



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
 Enhet 1  
 Ann Bladh

**DOM**  
 2011-05-23  
 Meddelad i  
 Jönköping

Mål nr  
 839-11 E  
 Domare 1:1

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-05-25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SÖKANDE**

Ecolab AB, 556062-9486  
 Box 164  
 125 24 Älvsjö

Ombud: Anders Enqvist  
 Ecolab AB  
 Box 164  
 125 24 Älvsjö

Ombud: Monika Morling  
 Box 164  
 125 24 Älvsjö

**MOTPART**

1. Vara kommun, 212000-2924  
 534 81 Vara

2. Götene kommun, 212000-1652  
 533 80 Götene

3. Skara kommun, 212000-1702  
 532 88 Skara

Ombud 1 – 3: Christer Johansson  
 Vara kommun  
 534 81 Vara

4. Lidköpings kommun, 212000-1694  
 Skaragatan 8  
 531 42 Lidköping

Ombud: Christer Johansson  
 Vara kommun  
 534 81 Vara

Ombud: Magnus Bernhardsson  
 Vara kommun  
 534 81 Vara

**SAKEN**

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

Dok.Id 37582

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Östra Storgatan 33 A	<b>Telefon</b> 036-15 65 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	--------------------------------	---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Ecolab AB:s ansökan om överprövning.

**BAKGRUND**

Götene, Skara och Vara kommuner har en gemensam upphandlingsorganisation som upphandlar för samtliga kommunala förvaltningar och bolag i de tre kommunerna. Kommunerna påbörjade tillsammans med Lidköpings kommun en upphandling avseende leverans av maskindiskmedel, torkmedel och doseringsutrustning samt service till anläggningar belägna inom kommunerna. Två leverantörer, Ecolab AB och Diversey Sverige AB (Diversey), lämnade anbud. Vid anbudsutvärderingen konstaterades att Diversey hade lämnat ett ofullständigt anbud och att tillåtelse till komplettering av anbudet skulle komma att strida mot LOU. Diverseys anbud uteslöts därmed från upphandlingen.

Med anledning av att endast en leverantör återstod efter uteslutningen meddelade kommunerna den 14 februari 2011 att de beslutat att avbryta upphandlingen. Av kommunernas meddelande därom framgår bl.a. följande. Då det endast finns ett utvärderingsbart anbud finns det inte någon anbuds konkurrens att dra nytta av och således inte en tillräcklig konkurrenssituation, vilket i sig måste ses som sakliga skäl för ett avbrytande av upphandlingen.

**YRKANDEN M.M.**

*Ansökan om överprövning*

Ecolab AB (bolaget) yrkar att kommunernas beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas samt anför bl.a. följande. Kommunernas beslut att avbryta upphandlingen har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. I förevarande fall saknas sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Kommunerna har inte gjort en objektiv och saklig bedömning av den rådande marknadssituationen där det endast finns ett fåtal aktörer som säljer nu aktuella varor och tjänster till den offentliga sektorn. Marknaden domineras som mest av tre aktörer, dvs. de producenter som finns av dessa produkter. Ecolab AB räknas som en av marknadsledarna och har ett hundratal nöjda kunder inom storkökssektionen. Rekal AB och Diversey är de övriga aktörerna. Upphandlingar inom detta område är således begränsade till ett fåtal leverantörer och en upphandlande myndighet kan därför inte åberopa en normal konkurrenssituation, där konkurrensen ska ge myndigheten en pris- och kvalitetsfördel, som skäl för att avbryta en upphandling. Kommunerna i det här målet fick tre anbud vid förra den upphandlingsomgången år 2004. Det är därmed föga troligt att kommunerna kommer att erhålla fler anbud vid nästa upphandlingsomgång och på så sätt eftersträva ytterligare konkurrens.

Efter en genomgång av upphandlingsprotokollet samt Diverseys anbud kan vidare konstateras att det har saknats sakliga skäl att diskvalificera Diverseys anbud. Anbudsutvärderingen borde därför ha slutförts. I upphandlingsrapporten anges att Diversey tillåtits komplettera sitt anbud med bilaga 11, vilken inte hade medföljt anbudet. När kommunerna sedan insåg att Diversey hade fyllt i fel version av prisbilaga 13 ansåg de att ytterligare kompletteringar skulle bli alltför omfattande och valde därför att avbryta upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har ett ansvar att säkerställa att en rättvis jämförelse kan göras och efter en detaljgranskning av den bilaga som Diversey skickade in kan konstateras att relevanta uppgifter finns med och att en rättvis bedömning således hade kunnat göras. Det som skiljer bilagorna åt är att några produkter har slagits samman till ett artikelnummer samt uppgifter om förbrukningen. Genom att läsa produktbeskrivningen kan enkelt utläsas att årsförbrukningen stämmer och att antal produkter minskats. Omfattningen av upphandlingsområdet och lämnade priser är identifierbara i den nya bilagan. En korrekt jämförelse hade såle-

des kunnat göras. Att låta Diversey komplettera sitt anbud med den rätta bilagan skulle således inte ha inneburit en särbehandling. Särskilt inte sedan Diversey inledningsvis tillåtits komplettera sitt anbud med en bilaga som helt saknats i det ursprungliga anbudet.

*Motpartens inställning*

Kommunerna bestrider bifall till Ecolab AB:s begäran och anför bl.a. följande. Mot bakgrund av att det idag egentligen endast finns tre leverantörer av efterfrågade produkter på marknaden är det särskilt olyckligt att bara ett anbud kvalificerat sig för utvärdering. Diverseys anbud diskvalificerades då detta inte innehöll efterfrågade dokument. I upphandlingen framgick att leverantören skulle lämna ett antal bilagor för utvärdering. Kommunerna insåg att den efterfrågade bilaga 11 inte hade skickats med och efter noga avvägande och beaktande av de restriktiva reglerna i 9 kap. 8 § LOU, efterfrågades denna bilaga 11 genom komplettering eftersom det bedömdes att detta kunde ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det visade sig sedan att Diverseys anbud inte heller var komplett vad gällde bilaga 13 eftersom bolaget hade skickat in fel version av denna bilaga. Bilaga 13 innehöll priser, volymer, förbrukningsmängd och detaljer som var av avgörande betydelse för utvärderingen av anbudet. Kommunerna gjorde då bedömningen att inte begära in en komplettering av dessa uppgifter eftersom en sådan komplettering bedömdes vara för ingripande för att vara i harmoni med LOU. Vid en helhetsbedömning ansåg man att ytterligare en komplettering samt den redan tidigare kompletteringen skulle tillsammans utgöra en alltför stor komplettering och därmed utgöra risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Således förkastades Diverseys anbud och kommunerna hade därefter enbart ett utvärderingsbart anbud kvar. Kommunerna valde därför att avbryta upphandlingen.

I alla kommuners intresse finns alltid ett ekonomiskt och affärsmässigt perspektiv. Detta tillgodoses praktiskt genom att flera anbudsgivare inkommer med anbud, vilket ger en grund för ett affärsmässigt och ekonomiskt beslut

)

)

utifrån förfrågningsunderlaget. När det då endast återstår ett utvärderingsbart anbud finns det inte någon anbudskonkurrens att dra nytta av och således inte heller en tillräcklig konkurrenssituation. Detta anses vara sakliga skäl för att avbryta en upphandling.

Förvaltningsrätten antecknar att rätten genom beslut den 23 februari 2011 avslog Ecolab AB:s yrkande om att upphandlingen med beaktande av tiodagarsregeln inte fick avslutas innan kammarrätten meddelat beslut i ärendet om sekretess.

### DOMSKÄL

#### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller 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.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av förarbetena till lagstiftningen (prop. 2006/07:128 s. 161) framgår bl.a. att det med termen ”komplettera” i ovan nämnda lagrum bör avses att komma in med kompletterande uppgifter, men att det i sådana fall inte får handla om att ersätta redan inlämnade uppgifter utan tvärtom att konkretisera dem på ett eller annat sätt.

*Förfrågningsunderlaget m.m.*

Av kommunernas anbudsinbjudan framgår bl.a. att leverantörerna ska lämna sina anbud i enlighet med ett flertal till anbudsinbjudan fogade bilagor (förfrågningsunderlag). I bilaga 11 ”Material för provdiskmedel” ska leverantörerna ange det material som de kommer att tillhandahålla vid de provdiskningar som ska utföras på vissa angivna enheter (jfr punkten 1.21.2 Del B i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter). I bilaga 13 ”Prisbilaga” ska leverantörerna ange pris per enhet, doseringsanvisning samt namnet på offererad produkt (jfr punkten 1.21.1 Del A i förfrågningsunderlaget).

Inbjudan att lämna anbud samt tillhörande förfrågningsunderlag annonserades i Allmänt tillgänglig databas (OPIC) den 16 december 2010. Bilaga 13 uppdaterades den 19 januari 2011 och kompletterades därvid anbuds- inbjudan på för upphandlingen nyss nämnda annonsplats. I den uppdaterade bilaga 13 från den 19 januari 2011 har bl.a. ändrats artikelnummer och till viss del även produktamn på de s.k. utgångsprodukter som kommunerna angett ska motsvara leverantörernas offererade produkter. Vidare har ändrats uppgifter om beräknad årsförbrukning. För flera av produkterna har den beräknade årsförbrukningen angetts vara högre än vad tidigare angetts. Därutöver har vissa produkter tagits bort i jämförelse med den tidigare bilagan.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Av praxis framgår att ett beslut att avbryta en upphandling kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgö-

rande RÅ 2005 ref. 62). En upphandlande myndighets beslut att avbryta en påbörjad upphandling ska motiveras av sakliga skäl som överensstämmer med grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det förelegat sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling. Frågan i målet är således om kommunerna har haft sakliga skäl att avbryta den i målet aktuella upphandlingen.

Ecolab AB har invänt att kommunernas beslut inte har varit sakligt grundat då kommunerna med hänsyn till ett flertal angivna omständigheter borde ha antagit deras anbud fastän det saknades andra giltiga anbud. Kommunerna har till stöd för sitt beslut att avbryta upphandlingen anfört att det inte funnits någon anbuds konkurrens att dra nytta av och således inte en tillräcklig konkurrenssituation. Den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår har som regel ansetts vara ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 ref. 35). Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunerna i den uppkomna situationen – endast ett anbud kvarstår – har haft saklig grund för att avbryta den aktuella upphandlingen.

Ecolab AB har även invänt att kommunernas beslut inte har varit sakligt grundat då det saknats anledning att utesluta Diverseys anbud från upphandlingen. Orsaken till uteslutningen var att Diverseys anbud, enligt kommunerna, inte var komplett då bolaget hade angett prisuppgifter m.m. på fel bilaga 13, dvs. den bilaga som gällde innan uppdateringen den 19 januari 2011. Kommunerna ansåg att det inte var möjligt att låta Diversey komplettera sitt anbud med rätt bilaga 13 utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.


För att avgöra om kommunerna haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen måste det först avgöras om kommunerna kunnat utesluta Diversey från upphandlingen med anledning av att bolagets anbud inte kunde ligga till

grund för en fortsatt anbudsutvärdering och inte heller kunnat kompletteras med risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

En komplettering får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Den får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras och att något utbyte av nya uppgifter inte sker. Vid en sammantagen bedömning av vad som framgår av förfrågningsunderlaget vad avser bl.a. hur anbudsutvärderingen ska gå till, finner förvaltningsrätten att de två olika versionerna av bilaga 13 skiljer sig åt på ett sådant sätt att Diverseys ursprungliga anbud därför inte skulle kunna ligga till grund för en korrekt och riktig anbudsutvärdering. Förvaltningsrätten finner därmed vidare att det inte skulle ha varit möjligt för kommunerna att begära in en komplettering av en uppdaterad version av den aktuella bilagan utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kommunerna har därför haft fog för sitt beslut att utesluta Diversey från upphandlingen då bolaget inte lämnat ett komplett anbud.

Förvaltningsrätten finner således sammanfattningsvis att kommunernas beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl. Vid sådant förhållande och då det inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när ska Ecolab AB:s ansökan om överprövning avslås.

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

  
Svante Stroh