



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-12-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 44315-10
 Enhet 17

SÖKANDE

Ecolab AB, 556062-9486
 Box 164
 125 24 Älvsjö

Ombud:
 key account manager Anders Enquist
 samma adress

Ombud:
 upphandlingskonsult Monika Morling
 Moleann AB
 Kyrkogatan 11
 744 31 Heby

MOTPART

Botkyrka kommun
 147 85 Tumba

Ombud: Zina Norin
 samma adress

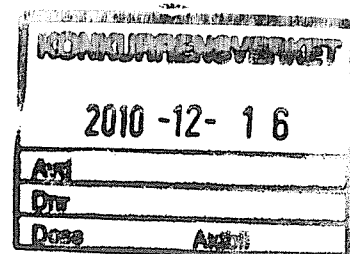
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Ecolab AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 november 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 77327

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

Botkyrka kommun genomför en upphandling av maskindiskmedel, nr 2010:110. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt 4 kap. LOU. Botkyrka kommun har i tilldelningsbeslut den 26 oktober 2010 beslutat att anta Ecolab AB (Ecolab) som leverantör. I nytt tilldelningsbeslut den 29 oktober 2010, efter beslut att ändra tidigare meddelat tilldelningsbeslut, har Botkyrka kommun beslutat att anta annat anbud än anbudet från Ecolab.

Ecolab har ansökt om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten har den 8 november 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Ecolab yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas varvid deras anbud ska antas och i andra hand att upphandlingen ska göras om med nya tydliga förutsättningar.

Till stöd för ansökan anför Ecolab bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget innehåller inte någon definition av vad ett slutet säkerhetssystem är. Inte heller i branschen finns någon enhetlig definition av detta. Det är alltså upp till respektive upphandlande enhet och branschföretag att avgöra vad som är ett slutet säkerhetssystem. Deras offererade produkt tillsammans med doseringsutrustning är ett helt slutet säkerhetssystem för den som hanterar diskmaskinen regelbundet och under normala förhållanden. Under onormala förhållanden klarar ingen på marknaden förekommande produkt önskemålet om totalt slutet system. Det finns motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget, där det på punkt 1.1.3.2. står automatisk dosering

och i bilaga 3 slutet säkerhetssystem. Vid första tilldelningsbeskedet har de tilldelats kontraktet, men efter påpekande från andra anbudsgivare har kommunen ändrat sin uppfattning om vad som är ett slutet säkerhetssystem. På detta sätt har man låtit sig påverkas och har ändrat anbudsförutsättningarna efter tilldelningsbeskedet. De förutsättningar som gällde vid anbudslämningen får inte ändras under anbudsprocessen. Om Ecolab hade haft kunskap om de nya eller ändrade förutsättningarna direkt vid anbudslämningen så hade de offererat en annan produkt och även då framstått som vinnare av kontraktet.

Ecolabs offererade torkmedel är inte en farlig produkt såsom definierat i Kemikalieinspektionens föreskrifter. Alla förpackningar går givetvis att öppna, detta medför inte med nödvändighet exponering för innehållet. Vid en korrekt hantering finns ingen risk för exponering av innehållet i förpackningen. Oavsett förpackningstyp finns risk för exponering vid felaktig hantering. Trots kompletterande frågor har kommunen enbart hänvisat till slutet säkerhetssystem och inte besvarat frågan om dunk uppfyller skall-kraven. Ecolab har funnit att dunk måste vara ett godkänt alternativ, då deras bedömning är att det är ett slutet säkerhetssystem. Deras slutna säkerhetssystem är lika slutet och säkert som det vinnande anbudets.

Det är anmärkningsvärt att krav på slutet säkerhetssystem ställs på torkmedel, då produkten inte är klassad som hälso- eller miljöfarlig. Ett slutet säkerhetssystem har troligen till syfte att skydda användaren, även om detta inte är definierat av den upphandlande enheten. Produkten är mer harmlös än flera på marknaden förekommande handdiskmedel och kan hanteras utan risk för användaren. Det finns alltså tveksamheter om kraven som ställts är relevanta och rimliga i förhållande till upphandlingen. Ställda krav måste gälla samtliga produkter eller enligt den definition upphandlande enheten ställt upp. I detta fall saknas definitioner helt, vilket

innebär att anbudsgivaren är fri att offerera ur sitt sortiment. Upphandlaren verkar ha utgått ifrån antagen leverantörs produktblad och enbart kopierat detta, utan att reflektera över konsekvenserna. Kommunen har med detta förfarande brutit mot sin objektivitet och låtit anbudsprocessen påverkas av subjektiva bedömningar och inte av de förutsättningar som funnits i förfrågningsunderlaget. Utvärderingen strider mot principen om transparens, proportionalitet och är diskriminerande.

Botkyrka kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Om kommunen hade fullföljt det tilldelningsbeslut som meddelades i första omgången den 26 oktober 2010, skulle kommunen ha gjort avsteg från principerna i LOU. Anbudsvärderingen grundade sig på Ecolabs felaktigt offererade produkt, en dunk som går att öppna och inte är en produkt som är anpassad för slutna säkerhetssystem.

Under annonseringstiden inkom det frågor som kunde klargöras och besvaras men kommunen behövde även komplettera förfrågningsunderlaget och förlängde därför anbudstiden för att ge anbudsgivarna möjlighet att beakta kompletteringarna i sina anbud. En fråga som ställdes från en anbudsgivare under annonseringstiden var om position 2 (skölj- och torkmedel) flytande, automatisk dosering ska vara för slutna säkerhetssystem som till diskmedel (dvs. en annan position i priskorgen) eller om dunk godkänns. På den frågan hänvisade kommunen till dels underlaget 1.1.3.2., dels prisbilaga 3. Vid upprepad fråga från anbudsgivaren om att det inte framgick tillräckligt tydligt huruvida dunk godkänns på position 2 gick kommunen ut i en komplettering. I kompletteringen gick kommunen ut och meddelade att prisbilagan som kompletterats var den som skulle gälla. I den kompletterade prisbilagan stod följande på position för torkmedel: "automatisk dosering i slutet säkerhetssystem". Den prisbilaga som Ecolab fyllde i och lämnade in vid anbudstillfället var den kompletterade prisbilagan. En utvärdering gjordes

av inkommande svar, på grundval av kriterierna i underlaget, och Ecolab valdes som ramavtalsleverantör.

Efter att kommunen, av en annan anbudsgivare, uppmärksammats på att Ecolabs produkt inte uppfyllde de angivna kraven skickades frågor till Ecolab den 28 oktober 2010 för att be dem förtydliga riktigheten i anbudet. Mot bakgrund av inkommet svar bedömde kommunen att produkten inte uppfyller ställt krav på att den ska vara anpassad för slutna säkerhetssystem. Personal som hanterar dunken måste i första ledet öppna den innan den kan anslutas till ett doseringssystem. I denna hantering riskerar medarbetarna att komma i kontakt med farliga vätskor. Det är ovidkommande om produkten som Ecolab offererat betraktas som ofarlig eller inte miljöbelastande. Förutsättningarna under anbudsprocessen har inte ändrats eftersom samtliga anbudsgivare har tagit del av kompletteringarna under annonseringstiden och beretts tillfälle att lämna in anbud utifrån kompletteringen genom tilltagen förlängd svarstid. Ecolab har offererat produkt utifrån den priskorg som var kompletterad. Att Ecolab väljer att offerera en annan produkt som inte är anpassad för slutna säkerhetssystem av den anförda anledningen att offererad produkt inte är miljöfarlig kan inte läggas kommunen till last. Mot bakgrund av de nya fakta som uppdagades har kommunen enligt lagens uppställda krav på ett objektivt sätt utrett riktigheten i detta och funnit att Ecolab inte lämnat en produkt som motsvarar ställda krav.

Det finns en allmänt vedertagen uppfattning på marknaden om olika begreppsdefinitioner även om kommunen inte har utvecklat den fullt ut i underlaget. Ecolab har avseende diskmedel erbjudit en produkt som är anpassad för slutna säkerhetssystem och har inte på något sätt visat att man inte förstått skillnaden eller missuppfattat kommunens krav på slutna säkerhetssystem. Ecolabs resonemang rimmar illa med tanke på att man å ena sidan säger att det inte finns en produkt med totalt slutna system och å

andra sidan att de skulle ha offererat en alternativ produkt om de ändrade förutsättningarna varit kända. Utifrån ställda krav har en saklig och objektiv prövning av anbudet skett för samtliga anbudsgivare. Kommunen har inte ändrat uppfattning om vad som är ett slutet säkerhetssystem och att det skulle ligga till grund för en ny bedömning av anbudet. Den definition som lämnats under annonseringstiden har varit känd för samtliga anbudsgivare.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer hur förfrågningsunderlaget ska utformas, så länge det inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga grundprinciperna. Ecolab har getts samma möjlighet som övriga anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Eftersom produkter som uppfyller kraven finns på marknaden har kravet inte inverkat på något negativt sätt för anbudsgivarna, då det står varje anbudsgivare fritt att offerera produkter som kommunen efterfrågar.

Mot bakgrund av att produkten kommer att hanteras av kommunens medarbetare vill man säkra så långt som möjligt att eventuell kontakt med kemikalier kan undvikas. Syftet med detta är att medarbetarnas arbetsmiljö ska vara så säker och trygg som möjligt. Kraven är därför inte oproportionerliga.

För att visa på att ingen särbehandling eller begränsning av något slag har skett vill kommunen påtala att komplettering skett under annonseringstiden och att Ecolab var den leverantör vars anbud antogs i första omgången. Det finns inget formellt hinder för kommunen att återkalla och ompröva ett fattat tilldelningsbeslut om det föreligger förutsättningar för det (se Kammarrättens i Sundsvall dom i mål 2831-03).

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 16 kap. 2 § LOU, i tillämplig lydelse, framgår 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.

Utredningen i målet

Av punkt 1.1.3.2. *Uppdragets omfattning och antal leverantörer* i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att uppdraget omfattar följande områden:

- Doseringsutrustning
- Maskindiskmedel i fast form för automatisk dosering via slutet säkerhetssystem
- Högkoncentrerat torkmedel för automatisk dosering
- Avkalkningsmedel
- Blötlägningsmedel för hårt smutsat gods
- Service och utbildning avseende diskmaskinutrustning
- Utföra temperaturkontroll på diskmaskinerna

I *Bilaga 3 pris* anges bl.a. följande avseende artikelbenämning torkmedel, automatisk dosering i slutet säkerhetssystem.

Av frågor och svar som sändes ut till alla anbudsgivare den 1 juli 2010 framgår att en anbudsgivare ställt följande fråga. På pos 2 efterfrågas skölj- och torkmedel: flytande, automatisk dosering, ska det också vara slutet säkerhetssystem som till diskmedel eller godkänner ni dunk? Kommunen

svarade att det framgår av uppdragets omfattning i enlighet med punkt 1.1.3.2. i förfrågningsunderlaget och bilaga 3.

Av Ecolabs svar på fråga från kommunen den 28 oktober 2010 framgår följande. Vid byte av dunk förs sugslang och kapsyl över från den tomma förpackningen till den nya. Sugslangen är försedd med backventil för att förhindra att kvarvarande produkt i slangen rinner ut och kan komma i kontakt med användaren. Givetvis måste alla förpackningar öppnas innan man kan ansluta till ett doseringssystem, detta gäller oavsett systemets slutningsgrad. I fallet med Toprinse Neutral i kombination med doseringsutrustningen Ecorinse förekommer ingen kontakt med produkten vid normal hantering. Detta i kombination med att produkten varken är klassificerad som hälso- eller miljöfarlig gör att vi bedömt att systemet är att betrakta som ett slutet säkerhetssystem.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om kommunen kan fatta ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen. Av avgöranden från kammarrätterna framgår att en upphandlande myndighet kan ändra sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge något kontrakt inte slutits, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller så att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna träds för när (se t.ex. Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 621-06 och Kammarrättens i Stockholm beslut i mål nr 3503-10). Det finns således möjlighet för den upphandlande myndigheten att fatta ett nytt tilldelningsbeslut om det finns grund för omprövning av det första tilldelningsbeslutet. Efter det första tilldelningsbeslutet den 26 oktober 2010 har kommunen fått information om att Ecolabs produkt inte uppfyllt de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Den nya tilldelning har skett för att undvika att kontrakt tilldelats till en produkt som av kommunen inte ansetts fullgöra kraven i förfrågningsunderlaget. Den kan därför, enligt

förvaltningsrättens mening, inte anses ha gjorts i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller på ett sådant sätt att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts. Kommunen har därför inte varit förhindrad att fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrätten har härfter att ta ställning till om kommunen vid det nya tilldelningsbeslutet haft fog för att utesluta Ecolab från den fortsatta utvärderingen på den grunden att offererat torkmedel inte uppfyller kravet på automatisk dosering i slutet säkerhetssystem. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på automatisk dosering i slutet säkerhetssystem är ett så kallat skall-krav. Sådana krav är ovillkorliga för att ett anbud ska kunna komma ifråga för vidare utvärdering. Av Ecolabs beskrivning av hur det går till vid byte av dunk framgår att korken till dunken måste öppnas vid bytet. Kommunen har utifrån denna information bedömt att Ecolabs torkmedel inte uppfyller aktuellt skall-krav. Förvaltningsrätten finner, i likhet med kommunen, att produkten inte kan anses uppfylla kravet på slutet säkerhetssystem. Förvaltningsrätten finner således att kommunen haft fog för att utesluta Ecolab från den fortsatta utvärderingen på den angivna grunden.


Ecolab har anfört att kommunen har ändrat förutsättningarna under anbudsprocessen då den ändrat sin uppfattning om vad som utgör ett slutet säkerhetssystem, samt att kommunen har genomfört upphandlingen i strid med transparensprincipen. Det förtydligande som kommunen har gjort om att det är prisbilagans krav på slutet säkerhetssystem för torkmedel som gäller kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses utgöra en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av att skall-kravet om slutet säkerhetssystem för torkmedel framgår av förfrågningsunderlaget med tillhörande produktbilaga finner förvaltningsrätten att Ecolab inte kan anses ha visat att kommunen har ändrat förutsättningarna för upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att upphandlingen har

genomförts på ett öppet och förutsebart sätt. Ecolab har således inte visat att kommunen har genomfört upphandlingen i strid mot transparensprincipen.

Ecolab har vidare anfört att kravet på att torkmedel ska ha automatisk dosering i slutet säkerhetssystem är ett orimligt och inte relevant krav, dvs. att det strider mot proportionalitetsprincipen. En upphandlande myndighet har stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för en upphandling. Kommunen har ställt upp kravet på automatisk dosering i slutet säkerhetssystem för att göra medarbetarnas arbetsmiljö säkrare och, så långt som möjligt, undvika att de kommer i kontakt med kemikalier. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven i upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Kravet på slutna säkerhetssystem har ett naturligt samband med upphandlingen av maskindiskmedel och torkmedel m.m., och är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av kommunen angivna syftet, nämligen att begränsa personalens kontakt med kemikalier. Kravet får även anses nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet. Vidare kan kravet inte heller anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträlvade syftet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Ecolab inte heller visat att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte föreligger grund för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. LOU. Ecolabs ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Håkan Eriksson
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Carina Nägling.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 vartill 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 3109/1A LOU

