



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-10-13
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3307-15

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Region Östergötland
581 85 Linköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -10- 1 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 219078

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
Telefax
013-25 11 40
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Region Östergötland (regionen) genomför en upphandling benämnd *Kemisk-tekniska produkter*, referensnummer UC-2014-136. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande och tilldelningsgrunden är lägsta pris. Upphandlingen är indelad i ett antal produktområden som i sin tur är indelade i tilldelningsgrupper. Utvärdering sker per tilldelningsgrupp. Enligt tilldelningsbeslut den 7 maj 2015 hade regionen för avsikt att teckna avtal med Diversey Sverige AB avseende tilldelningsgruppen 3.11.8 Maskindiskmedel för diskmaskin med doseringsutrustning högkoncentrat 5 kilo. Av tilldelningsbeslutet framgår även att Rekal Svenska AB:s anbud rörande den aktuella tilldelningsgruppen har uteslutits eftersom den offererade förpackningsvolymen på 4 kilo ej ryms inom angiven volym om 5 kilo, +/- 15 % avvikelse.

Rekal Svenska AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen rörande tilldelningsgruppen 3.11.8. Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska ske vid vilken bolagets anbud ska tas upp till prövning.

Regionen motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Det uppställda volymkravet står i strid med proportionalitetsprincipen och är konkurrensbegränsande. Kravet om en exakt volym är inte nödvändigt för upphandlingens genomförande och det har tillämpats felaktigt av regionen. Volymkravet har inget samband med utvärderingen, dvs. det är inte

volymen om 5 kilo som utvärderas utan det är priset per diskprocess som utvärderas, enligt punkt 3.11.8 i förfrågningsunderlaget.

Den produkt som bolaget har offererat uppfyller samtliga krav som ställs i kravspecifikationen, såväl de generella kraven för maskindiskmedel som de specifika kraven för denna typ av diskmedel. Ser man till de krav som uppställs rörande produktförpackning, effektivitet och egenskaper hos diskmedlet så framkommer att det inte finns någon relevans i kravet om att volymen ska vara just 5 kilo. En övre volymgräns kan vara relevant ur ett arbetsmiljöperspektiv men inte en nedre gräns. Regionen påstår felaktigt att ju lägre volymen är, desto oftare behöver maskindiskmedel fyllas på. Det är inte volymen, utan varaktigheten i innehållet, som styr hur ofta förpackningarna behöver bytas ut. Regionen har inte i något skede av upphandlingen tagit hänsyn till produkternas varaktighet, vilken är grundförutsättningen för att argumentera utifrån användarvänlighet och miljöperspektiv i förhållande till volymen. Man kan göra en jämförelse med konsumentmarknaden och Yes diskmedel. En mindre förpackning Yes men med längre hållbarhet är ett bättre eller i vart fall inte sämre alternativ än en konkurrents större förpackning.

Vad som anförts innebär att volymkravet står i strid med proportionalitetsprincipen. Enligt proportionalitetsprincipen ska kravet dels vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvarvärda målet, dels nödvändig för att nå det uppställda målet. Därtill ska bedömas om den negativa effekten som kravet får jämfört med det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvarvärda syftet. Eftersom volymkravet inte har något samband med de funktionella och effektmässiga kraven framgår klart att volymkravet inte är vare sig lämpligt, effektivt eller nödvändigt. Det är vidare oklart vad syftet med volymbegränsningen är, samtidigt som den negativa effekten är mycket tydlig.

Två anbud har inkommit rörande den aktuella tilldelningsgruppen, varav bolagets anbud har haft lägst pris. Detta innebär att om volymkravet hade tillämpats i enlighet med proportionalitetsprincipen så hade bolagets anbud antagits. Därvid har bolaget lidit skada.

Regionen

Regionen har inte begränsat konkurrensen och inte brutit mot proportionalitetsprincipen genom att ställa krav på viss volym. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida någon skada. Regionen har i enlighet med förfrågningsunderlaget på ett korrekt sätt bedömt att Bolaget inte uppfyller aktuellt krav, varför yrkandet om rättelse inte ska bifallas.

Kravet om viss volym strider inte mot proportionalitetsprincipen och kan inte anses vara konkurrensbegränsande. Kravet har ett naturligt samband med det som upphandlas och är inte oproportionerligt i förhållande till det syfte som ska uppnås med kravet. Volymkravet är ställt ur ett arbetsmiljö-, användar- och miljöperspektiv. Det är lämpligt och effektivt för att nå syftet med kravet. En för hög respektive en för låg volym kan inverka negativt på arbetsmiljön. En nedre volymgräns är relevant eftersom ju lägre volymen är, desto oftare behöver maskindiskmedlet fyllas på, vilket innebär att arbetsbelastningen ökar. Alltför små förpackningsvolymmer medför också en onödig förbrukning av förpackningsmaterial vilket är negativt dels ur miljösynpunkt, dels då det skapar mer arbete med avfallshantering för personalen.

Kravet kan inte anses vara konkurrensbegränsande. Genom att tillåta avvikelser om 15 % från angiven volym så har Regionen öppnat upp för viss avvikelse. Kravet har ställts med viss tolerans och det är inte anpassat till en viss leverantör. Det är heller inte oproportionerligt i förhållande till vad som ska uppnås med kravet. Den negativa effekt som kravet eventuellt kan

medföra kan inte ses som oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

UTREDNING

Av punkt 3.11.3 i förfrågningsunderlaget framgår de generella kraven för maskindiskmedel. Under punkt 3.11.8 specificeras kraven för den aktuella tilldelningsgruppen, maskindiskmedel för diskmaskin med doseringsutrustning högkoncentrat 5 kilo. Anbudsgivare ska bl.a. uppge pris i SEK beräknat per diskprocess enligt tillverkarens rekommenderade dosering. Av administrativa föreskrifter tillhörande förfrågningsunderlaget, punkt 2.4.5. framgår att där efterfrågad volym anges med en specifik volym tilläts en differens av angiven volym på +/- 15 % för offererad produkt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter skall 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.

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 denna lag och detta har medfört att leverantören har 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

Förvaltningsrätten kommer i det följande att låta begreppet volym få samma innebörd som parterna gett det i förevarande upphandling.

Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det uppställda kravet om 5 kg, med en godkänd avvikelse om 15 % uppfyller kraven i LOU om bl.a. likabehandling och proportionalitet.

Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref 50).

Upphandlande myndighet har stor frihet att närmare bestämma föremålet för en upphandling, men kraven i förfrågningsunderlaget måste vara kopplade till det som upphandlas. Kraven får inte framstå som godtyckliga eller uppenbart osakliga (jfr RÅ 2010 ref 78).

Det har inte framkommit att kravet på en produktförpackning på 5 kg med en godkänd avvikelse om 15 % skulle vara anpassat till en viss leverantör, eller ha tillämpats olika avseende olika anbudsgivare. Kravet är kopplat till den vara som upphandlas samt får anses vara relevant i förhållande till de syften som kravet är ägnat att tillgodose. Kravet kan inte heller anses vara alltför långtgående i förhållande till dessa syften. Förvaltningsrätten anser därmed att bolaget inte har visat att det uppställda kravet strider mot proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen eller någon annan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Inte heller har bolaget visat att regionen skulle ha brutit mot någon annan bestämmelse i LOU vid upphandlingen. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed och bolagets ansökan ska således avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Ulrika Bjurö.



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.