuella skall-kravet skulle innehålla ett absolut värde för vattnets hårdhet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av vad Ecolab har framfört i målet finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Om det i dessa fall finns skäl att ingripa mot upphandlingen beslutar domstolen om rättelse eller att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2009 ref. 69). Efterlevnaden av ett avtal omfattas emellertid inte av prövningen enligt LOU.

Ecolab och kommunen är överens om att Rekals anbud strider mot de obligatoriska krav – så kallade skall-krav – som har uppställts i förfrågningsunderlaget, eftersom Rekals produkt inte är anpassad till de hårdhetsgrader som har angetts i punkt 3.3 och därigenom inte heller uppfyller funktionskravet i punkt 3.6. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om Rekal uppfyller skall-kraven i dessa avseenden. Dessutom har invändning gjorts om att förfrågningsunderlaget har varit otydligt eftersom det inte har framgått att kommunen skulle acceptera en produkt som är anpassad för vattenhårdheter från 0-4 °dH. Frågan i målet är därför även om det i detta avseende finns skäl för ingripande enligt LOU.

Kommunen har specificerat skall-kraven under punkterna 3.3 och 3.6, genom att ange vilka hårdhetsgrader som anbudsgivaren har att *ungefärligen* förhålla sig till. Förvaltningsrätten kan inte tolka skall-kraven på annat sätt än att viss avvikelse i fråga om hårdhetsgraderna är att tolerera. Det uppställda värdet för vattnets hårdhet bedöms därmed inte vara absolut. Förfrågningsunderlaget kan därför tolkas på så vis att Rekal genom offererad produkt uppfyller skall-kraven i nämnda avseenden.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till om förfrågningsunderlaget i punkterna 3.3 och 3.6 innehåller oklarheter av det slag att det kan anses stå i strid med lagens bestämmelser. Det konstateras i detta avseende att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma upphandlingen inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. I 1 kap. 9 a § LOU anges också att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta. Utöver detta ger inte lagen närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt samt icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt för att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud till den upphandlande myndigheten (jfr HFD 2012 ref. 48 I och II).

Det konstateras att definitionen av mjukt vatten varierar. Kommunen har emellertid inte haft för avsikt att tolerera avvikelser motsvarande vattenhårdheter från 0-4 °dH, trots att detta likväl skulle kunna uppfylla kravet på mjukt vatten i punkt 3.3. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget vilka avvikelser som kommunen avsett att acceptera. Det enda som möjligen skulle kunna tjäna som ledning för funktionskravet och vilka avvikelser som därigenom accepteras, är genom de fabrikat som anges i bilagorna till förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser dock att detta enbart kan ses som en upplysning till anbudsgivarna om vilka förutsättningar som *kan* vara för handen vid bedömning av skall-kraven men att detta inte i sig avser att utgöra ett skall-krav eller ett förtydligande därav. Skall-krav av så allmän och otydlig art som det här är fråga om, får till följd att det har varit omöjligt för anbudsgivarna att förutse i vilken mån avvikelser kan tolereras för att ifrågavarande krav ska anses vara uppfyllda. Till följd av förfrågningsunderlagets alltför otydliga formulering finns det en överhängande

risk för skönsmässiga och godtyckliga bedömningar och att anbuden därför inte kan bedömas i verklig konkurrens med varandra.

Förvaltningsrätten anser vid angivna förhållanden att förfrågningsunderlaget inte på ett tydligt sätt anger vilka avvikelser i förhållande till vattnets hårdhetsgrader som kan tolereras för att även kravet på funktion ska vara uppfyllt. Bristen i upphandlingen är sådan att den kan antas ha medfört skada för Ecolab. Det finns därför skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom den brist som förekommer i upphandlingen främst är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen göras om.

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

Karin Leidzén
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Linda Modig.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.