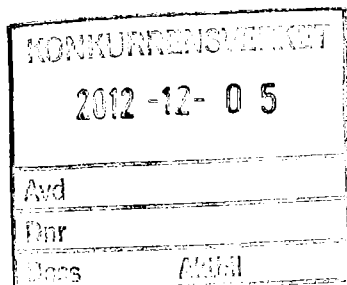




2012 -12- 0 5
Meddelad i Sundsvall

KLAGANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171



Ombud: Advokaterna Torgny Nordqvist och Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Textilia Tvätt & Textilservice AB, 556538-5043

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur. kand. Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART OCH KLAGANDE

Falu kommun
791 83 Falun

Ombud: Lars-Göran Törnlund
Falun kommun
791 83 Falun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 20 september 2012 i mål nr 2160-12,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

Kammarrättens interimistiska förordnande den 5 oktober 2012 upphör
därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Berendsen Textil Service AB (Berendsen) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Textilia Tvätt & Textilservice AB:s (Textilia) begäran om ingripande enligt LOU.

Berendsen anför i huvudsak följande. Anbudet innehåller tre tunikor som uppfyller aktuellt krav på minimivikt per kvm samt uppfyller övriga uppställda krav på efterfrågade varor. Huruvida anbudet därutöver innehåller ytterligare tunikor som inte uppfyller uppställda minimikrav i nu aktuellt avseende saknar betydelse. Berendsen har accepterat samtliga i upphandlingen uppställda krav och kommersiella villkor och är bundet att leverera de produkter som uppfyller ställda krav på minimivikt. Således kommer den upphandlade tjänsten endast att utföras med användning av sådana tunikor som uppfyller i kravspecifikationen uppställda krav. Förekomsten i anbudet av ytterligare produkter som inte uppfyller kraven kan inte innebära att anbudet ska förkastas. Av prisbilagan till anbudet framgår också att såväl ersättningspris som hyrpris avseende tunikor har angetts oavsett vilken tunika i anbudet som avropas. Kommunen har genomfört en korrekt utvärdering och har inte agerat i strid med LOU och de bakomliggande principerna. Det saknas således grund för ingripande enligt LOU.

Falu kommun yrkar i första hand att Textilias ansökan om överprövning avslås. I andra hand yrkas att ny utvärdering genomförs med bortseende av de plagg som inte uppfyller ställda krav eller alternativt att upphandlingen ska göras om.

Falu kommun anför i huvudsak följande. De plagg som ingår i utvärdering av utbuden är position 1: bussarong, tunika, blus, position 2: byxa och position 3: åretruntjacka. Totalt har Berendsen för positionerna 1, 2 och 3 offererat 33 plagg varav 24 uppfyller samtliga ställda krav. Tre av fem

offererade tunikor, fyra av sex bussaronger, tio av 14 blusar, sex av sju par byxor och åretruntjacka uppfyller samtliga ställda krav på plagg.

Kommunen delar förvaltningsrättens uppfattning att plagg som inte uppfyller kraven inte borde utvärderas. Förfrågningsunderlaget innehåller dock ingen begränsning av antalet plagg som en anbudsgivare kan offerera och det går inte att bortse från att Berendsens anbud innehåller plagg som uppfyller uppställda ska-krav. Berendsens anbud ska inte förkastas i sin helhet utan endast vad avser de plagg som inte uppfyller ställda krav.

Textilia motsätter sig bifall till klagandenas yrkanden och anför i huvudsak följande.

Berendsens anbud har inte uppfyllt alla ska-krav och skulle rätteligen ha förkastats. Textilia åberopade flera grunder till stöd för ansökan om överprövning, av vilka förvaltningsrätten endast prövade den nu aktuella grunden. För det fall klagandena skulle vinna bifall till sin talan ska målet därför återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av Textilias övriga åberopade grunder.

Det är i målet ostridigt att Berendsens anbud innehåller ett flertal plagg vilka inte uppfyllt kommunens ska-krav. Som kommunen anfört gäller detta inte bara tunikor utan även bussaronger, blusar och byxor. Att detta skulle sakna betydelse, eftersom anbudet även innehåller plagg som uppfyller alla ska-krav, är en uppfattning som inte har stöd i LOU eller EU-rätten.

Berendsen offererar i sitt anbud flera olika artiklar som alternativ till de plagg som efterfrågats av Falu kommun. Detta är att anse som ett anbud med alternativa utföranden. Att det inte är någon prisskillnad mellan huvudanbudet och sidoanbudet saknar betydelse. Falu kommun har varken i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angett att anbud med alternativa utföranden är tillåtna. Berendsens anbud borde redan av denna anledning ha förkastats. Om ett anbud inte anses utgöra huvudanbud respektive sidoanbud måste bedömningen av om anbudet uppfyller alla ska-krav

rimligtvis göras av anbudet i dess helhet. Att Berendsen anbud uppfyller kommunens krav i vissa delar är därmed irrelevant eftersom anbudet i sin helhet inte uppfyller kraven. Att utan vidare bortse från information i ett anbud kan inte vara förenligt med transparens- och likabehandlingsprincipen.

Kraven avseende tygvikt får anses ha ställts upp för att säkerställa en viss lägsta kvalitet. Kraven är rimligen relevanta oavsett om en eller flera olika artiklar tillhandahålls per plaggtyp. De är följaktligen bara uppfyllda om alla de offererade plaggen i Berendsens anbud är kravenliga, vilket de ostridigt inte varit. De aktuella plaggen har de facto ingått i anbudet vilket måste innebära att Berendsen sett det som ett konkret alternativ att leverera just de plaggen till kommunen.

Berendsen saknar dessutom helt kravenliga tunikor i sitt anbud. De tre tunikor som uppfyller kraven på tygvikt har alla materialsammansättningen 60 procent bomull och 40 procent polyester. Detta är inte en tillåten materialsammansättning enligt Falu kommuns uppställda minimikrav.

Berendsen invänder bl.a. följande. Det skulle vara i strid med proportionalitetsprincipen att utesluta ett anbud med hänvisning till en materialsammansättning om 60/40 om man accepterar såväl 65/35 som 50/50. Att Berendsen offererat mer än ett plagg för vissa positioner är inte att ses som ett alternativt utförande jämlikt 6 kap. 9 § LOU. Med alternativt utförande avses alternativa sätt att utföra en efterfrågad tjänst. Berendsens anbud innebär inte ett alternativt utförande av efterfrågad tjänst och utgör inte något sidoanbud. Produkterna saknar helt betydelse för utvärderingen av inkomna anbud eftersom de inte får eller ska beaktas av kommunen. En materialsammansättning på 60 procent bomull och 40 procent polyester uppfyller uppställda krav eftersom det inte föreskrivits någon minimimängd av polyester. Det skulle i vart fall strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta ett anbud ur upphandlingen av sådana skäl.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I upphandlingens kravspecifikation anges under 1.3, Krav på vara, att minimikravet på bussarong, blus och tunika är minst 180 gram/kvm. I kommunens svar på frågor den 20 mars 2012 anges att minst 165 gram/kvm kan accepteras.

Förvaltningsrätten har gjort bedömningen att Falu kommun brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta Berendsens anbud som inkluderade två offererade tunikor med en vikt om 140 g/kvm. Kammarrätten kan konstatera att det antagna anbudet innehåller ostridigt både produkter som uppfyller och produkter som inte uppfyller de obligatoriska kraven i kravspecifikationen. Det har inte framkommit att Berendsen på något sätt skulle ha undantagit de sistnämnda produkterna från vad som offererats. Att i anbudet medta även produkter som inte uppfyller de obligatoriska kraven får anses som ett alternativt förslag till lösning på utförandet av offererade produkter. Det har inte framkommit att Falu kommun på i LOU föreskrivet sätt (jfr 6 kap. 9 §) angett att anbud med alternativa utföranden tilläts vid denna upphandling. Att Falu kommun under dessa förutsättningar antagit Berendsens anbud utgör således enligt kammarrättens mening ett brott mot bestämmelserna i LOU och likabehandlingsprincipen. Som förvaltningsrätten anfört har Textilia därigenom lidit skada. Upphandlingen ska därför, såsom förvaltningsrätten funnit, rättas på så sätt att utvärderingen ska ske utan beaktande av anbudet från Berendsen. Överklagandena ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Gunnar Petersen
kammarrättsråd


Birgitta Törnered
kammarrättsråd
referent

Hanna Hamrin
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
S. Hemström

DOM
2012-09-20
Meddelad i
Falun

Mål nr
2160-12

Sida 1 (4)

Bilaga A

SÖKANDE

Textilia Tvätt & Textilservice AB, 556538-5043

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur. kand. Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPARTER

1. Falu kommun
791 83 Falun

Ombud för 1: Lars-Göran Törnlund
Falu kommun
791 83 Falun

2. Berendsen Textil Service AB, 556022-4171
Box 17143
200 10 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där anbud från Berendsen Textil Service AB inte får ingå.

BAKGRUND

Falu kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende "Hyra av arbetskläder i utbytessystem inklusive tvätt, lagning m.m." med ärendenummer KS0192/12. Upphandlingen genomförs i form av ett förenklat förfarande. Det var tre anbudsgivare som lämnade anbud men det var endast anbuden från Textilia Tvätt & Textilservice AB (Textilia) och Berendsen Textil Service AB (Berendsen) som bedömdes uppfylla de obligatoriska kraven och som därmed gick vidare till utvärderingen. Tilldelningsbeslut fattades den 3 maj 2012 varvid Berendsen antogs som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Textilia ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits. I första hand på så sätt att utvärderingen ska göras om genom att Kommunen vid utvärdering av plaggen på position 1 respektive position 2, avseende kriteriet komfort, ska bortse från omständigheter kopplade till materialval, såsom materialet upplevs smidigt, luftigt etc. och i övrigt enbart beakta de omständigheter som redovisats i upphandlingsrapporten. Till stöd för detta yrkande uppger Textilia att Kommunen i sin utvärdering har gått utöver de kriterier som ställts upp i förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkas rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om utan beaktande av Berendsens anbud eftersom vissa av de utvärderade plaggen i Berendsens anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Till följd av kommunens agerande har Textilia lidit skada.

Kommunen bestrider bifall till Textilias ansökan. För det fall rätten skulle bedöma att sådana fel begåtts som innebär att ingripande enligt LOU är nödvändigt anser kommunen att upphandlingen ska göras om då ett nytt test/en ny utvärdering av referensgruppen svårligen kan genomföras.

Berendsen har beretts tillfälle att yttra sig men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, måste Textilia visa att Kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU och att detta medfört att Textilia har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna i LOU innebär att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iakttä principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav ska i regel inte beaktas vid utvärderingen. Obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget måste sålunda vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får heller inte ändra eller frånfalla uppställda krav eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten prövar i första hand om Kommunen i strid LOU utvärderat ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav kopplade till kontraktsföremålet.

Textilia gör gällande att Berendsens anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Kraven på materialvikt sänktes under upphandlingen för plaggen i position 1 respektive position 2 och det nya obligatoriska kravet för bussarong, tunika och blus blev 165 g/m². Berendsens fem olika tunikor skiljer sig enligt produktbladen åt avseende färg, materialsammansättning och materialvikt. Två av tunikorna är av 50/50 polyester/bomull medan de övriga tre är av 60/40 bomull/polyester.

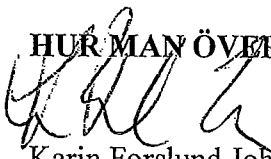
Av upphandlingsrapporten framgår att den tunika som utvärderades var av 50/50 polyester/bomull. Tunikorna med den materialsammansättningen har en materialvikt på 140 g/m², dvs. lägre än det obligatoriska kravet. Kommunen borde därför inte ha utvärderat Berendsens anbud utan skulle ha förkastat det.

Kommunen har inte närmare bemött Textilias invändningar i denna del.

Förvaltningsrätten noterar att i upphandlingens administrativa villkor anges under 2 "Upphandlingsföreskrifter" och 2.1 "Obligatoriska krav" att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att de obligatoriska kraven i anbudsinfordran med bilagor är uppfyllda. I kravspecifikationen anges under 1.3 "Krav på vara" minst 180 g/m² som minimikrav på bussarong, tunika och blus. I Kommunens svar på frågor den 20 mars 2012 anges emellertid att minst 165 g/m² för överdel accepteras.

Av Berendsens anbud framgår att två av tunikorna som offererats väger 140 g/m². Kommunen kan inte frånfalla det ovan nämnda uppställda kravet utan att bryta mot likabehandlingsprincipen, vilket Kommunen enligt förvaltningsrättens mening har gjort när den har antagit Berendsens anbud. Textilia får till följd av detta anses ha lidit skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU. Bristerna i upphandlingen är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd (jfr RÅ 2005 ref. 47). Upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska ske utan beaktande av anbudet från Berendsen. Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad Textilia har anfört om brister i anbudsutvärderingen.

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


Karin Forslund Johansson

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.