



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26109-10
Enhet 15

SÖKANDE

Rekal Svenska AB, 556290-3871
Box 2
646 21 Gnesta

MOTPART

Botkyrka kommun
Upphandlingsenheten
147 85 Tumba

2010-05-26	
Avt	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 19 mars 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 28846

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende maskindiskmedel och doseringsutrustning (diarienummer: 2009.165).

Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. I tilldelningsbeslut avsänt den 10 mars 2010 beslöt Botkyrka kommun att anta annat anbud än anbudet från Rekal Svenska AB (Rekal).

Rekal ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att utvärderingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan om överprövning anför Rekal bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget efterfrågar kommunen ”Maskindiskmedel, kapsel för automatisk dosering”. Då det på marknaden finns olika beredningsformer (pulver, pasta och flytande) föranledde detta Rekal att få ett förtydligande genom fråga. Eftersom Rekal fick svar att maskindiskmedel ska vara i pulverform offererade Rekal produkten ”R ett power”, en produkt som uppfyller ställda skall-krav för position 1 i prisbilagan ”Maskindiskmedel, kapsel och automatdosering”. Av tilldelningsbeslutet framgår att det vinnande anbudet, från Ecolab AB (Ecolab), under position 1 i bilaga 3 offererat produkten ”Eco Power”, en produkt som inte fyller det uppställda skall-kravet om ett ”maskindiskmedel i pulverform”. Av produktbladet för ”Eco Power” framgår att det är ett maskindiskmedel i fast form.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. De frågor som besvarats har hela tiden haft sin bäring på att förklara för anbudsgivarna hur de ska räkna på sitt offererade pris, då Rekal ställt frågorna om det ska vara fast eller flytande form för att kunna räkna på sin årsförbrukning. I förevarande bransch är det allmänt vedertaget att ett kompakt maskindiskmedel är ett maskindiskmedel i fast form oavsett vad varje leverantör väljer att kalla det. Det finns en rad benämningar som används i

branschen såsom pulver, kompakt, fast form, packat. Det är med andra ord torkat diskmedel som fungerar på samma sätt. Det är det som kommunen har ställt som krav i sin upphandling, ett kompakt maskindiskmedel för automatisk dosering via slutet säkerhetssystem. Då frågorna som ställdes vid upprepade tillfällen huruvida de kunde vara förpackade i dunk eller kapsel, fast eller flytande, ville kommunen försäkra sig om att Rekal skulle uppfatta att uträkningen skulle vara i kilo och inte i liter avseende det kompakta diskmedlet och därför att det ska vara i pulverform. Kommunen kan inte se varför Ecolab inte skulle uppfylla skall-kravet på sin offererade produkt som är i fast form. Krav har ställts på att diskmedlet ska vara i kompakt form samt i kapsel. Kommunen har därmed inte brustit i att utvärdera anbuden på ett objektivt och rättvist sätt. I det här fallet har det inte varit fråga om ett tillägg från kommunens sida när kommunen skrev att det skulle vara i pulverform utan det har handlat om att klargöra att de inte ska ha dunk som är i flytande form. Dunk kan öppnas och vid hanteringen finns det risk för att användaren exponeras, vilket ville undvikas. Denna förklaring måste ändå kunna anses vara godtagbar och föranleder inte på något sätt en godtycklig uppfattning från Rekals sida om att det är ett tillägg till upphandlingen.

UTREDNING I MÅLET

Under förfrågningsunderlagets punkt 1.1.2.2 anges att kommunen avser att teckna avtal med en leverantör för successiva avrop och att uppdraget bland annat avser ”Kompakt maskindiskmedel för automatisk dosering via slutet säkerhetssystem”.

I punkt 1.2.11.1. ”Prisutvärdering och pris” i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Anbudspris skall lämnas i SEK netto exkl. moms men inklusive emballage och frakt i prisbilaga 3 i bifogat dokument.

I bilaga 3 till förfrågningsunderlaget ska information avseende 8 efterfrågade artiklar lämnas. I position 1 anges som artikelbenämning ”**Maskindiskmedel**, kapsel, för automatisk dosering”.

Av handlingarna i målet framgår att Rekal ställt bl.a. följande fråga till kommunen: ”I bilaga 3, position 1, 2 och 7 efterfrågar ni kapsel. Räknas dunk som kapsel?”

På frågan har kommunen svarat följande: ”Dunk kan räknas som kapsel om det är samma innehåll, dvs. rengöringsmedel i pulverform, ej flytande.”

Rekal har även ställt följande fråga till kommunen: ”Vi skulle vilja ha förtydligande angående bilaga 3, position 1, 2 och 7. I tidigare svar från er angående dessa positioner skriver ni att innehållet ska vara i pulverform, ej flytande. Menar ni att samtliga 3 positioner ska vara i pulverform trots att den enda positionen som används i fast form idag är position 1 Maskindiskmedel?”

På frågan har kommunen svarat följande: ”Maskindiskmedel skall vara i pulverform. Position 2 respektive 7 kan vara pulver eller flytande, och alltså i dunk eller kapsel.”

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

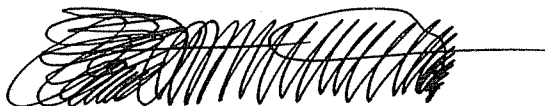
I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit

eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget (1.1.2.2) anges så vitt nu är ifråga att uppdraget omfattar "Kompakt maskindiskmedel för automatisk dosering via slutet säkerhetssystem". På fråga från Rekal har kommunen svarat att maskindiskmedlet ska vara i pulverform. Kommunen har i målet hos förvaltningsrätten anfört att svaret getts för att den ville försäkra sig om att bolaget skulle uppfatta att uträkningen skulle vara i kilo och inte liter. Kommunen har vidare uppgett i målet att det för kommunens del inte har någon betydelse hur produkten ser ut eller i vilken form den är så länge innehållet i kapseln uppfyller kravet på att kunna fungera i ett slutet säkerhetssystem. Enligt förvaltningsrättens mening får kommunens svar på frågan om maskindiskmedlets form anses ha varit så otydligt formulerat att det kan ha uppfattats som ett krav från kommunens sida att maskindiskmedlet ska vara i pulverform. Uppenbarligen har detta inte varit avsikten. Det svar som kommunen lämnat har därför varit vilseledande; inte enbart för Rekal, utan även för andra leverantörer som har haft möjlighet att lämna anbud. Upphandlingen har inte genomförts på ett godtagbart sätt. Med hänsyn härtill och då Rekal genom kommunens förfarande har kunnat lida skada finns skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristen får anses hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska rättelse inte ske. Upphandlingen ska istället göras om.

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



Kurt Björk
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Jessica Mettävainio.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.