


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2011-09-21
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2872-11, 2877-11,
2879--2883-11

SÖKANDE

Ecolab AB, 556062-9486
Box 164
125 24 Älvsjö

MOTPARTER

1. Nybro kommun
382 80 Nybro

2. Emmaboda kommun
Box 54
361 21 Emmaboda

3. Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås

4. Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga

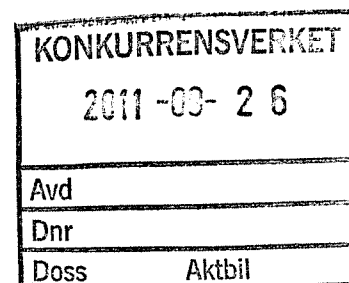
5. Borgholm Energi AB
Box 55
387 21 Borgholm

6. Kalmarsunds Gymnasieförbund
Box 865
391 28 Kalmar

Ombud för 1-6:
Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

7. Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 STOCKHOLM



Dok.Id 35575

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Nybro kommun, Emmaboda kommun, Torsås kommun, Mörbylånga kommun, Kalmar kommun, Borgholm Energi AB och Kalmarsunds Gymnasieförbund (nedan kallat kommunerna) har i samverkan genomfört en upphandling avseende maskindiskmedel, torkmedel och service. Samordning har skett genom Kalmar kommun. Enligt tilldelningsbeslut den 23 augusti 2011 har kommunerna beslutat att anta Rekal Svenska AB:s (nedan kallat Rekal) anbud.

Ecolab AB (nedan kallat Ecolab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om med tydliga förutsättningar. Ecolab anför bl.a. följande. Ecolab har inkommit med anbud i enlighet med ställda krav i upphandlingen. Ecolab har diskvalificerats i upphandlingen på grund av att bolaget inte lämnat korrekta referensuppgifter. Ytterligare två anbudsgivare har diskvalificerats på samma grunder. Ecolab anser att det föreligger otydlighet i förfrågningsunderlaget när det gäller ställda krav avseende referensuppdrag. Ecolab har i sitt anbud lämnat referensuppdrag som totalt överstiger 50 diskmaskiner, precis som kommunerna efterfrågar. Angivna referensuppdrag i bilagan har ca 130 diskmaskiner tillsammans. Vid samtlig anbudsgivning har de som rutin att ange referensuppdrag som ligger i upphandlande enhetens geografiska närhet. Ecolab är ett av marknadsledande företagen på storköksutrustningar, diskutrustning, tillhörande service och produkter och hade mycket väl kunnat lämna andra referenskunder,

om förfrågan tydligt hade angivit att det avsåg referensuppdrag. Vid tilldelningsbeskedet finner de att upphandlande enheten avsett 50 st diskmaskiner per referensuppdrag, vilket inte framgår av ställt skall-krav. Inte någonstans i förfrågningsunderlaget finns angivet att det avsåg 50 diskmaskiner per referensuppdrag. Av fyra anbudslämnande företag har tre diskvalificerats med hänvisning till samma fel. Kommunerna hade utan risk för särbehandling haft möjlighet att be om förtydliganden. En ny utvärdering bör därför göras. Utvärderingen av upphandlingen strider mot principen om transparens, och är diskriminerande, vilket står i strid med de grundläggande principerna i LOU. Ecolab har lämnat det mest konkurrenskraftiga erbjudandet i upphandlingen och skulle således ha tilldelats kontraktet. Ecolab lider därför skada om upphandlingskontrakt tecknas med Rekal.

Kommunerna bestrider Ecolabs yrkanden och anför följande. Upphandlingen omfattar leverans av maskindiskmedel och torkmedel till ca 190 diskmaskiner inom kommunerna samt tillhandahållande av doseringsutrustning och service av dessa maskiner. För att säkerställa att anbudsgivarna har den tekniska och yrkesmässiga kompetens som krävs för att genomföra ett så pass omfattande uppdrag har kommunerna uppställt nu aktuellt krav. Det har klart och tydligt angetts i förfrågningsunderlaget att tre referensuppdrag avseende liknande uppdrag ska presenteras. Vart och ett av referensuppdragen ska således vara ett liknande uppdrag. I förfrågningsunderlaget har även definierats vad som avses med liknande uppdrag. Ett referensuppdrag, för att anses som liknande uppdrag, ska omfatta leverans av maskindiskmedel och torkmedel, samt tillhandahållande av doseringsutrustning och service avseende minst 50 diskmaskiner. Det är i målet ostridigt att Ecolab inte angett tre referensuppdrag som vart och ett avsett minst 50 diskmaskiner. Ecolabs anbud uppfyller således inte det aktuella kravet. Att Ecolab har andra referensuppdrag, som inte har angetts i anbudet, som skulle ha uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget saknar betydelse i detta

sammanhang. Kommunerna kan inte vitsorda att övriga anbudsgivare uppfattat det aktuella kravet på det sätt som Ecolab nu gör gällande. Kommunerna har inte haft någon annan möjlighet än att förkasta Ecolabs anbud. Om kommunerna infordrat en komplettering skulle detta ha utgjort en otillåten komplettering. Upphandlingen är således inte behäftad med några brister. Om förvaltningsrätten, i strid med kommunernas uppfattning, skulle finna att kravet är otydligt utformat, menar kommunerna att en sådan brist under alla förhållanden inte är av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad och åberopar rättsfallet RÅ 2002 ref. 50.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §. Enligt 5 § ska rätten, 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, besluta 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 upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är således principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli

aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av punkten Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet på sidan 7 i förfrågningsunderlaget framgår följande. Leverantören **skall** ha tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra uppdraget. Som bevis här för **skall** en referensförteckning över tre (3) tidigare liknande uppdrag bifogas anbudet. Dessa **skall** vara genomförda under de senaste tre (3) åren och informationen **skall** anges på bilaga 5 referenser. Referenterna **skall** vara vidtalade och kan komma att bli kontaktade av beställaren. Med liknande uppdrag avses uppdrag omfattande leverans av maskindiskmedel och torkmedel samt tillhandahållande av doseringsutrustning och service avseende minst 50 diskmaskiner. På sidan 8 i förfrågningsunderlaget anges att skall-kraven, som är obligatoriska och ingår i kvalificeringsfasen, **skall** vara besvarade och uppfyllda för att anbudet skall kunna gå vidare till utvärderingsfasen.

Skall-krav är obligatoriska, dvs. de måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget ställt som skall-krav att anbudsgivarna i anbudet ska ange tre referensuppdrag omfattande leverans av maskindiskmedel och torkmedel samt tillhandahållande av doseringsutrustning och service avseende minst 50 diskmaskiner. Kravet får anses ha varit tillräckligt tydligt formulerat och det borde inte ha rätt någon tvekan om vad som kommunerna har efterfrågat. Det har inte

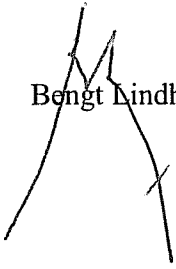
visats annat än att kravet är sakligt motiverat. Kraven på transparens och icke-diskriminering i LOU är därmed uppfyllda.

Ecolab har inte angett tre referensuppdrag som vart och ett avsett minst 50 diskmaskiner och uppfyller därmed inte ovan nämnda skall-krav. Grundregeln är att anbudsgivare som inte uppfyller skall-kraven ska uteslutas.

Förvaltningsrätten anser således att Ecolab inte har visat att kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (Dv 3109/1D-LOU)

Bengt Lindh





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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