



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-01-21
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6651-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

AB Sundplast, 556468-7597

Ombud: Advokat Carl Sjöstedt
Advokatfirman VICI HB
Box 1209
221 05 Lund

MOTPART

Landstinget i Uppsala län

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingets i Uppsala län, genom Varuförsörjningen, upphandling av transport och avfallsemballage, VF2010-0018

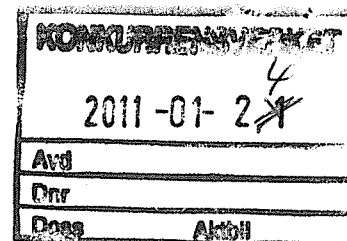
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut av den 1 oktober 2010 upphör därmed att gälla.



BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län, genom Varuförsörjningen, (landstinget) har begärt in anbud i offentlig upphandling av transport och avfallsemballage. Enligt tilldelningsbeslut den 23 september 2010 har Remeda Aktiebolag (Remeda) och Terumo Sweden AB antagits som leverantörer.

YRKANDEN

AB Sundplast (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Landstinget bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Bolagets ansökan om överprövning har sin grund i de principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingen med iakttagande av principen om öppenhet samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Bolaget anser att landstinget, genom det sätt som förfrågningsunderlaget utformats och genom det sätt utvärdering skett, inte iakttagit dessa principer och att landstinget därigenom inte kommit att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta strider mot 16 kap. 1 § LOU. Felaktigheterna har medfört eller kan komma att medföra skada för bolaget. Upphandlingen är genomförd som en öppen upphandling vilket innebär att den faller inom lagens direktivstyrda område.

Förfrågningsunderlaget

Det finns klara brister i förfrågningsunderlaget som för en leverantör kan leda till oklarheter och missförstånd. Punkterna 2.1.2 och 2.1.3 i förfråg-

ningsunderlaget är inbördes oförenliga. Enligt den första punkten ska upphandlingen genomföras som en öppen upphandling och i den andra anges att det ska vara fråga om ett förenklat förfarande. Det är inte möjligt att använda två förfaranden på detta sätt och det förenklade förfarandet är avsett för icke direktivstyrda upphandlingar. Redan dessa omständigheter kan leda till brister i likabehandling och transparens. Att det angivits i annonsen att det är fråga om en öppen upphandling läker inte felaktigheten. Det är inte säkert att en potentiell anbudsgivare tagit del av annonsen och det är inte heller självklart att bolaget eller någon annan anbudsgivare kan dra någon korrekt slutsats av dessa underlag.

I punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget anges att anbud kan komma att antas helt, delvis eller förkastas. Denna reglering är oförenlig med, eller i vart fall otydlig i förhållande till skall-kravet under avsnitt 6.1 i förfrågningsunderlaget där det framgår att alla produkter inom produktgrupp 50 ska offereras. Detta leder till betydande svårigheter att fastställa betydelsen och innebörden av skall-kravet i förhållandet till den utvärdering och det kontrakt som förfarandet ska utmynna i. Skall-kraven måste, mot bakgrund av utvärderingen, tolkas så att om man inte kan offerera samtliga produkter i denna grupp så är man exkluderad från möjligheten att träffa avtal beträffande någon av de i gruppen ingående produkterna. Tillåtligheten av detsamma kan ifrågasättas även på den grunden att det endast finns två leverantörer i Sverige som kan leverera samtliga dessa behållare, bolaget och Remeda. Detta är en begränsning av konkurrensen som inte är förenlig med LOU. Den omständigheten att man ska lägga anbud på alla produkter i respektive produktgrupp ger inget svar på vad som kan komma antas eller inte antas inom varje produktgrupp. Redan begreppet produktgrupp är, såvitt avser position 52, vilseledande då den endast innehåller en produkt. Utformningen av punkt 2.1.6 i förfrågningsunderlaget ger inget klart besked på hur det förhåller sig mellan produktgrupper och än mindre hur det förhåller sig inom en produktgrupp.

Utvärderingen

Produktgrupp 50

Av utvärderingsbilagan till produktgrupp 50 framgår att bolagets produkter under positionerna 1-5 inte bedömts uppfylla skall-kraven på tre punkter. Av punkt 6.1.1 i förfrågningsunderlaget framgår att alla storlekar inom produktgrupp 50 ska vara typgodkända för ADR-transporter av UN 3291. Samtliga produkter som offererades av bolaget är certifierade och utgör godkända produkter med typgodkännandekod. Två produkter har bedömts sakna typgodkännandekod. Detta är felaktigt då det tydligt framgår att produkterna har typgodkännandekoder samt att de är godkända utan anmärkning av certifieringsorganet. Frågan huruvida märkningen är väl synlig eller inte är närmast en fråga om subjektiv bedömning vilket ger utrymme för godtycke. Därtill kommer att kraven såvitt avser typgodkännandekodens läsbarhet och varaktighet måste anses utgöra ett s.k. dubbelkrav i förhållande till det uppenbara kravet att produkterna är typgodkända. Det framgår för övrigt av etiketten att produkten är godkänd för detta bruk genom att UN-koden tryckts på etiketten. Till grund för detta godkännande ligger ADR-reglerna. Ett krav för detta är att märkning finns på produkten. Det subjektiva moment som införts som ett skall-krav i denna upphandling är således inte påkallat för att uppfylla syftet med upphandlingen. Det är bolagets uppfattning att kravet inte är tillåtet då det inte fyller någon av lagstiftaren erkänd funktion. Däremot ger det landstinget en möjlighet att konstatera att bolagets anbud inte uppfyller skall-kravet.

Positionerna 1, 2 och 5 har underkänts då de påstås sakna tydlig visuell markering för när behållaren är i låst läge, transportläge. Av förfrågningsunderlaget, punkt 6.1.1, framgår att låst läge ska markeras med visuellt tydlig markering. Som exempel på sådan tydlig markering anges färgmarkering eller flärp. Det finns således inget uttalat specifikt krav på utformningen av låsmarkering. På de av bolaget offererade produkterna i

position 1-2 är låst läge klart markerat genom det läge locket har på fyllnadshalsen då respektive burk är stängd. Beträffande position 5 framgår låst läge av att lockets fästpunkter är klart synlig under basens fästpunkter för locket. Frågan huruvida de offererade positionerna har visuellt tydligt markering för låst läge eller inte är återigen föremål för en subjektiv bedömning. Det sätt på vilket utvärderingen gjorts av varuförsörjningen visar att färgmarkering eller flärp på intet sätt utgör exempel på markering utan istället har använts som specifika krav på markering. Sådana krav är inte, i förevarande fall, tillåtna. Vidare är kravet i ett avseende svårtolkat, det är inte givet vad som avses med en flärp. I ett annat avseende är kravet inte lämpligt. Ett krav på färgmarkering löser inte problemet för människor med någon form av färgblindhet.

Därutöver har beträffande samtliga positioner framförts att fyllnadsnivån skulle vara dåligt läsbar. Av bolagets följebrev till anbudet anges i tredje stycket: "Proverna är försedda med vår standard etikett, önskar Ni någon annan information på etiketterna gör vi gärna justeringar". Detta är ett uttalande som möjliggör en synlig maxfyllnadsindikering på etiketten för det fall landstinget ansett att den befintliga indikeringen varit dåligt läsbar.

Det är, vilket framgår av utvärderingen, på intet sätt så att informationen saknas. Den finns runt hela behållaren och inte endast på etiketten. På Remedas burk syns maxfyllnadsindikering endast på en sida av fyra. Den bedömning som gjorts är godtycklig och uppvägs av den omständigheten att bolaget klart markerat att man kan förändra etiketten i förhållande till den upphandlande enhetens önskemål. Det är för en leverantör både tillräckligt och tillåtet att påvisa att man kommer att uppfylla ett skall-krav vid leverans även om det inte är uppfyllt vid anbuds-lämmandet. Det hade således inte varit möjligt att exkludera bolaget från utvärderingen av produktgrupp 50. Vidare har ett flertal andra landsting,

kommuner och företag som använder burkarna aldrig framfört några synpunkter på dålig markering.

Produktgrupp 51

Produktgrupp 51, Burkar för stickande/skärande avfall för speciella ändamål. Den av bolaget offererade produkten har underkänts då den runda formen gör det svårare att packa. Detta är inte förenligt med skall-kravet att den ”skall passa i olika akutväskor i ambulans och distriktsköterskeväskor”. Med andra ord har produkten underkänts med stöd av en felaktig tillämpning av ett uppställt skall-krav. Det hade för övrigt inte varit förenligt med lagstiftning att använda ett skall-krav som innebar att produkten skulle vara fyrkantig eller på annat sätt vara lättpackad. Ett sådant krav är antingen för specifikt eller för godtyckligt. I övrigt har produkten exkluderats av på den felaktiga grunden att maxfyllnadsnivån inte varit synlig, vilket kommenterats ovan. Den samlade effekten av sättet att utvärdera och hantera produktgrupp 51 är att varuförsörjningen skapat ett förfrågningsunderlag och gjort en utvärdering som utesluter alla andra behållare än den valda.

Produktgrupp 52

Produktgrupp 52, burk för stickande/skärande avfall med avtryckare för Quick-fit vakuumburkshållare. Bolaget har återigen exkluderats på grund av avsaknaden av tydlig visuell markering vilket är felaktigt samt då man saknar indikering av maxfyllnadsnivå, vilket även det är felaktigt. I båda fallen mot bakgrund av ovan anförda skäl.

Remedias uppfyllande av skall-krav i upphandlingen

Av avsnitt 6 i förfrågningsunderlaget framgår att produkterna ska vara ADR-godkända och att typgodkännandekoden ska vara läsbar på burken. Bolaget har låtit undersöka de referensprover som ingivits till landstinget i samband med utvärderingen. Det har då visat sig att Remedias behållare är

förenade med samma typ av brister som har lett till att bolagets offererade produkter inte valts. Remedas produkter har enligt ADR 5.2.2.2.1.1 för små varningssymboler för farligt gods. Remedas etikettsymbol är endast 2,5 procent av den yta som regleras av bestämmelserna i ADR. Följande text återfinns i ADR 2009-01-01, punkten 5.2.2.2.1.1. "Etiketter ska ha formen av en kvadrat med minst 100 mm sida, ställd på ett hörn. De ska ha en linje som löper 5 mm innanför ytterkanten och parallell med denna. På övre hälften av etiketten ska linjen ha samma färg som symbolen och på nedre hälften ska den ha samma färg som siffran i det nedersta hörnet. Etiketterna ska placeras mot en bakgrund med kontrasterande färg eller avgränsas med antingen en streckad eller en heldragen yttre begränsningslinje. Då kollits storlek så kräver får etiketternas mått minskas, förutsatt att de förblir fullt synliga." Det är mycket svårt att tro att det inte funnits plats för en korrekt etikett på behåller med 6, 12, och 22 liters volym. Undantagsbestämmelsen är således inte tillämplig. Remeda har inte uppfyllt de skall-krav som ställts tolkade på det sätt som landstinget gör gällande.

I UN3291 finns ett krav på storleken på riskavfallsetiketten. Remedas produkter har för liten etikett. Bolagets produkter har i mer än ett fall underkänts trots att det uppfyller kraven enligt UN3291 och är godkända. Detta med den mycket svepande motiveringen att produkten inte har en läsbar typgodkännandekod, vilket i sig är ett krav för godkännande enligt UN3291. När man utvärderat andra delar av anbudet har landstingen valt att bortse från att produkten avviker från kraven på etikettstorlek i UN 3291. Att vid utvärderingen vid ett tillfälle tillämpa regler som är mer långtgående än vad som krävs för godkännande i förhållande till godkända produkter och vid samma utvärdering beträffande annan produkt bortse från att dessa produkter rent faktiskt inte uppfyller kraven för typgodkännande är inte förenligt med likabehandlingsprincipen. Det finns självklart inget hinder mot att ställa högre krav än de som framgår av ett

typgodkännande i ett fall, men då måste detta genomföras på ett konsekvent sätt beträffande samtliga skall-krav med bärighet på typgodkännandet. Det kan inte göras endast delvis i relation till ett regelverk för godkännande och certifiering. I förevarande fall blir det liktydigt med att förbehålla sig en fri prövningsrätt. Även detta förfarande strider mot LOU.

Reglerna i LOU bygger på EU:s konkurrensrätt, vilket är en utpräglad effektlära. Det krävs således inte att ett förfarande bedöms ha skett medvetet. Det enda som krävs är att det valda förfarandet eller de vidtagna åtgärderna lett till eller kan leda till en viss effekt för att en rättslig effekt ska inträda. Tillämpat på förevarande upphandling kan följande konstateras. Det finns otvetydiga tecken som tyder på att man vid utformningen av förfrågningsunderlaget och vid genomförandet av utvärderingen agerat på ett sätt som varit ägnat att bereda Remeda, den valda huvudleverantören, fördelar. Även om så inte skulle vara fallet, vilket bolaget inte behöver leda i bevis, har förfarandet lett till att Remeda har kommit att ges en otillbörlig fördel i förhållande till bolaget och andra potentiella leverantörer. Detta är inte förenligt med lagstiftningens krav och syfte. Därutöver innehåller förfrågningsunderlaget ett antal grundläggande fel och brister vilka skapar osäkerhet kring vilken typ av upphandling det är fråga om, hur utvärderingen kommer att göras, om förhandling kommer att äga rum samt vad av ett anbud som kan komma att antas. Även detta förfarande är otillåtet då det skapar ett betydande utrymme för den upphandlande enheten att tillämpa fritt skön.

Landstinget anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Landstinget har inte brutit mot de grundläggande principer som anges i 1 kap. 9 § LOU.

Förfrågningsunderlaget

I punkt 2.1.2 i förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen genomförs som en öppen upphandling medan det i punkten 2.1.3 anges att upphand-

lingen genomförs genom ett förenklat förfarande. Landstinget medger att dessa två punkter är oförenliga och att det inte är möjligt att använda två förfaranden. Punkten 2.1.3 har av misstag inte tagits bort ur den mall som legat till grund för förfrågningsunderlaget. Dock framgår dels i punkten 2.1.2, dels i annonsen att det är fråga om en öppen upphandling över tröskelvärdet. Handläggningen av denna upphandling har följt reglerna för öppen upphandling. Landstinget vill understryka att upphandlingen genomförts helt enligt reglerna för öppen upphandling i LOU och att i förfrågningsunderlaget ställda krav i sig inte hade varit annorlunda utformade om ett förenklat förfarande hypotetiskt hade använts. Enligt landstingets uppfattning har misstaget på intet sätt haft någon betydelse för anbudsgivarnas möjlighet att lägga in anbud.

Upphandlingen omfattar tre produktgrupper benämnda 50, 51 och 52. För produktgrupp 50 har, i punkt 6.1, angetts att anbud ska ges på alla storlekar som omfattas av denna produktgrupp. I punkten 2.1.6 anges att anbud kan komma att antas helt, delvis eller förkastas. Bolaget menar att denna reglering är oförenlig med, eller i vart fall otydlig jämfört med skall-kravet i punkten 6.1. Landstinget har svårt att förstå vari denna otydlighet skulle bestå i då upphandlingen omfattar tre produktgrupper där olika leverantörer kan komma att antas vilket väl rimmar med regleringen i punkten 2.1.6.

Utvärderingen

Som grund för de krav som landstinget ställt gällande aktuellt emballage finns ”Myndigheten för samhällsskydd och beredskaps föreskrifter om transport av farligt gods på väg och i terräng, MSBFS 2009:2, ADR-S” och ”Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2005:26 Hantering av smittförande avfall från hälso- och sjukvården”. Syftet med dessa föreskrifter är att ge hälso- och sjukvårdspersonalen, transportpersonalen för interna och

externa transporter samt personalen vid förbränningsanläggningar en god och säker miljö.

Produktgrupp 50

Produktgrupp 50 omfattar fem olika burkar benämnda position 1-5. För denna produktgrupp gällde att anbud skulle ges på alla storlekar som omfattas av denna produktgrupp. Landstinget har vid utvärderingen underkänt vissa av de av bolaget offererade burkarna på fyra av de ställda skall-kraven. De två första skall-kraven, position 3 och 4, lyder; ”typgodkännandekoden skall vara varaktig på burken” respektive ”typgodkännandekoden skall vara läsbar på burken”. Att typgodkännandekoden syns tydligt och är lätt att hitta är viktigt för chauffören som transporterar smittförande gods på allmän väg. Chauffören är ansvarig för att godset transporteras i typgodkända burkar och kan straffas om så inte är fallet. I ADR/ADR-S anges i 6.1.3.1 att ”varje förpackning, som är avsedd för användning enligt ADR/ADR-S, ska vara försedd med en varaktig och läsbar märkning, placerad så, och med sådan storlek i förhållande till förpackningen, att den är väl synlig. På kollin med en bruttovikt över 30 kg ska märkningen, eller en dubblett av denna, finnas på ovansidan eller någon av förpackningens sidor. Bokstäver, siffror och symboler ska vara minst 12 mm höga, med undantag för förpackningar med en kapacitet av högst 30 liter eller 30 kg, där de ska vara minst 6 mm höga, och för förpackningar med en kapacitet av högst 5 liter eller 5 kg, där de ska vara av passande storlek.” På de burkar som bolaget lämnade som prov för position 3 och 4 fann man vid utvärderingen ingen kod. Efter att landstinget under handläggningen i förvaltningsrätten fått tillgång till ett foto på märkningen från bolaget, hittades märkningen på insidan av locket efter att detta vridits och vänts för att få ljuset från rätt håll. Märkningens bokstäver och siffror är ca 2 mm. höga. Enligt landstingets bedömning uppfyller inte dessa burkar de krav på dels väl synligt, dels storleken på bokstäver, siffror och symboler som angivits i ADR/ADR-S, 6.1.3.1.

Vidare uppfyller inte offererade positioner 1,2 och 5 kravet på att låst läge skall framgå av visuellt tydlig markering, t.ex. färgmarkering eller flärp. Detta krav är viktigt för att all personal som ska hantera burken ska veta om burken är stängd eller öppen, för undvikande av skada. Bolaget hävdar beträffande position 1 och 2 att det är klart synligt att läget är låst genom det läge på fyllnadshalsen vid stängt läge. Beträffande position 5 framgår det av att lockets fästpunkter är klart synligt under basens fästpunkter för locket. Enligt landstingets bedömning uppfyller inte dessa burkar kravet på visuellt tydlig markering t.ex. färgmarkering eller flärp. De av bolaget offererade burkarna försluts på så sätt att locket trycks ner i botten över påfyllnadsröret. Locket och påfyllnadsröret har en enhetlig gul färg. Huruvida burken är låst eller inte blir en fråga om millimeter mellan ett icke låst läge och ett låst läge. Det är således mycket svårt att i den dagliga verksamheten snabbt kunna avgöra om burken är låst eller inte vilket också försvåras av den enhetliga färgen på lock och påfyllnadsrör. Eftersom innehållet i burkarna kan vara smittbärande är det av största vikt att personal som hanterar burkarna är helt säkra på att dessa är låsta på ett korrekt sätt. Konstruktionen uppfyller inte de krav som landstinget ställer på dessa burkar.

Det fjärde skall-kravet lyder: ”burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad”. I SOSFS 2005:26 13 § anges vikten av att fylla burken enligt tillverkarens anvisning. Märkningen/anvisningen är svagt präglad i burkens material och utan någon avvikande färg. Vid utvärderingen visade det sig att märkningen på burken var så svår att upptäcka att ljuset måste falla på rätt sätt för att märkningen skulle upptäckas. Kravet på att fyllnadsnivån ska vara tydligt markerad uppfylls inte. Sammantaget kan konstateras att fyra av skall-kraven för produktgrupp 50 inte uppfylls till alla delar för vissa av de offererade burkarna.

Produktgrupp 51

Bolagets inom denna grupp offererad burk har underkänts på skall-kravet att burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad med samma motivering som för produktgrupp 50. Gällande skall-kravet ”att burken skall passa i olika akutväskor i ambulans och distriktssköterskeväskor (t.ex. Imedicos)” medger landstinget att detta skall-krav är för otydligt och att offererad burk inte kan underkännas på detta skall-krav.

Produktgrupp 52

Bolaget har underkänts på skall-kraven att låst läge skall markeras med visuellt tydlig markering, t.ex. färgmarkering eller flärp samt att burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad med samma motivering som för övriga produktgrupper.

Remedias uppfyllande av skall-krav i upphandlingen

Bolaget har anfört att de produkter som valts i denna upphandling enligt ADR 5.2.2.2.1.1 har för små varningssymboler för farligt gods. Av nämnda bestämmelse i ADR framgår dock att ”då kollits storlek så kräver får etiketternas mått minskas, förutsatt att de förblir fullt synliga”. Bestämelsen ger således utrymme för avsteg från de mått som anges förutsatt de blir fullt synliga. Landstinget har som ett av de ställda skall-kraven angett att typgodkännandekoden, som ska anges på etiketten, är läsbar på burken. Landstinget har således bedömt om de på burkarna anbringade etiketterna är fullt synliga och är för sitt ändamål tillräckligt stora för den personal som har att hantera burkarna. Landstinget har utifrån de i skall-kravet ställda förutsättningarna behandlat alla anbudsgivare lika och inte brutit mot reglerna i LOU.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska 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.

I 9 kap. 8 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet får 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. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU i tillämplig lydelse stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse 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.

Handlingarna i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Punkt 2.1.2 ”Upphandlingens form”. Öppet förfarande, upphandling där alla anbudsgivare får lämna anbud.

Punkt 2.1.3 ”Upphandlingens form”. Förenklat förfarande, upphandling där alla anbudsgivare får lämna anbud.

2.1.6 ”Antagande av anbud”. Anbud kan komma att antas helt, delvis eller förkastas.

Produktgrupp 50. I Punkt 6.1.1 anges bl.a. följande. ”50 Burkar för stickande/skärande avfall”. Alla storlekarna inom produktgrupp 50 skall

vara offererade. Skall vara typgodkända för ADR-transporter av UN 3291. Typgodkännandekoden skall vara varaktig på burken. Typgodkännandekoden skall vara läsbar på burken. Låst läge skall markeras med visuellt tydlig markering t.ex. färgmarkering eller flärp. Burken skall vara försedd med etikett med gul bakgrundsfärg, svart text på svenska. Följande uppgifter skall finnas på etiketten: a) Skärande/stickande-smittförande avfall. b) Etiketten för klass 6.2, smittförande ämne, skall vara infälld i huvudetikett. c) UN 3291. d) Avfallskod 18 01 03. e) Ifyllnadsregler för; arbetsplats/avdelning, telefonnummer, datum (förslutningsdatum), behållaren försluten av. Burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad.

Produktgrupp 51. Punkt 6.2.1 ”51 Burkar för stickande/skärande avfall för speciella ändamål”. Burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad. Pos 51:1 och 51:2 skall passa in i olika ambulans och distriktssköterskeväskor (t.ex. Imedicos).

Produktgrupp 52. 6.3.1 ”52 Burk för stickande/skärande avfall med avtryckare för Quick-fit vakuumsrörshållare”. Låst läge skall markeras med visuellt tydlig markering t.ex. färgmarkering eller flärp. Burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad.

I anbudsinbjudan, Notis-ID 2557958, anges bl.a. följande. Typ av dokument förfarande. Meddelande om upphandling – Över tröskelvärdet. Öppet.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp densamma samt att det bolag som begär överprövning lidit eller i

vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande enhetens brott mot LOU.

Förfrågningsunderlaget

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om de av bolaget anförda bristerna i förfrågningsunderlaget är sådana att upphandlingen ska göras om eller rättas.

Bolaget gör i målet gällande att det föreligger brister i förfrågningsunderlaget på så sätt att det i förfrågningsunderlaget både anges att upphandlingen ska genomföras som en öppen upphandling (punkt 2.1.2) och med ett förenklat förfarande (punkt 2.1.3). Bolaget anför bl.a. att det inte är möjligt att använda två förfaranden och att denna omständighet kan leda till brister i likabehandling och transparens. Vidare har bolaget anført att det i underlaget anges att anbud kan komma att antas helt, delvis eller förkastas (punkt 2.1.6) och att detta är oförenligt med, eller i vart fall otydligt i förhållande till, skall-kravet under avsnitt 6.1 där det framgår att alla produkter inom produktgrupp 50 ska vara offererade. Detta leder till betydande svårigheter att fastställa betydelsen och innebörden av skall-kravet i förhållandet till den utvärdering och det kontrakt som förfarandet ska utmynna i och innebär en begränsning av konkurrensen som inte är förenlig med lagstiftningen.

Landstinget medger att punkterna 2.1.2 och 2.1.3 är oförenliga och anför att den senare punkten av misstag inte har tagits bort ur den mall som legat till grund för förfrågningsunderlaget. Handläggningen har dock följt reglerna för öppen upphandling. Vad gäller bolagets påstådda otydlighet mellan punkten 2.1.6 och 6.1 har landstinget svårt att förstå vari otydligheten skulle bestå. Upphandlingen omfattar tre produktgrupper där olika leverantörer kan komma att antas, vilket väl rimmar med regleringen i punkten 2.1.6.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att 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 (se RÅ 2002 ref. 50). Vad bolaget anfört gällande att det finns otydligheter i förfrågningsunderlaget kring vilket upphandlingsförfarande som ska användas kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses utgöra något brott mot LOU eller de aktuella gemenskapsrättsliga principerna. Rätten har då sammanvägt omständigheterna att det angetts i annonsen som föregått upphandlingen att det är fråga om en öppen upphandling, att det första som omnämns i förfrågningsunderlaget är ett öppet förfarande samt att det för samtliga anbudsgivare borde stått klart att det rört sig om felskrivning i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte heller anfört på vilket sätt detta skulle ha påverkat ingivandet av anbud och anbudsgivarnas förutsättningar att bli behandlade på ett likvärdigt sätt. Bolaget har heller inte påstått att det skulle lidit skada eller riskerar att lida skada av detta.

Förvaltningsrätten anser vidare att det inte kan anses föreligga någon oklarhet mellan punkterna 2.1.6 och 6.1 i förfrågningsunderlaget då det i den första punkten tydligt uttrycks på vilket sätt anbud kan komma att antas. Den andra punkten avser endast en specifik produktgrupp samt hur anbud som sådana ska lämnas för just denna grupp. Det rör sig således enligt förvaltningsrättens mening om två olika delar av upphandlingsförfarandet, antagande av anbud samt lämnande av anbud. De två punkternas inbördes relation kan därmed inte anses ha någon påverkan på konkurrensen på det sätt som bolaget gjort gällande.

Vad bolaget anfört gällande ovanstående brister i förfrågningsunderlaget kan således inte vinna bifall.

Utvärderingen

Förvaltningsrätten har då att pröva huruvida upphandlingen på grund av de av bolaget påstådda bristerna i landstingets utvärdering ska göras om eller rättas.

Produktgrupp 50

Bolaget gör gällande att det av utvärderingsbilagan till produktgrupp 50 framgår att bolagets produkter under positionerna 1-5 inte bedömts uppfylla skall-kraven på tre punkter. Två produkter har bedömts sakna typgodkännandekod. Positionerna 1, 2 och 5 har underkänts då de påstås sakna tydlig visuell markering för när behållaren är i låst läge, transportläge. Därutöver menar bolaget att det beträffande samtliga positioner framförts att fyllnadsnivån skulle vara dåligt läsbar.

Landstinget har anfört att anbud skulle ges på alla storlekar som omfattas av denna produktgrupp. Landstinget har underkänt vissa av de av bolaget offererade burkarna på fyra av de ställda skall-kraven. De två första skall-kraven, position 3 och 4, lyder; ”typgodkännandekoden skall vara varaktig på burken” respektive ”typgodkännandekoden skall vara läsbar på burken”. På de burkar som bolaget lämnade som prov för position 3 och 4 fann man vid utvärderingen ingen kod. Vidare uppfyller inte offererade positioner 1, 2 och 5 kravet på att låst läge ska framgå av visuellt tydlig markering, exempelvis färgmarkering eller flärp. Det fjärde skall-kravet anger att burkens maximala fyllnadsnivå ska vara tydligt markerad, bolaget uppfyller inte heller detta skall-krav.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Som framgår av förfrågningsunderlaget ställs utan koppling till branschregler, föreskrifter och dylikt två fristående krav på att typgodkännandekoden ska vara läsbar samt varaktig på burken. Bolaget har anfört att dess offererade produkter uppfyller dessa krav, medan landstinget anser att bolaget inte uppfyller

kraven. Avseende kravet på läsbarhet har landstinget särskilt tagit fasta på storleken av bokstäver och symboler samt att ljuset måste falla på dessa från rätt håll för att koden ska vara läsbar. Vad gäller kravet på varaktighet har landstinget inte närmare utvecklat vad bristerna skulle bestå i. Det är i målet ostridigt att det i bolagets typgodkännandekod på burken finns bokstäver och siffror som är ca 2 mm höga. Förvaltningsrätten konstaterar att i skall-kravet om läsbarhet anges de facto endast att koden ska vara läsbar på burken. Det framgår således inte av detta skall-krav med vilken tydlighet koden ska framgå eller vilken storlek det ska vara på t.ex. bokstäverna. Förvaltningsrätten anser därmed, vid en bedömning av detta fristående skall-krav, att bolaget visat att dess typgodkännandekod är läsbar. I och med att typgodkännandekoden får anses vara en läsbar markering, och att det inte framkommit några omständigheter som talar för att koden inte skulle vara beständig, finner förvaltningsrätten heller inget skäl att ifrågasätta dess varaktighet. Landstinget har således inte heller på denna punkt haft skäl att förkasta bolagets anbud i denna produktgrupp.

Landstinget har vidare förkastat bolagets anbud på positionerna 1, 2 och 5 p.g.a. att låst läge på burken inte markerats med en visuellt tydlig markering. Bolaget menar bl.a. att låst läge för position 1 och 2 är klart synligt genom det läge locket har på fyllnadshalsen vid stängt läge och att det beträffande position 5 framgår av att lockets fästpunkter är klart synliga under basens fästpunkter för locket. Bolaget har enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa att dess anbud uppfyller kravet på att låst läge markeras med tydlig visuell markering. Rätten anser vidare att bolaget inte kunnat visa att dess offererade produkter uppfyllde kravet på att burkens maximala fyllnadsnivå skall vara tydligt markerad. Domstolen har avseende dessa två krav särskilt beaktat vad som anges i förfrågningsunderlaget om att markeringarna ska framgå tydligt. Vad som finns angivet i foljebrevet till anbudet om landstingets möjlighet till justering av information på etiketterna kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara tillräckligt för att uppfylla ifrågavarande skall-krav. En upphandlande

myndighet får endast begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En så pass öppen formulering om landstingets möjlighet att förändra bolagets information på produkterna som det är fråga om i följebrevet kan inte ses på annat sätt än att bolaget skulle få en konkurrensfördel gentemot andra anbudsgivare om man skulle kunna förändra etiketten.

Landstinget har således haft fog för att inte utvärdera bolagets anbud avseende produktgrupp 50.

Produktgrupp 51

Av handlingarna i målet framgår att den av bolaget offererade produkten underkänts för att den runda formen gör det svårare att packa. Bolaget gör gällande att detta inte är förenligt med skall-kravet om att produkten ska passa i olika akutväskor i ambulans och distriktsköterskeväskor, ett sådant krav är antingen för specifikt eller för godtyckligt. Produkten har enligt bolaget även exkluderats på den felaktiga grunden att maxfyllnadsnivån inte varit synlig. Bolaget menar att den samlade effekten av sättet att utvärdera och hantera produktgrupp 51 är att landstinget skapat ett förfrågningsunderlag och gjort en utvärdering som utesluter alla andra behållare än den valda.

Landstinget har anfört att bolagets offererad burk har underkänts angående skall-kravet för att burkens maximala fyllnadsnivå ska vara tydligt markerad med samma motivering som för produktgrupp 50. Vad gäller skall-kravet att den ska passa i olika akutväskor i ambulans och distriktsköterskeväskor, medger landstinget att detta skall-krav är för otydligt och att offererad burk inte kan underkännas på detta skall-krav.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Landstinget har under handläggningen av målet medgett att kravet på att burken ska passa in i ambulans och distriktsköterskeväskor är för otydligt och att bolagets anbud

inte ska diskvalificeras på denna grund. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta landstingets bedömning i denna del. Rätten finner dock, med hänvisning till vad som angetts under bedömningen avseende produktgrupp 50, att bolaget inte uppfyller kravet på en tydlig markering av burkens maxfyllnadsnivå. Landstinget har således haft skäl att inte utvärdera bolagets anbud även gällande produktgrupp 51.

Produktgrupp 52

Bolaget har anfört att det återigen exkluderats på grund av avsaknaden av tydlig visuell markering samt då man saknar indikering av maxfyllnadsnivå och att detta är felaktigt. Landstinget har mot detta invänt att bolagets anbud i dessa avseenden underkänts med samma motivering som för övriga produktgrupper.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning än den som gjorts avseende de två tidigare prövade produktgrupperna (se ovan, 50 och 51). Landstinget har således haft fog för att inte utvärdera bolagets anbud i produktgrupp 52.

Bolagets talan kan således inte vinna bifall på någon av de grunder som avser utvärderingen av bolagets anbud för produktgrupp 50, 51 och 52.

Remedas uppfyllande av skall-krav i upphandlingen

Bolaget har anfört att det låtit undersöka anbudsgivarnas referensprover som ingivits till landstinget i samband med utvärderingen och att det vid denna granskning framkommit att Remedas behållare är förenad med samma typ av brister som har lett till att bolagets offererade produkter inte valts och att Remeda därmed inte uppfyller skall-kraven. Remedas produkter har enligt ADR 5.2.2.2.1.1 för små varningssymboler för farligt gods. Undantagsregeln angående minskning av etiketterna är inte tillämplig avseende Remedas produkter. Bolaget har vidare anfört att det är

ett brott mot likabehandlingsprincipen att underkänna bolagets typgodkännandekod som icke läsbar medan Remedas produkter utvärderats trots samma brister.

Landstinget anför att man i ett av de ställda skall-kraven angett att typgodkännandekoden, som ska anges på etiketten, ska vara läsbar på burken. De på burkarna anbringade etiketterna bedöms som fullt synliga och de är för sitt ändamål tillräckligt stora för den personal som har att hantera burkarna. Landstinget har utifrån de i skall-kravet ställda förutsättningarna behandlat alla anbudsgivare lika och inte brutit mot reglerna i LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Rätten kan av förfrågningsunderlaget inte utläsa att det i underlaget ställs något sådant skall-krav som motsvarar det som bolaget återgett ur ADR 2009-01-01 punkten 5.2.2.2.1.1. Som landstinget anför innebär kravet endast att typgodkännandekoden ska vara läsbar på burken. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte förmått visa att Remedas produkter inte uppfyller aktuellt skall-krav.

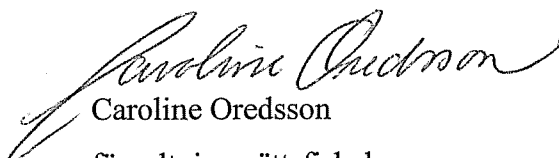
Principen om likabehandling måste iakttagas genom hela upphandlingsförfarandet. EG-domstolen har uttalat att principen om likabehandling av anbudsgivare utgör grunden för direktiven om offentlig upphandling (se bl.a. EG-domstolens mål C-470/99 *Universale-Bau* punkt 91 och mål C-448/01 *EVN* och *Wienstrom* punkt 47 samt Konkurrensverkets yttrande av den 16 november 2009 till Regeringsrätten i mål 3344-09 och 3345-09). Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Ett skall-krav måste, enligt förvaltningsrättens mening, vara utformat med beaktande av att alla anbudsgivare ska kunna tolka det på samma sätt. Förvaltningsrätten anser att ett skall-krav med innebörden

att en typgodkännandekod ska vara läsbar på en burk öppnar upp för subjektiva tolkningar som kan vara problematiska ur likabehandlingshänseende. Det är vidare oklart om aktuellt skall-krav ska tolkas i ljuset av t.ex. andra branschbestämmelser. Problematiken kring utformningen av skall-kravet kan dock inte anses vara en brist av sådan art att upphandlingen skall göras om eller rättas. Bolagets talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

Förvaltningsrätten gör således bedömningen att upphandlingen inte har genomförts i strid mot principerna i LOU eller gemenskapsrätten på ett sådant sätt att den ska göras om eller rättas. Bolagets ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att de interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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


Caroline Oredsson
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Andreas Lund.



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 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.

12-10-1964