



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND
 Förvaltningsrättsnotarien
 P Lillsund

DOM
 2011-03-18
 Meddelad i
 Härnösand

Mål nr
 4937-10 E

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-03-21 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

SÖKANDE

Textilia Tvätt & Textilservice AB, 556538-5043
 Box 1544
 701 15 Örebro

Ombud: advokaten Carl Bokwall och jur. kand. Amir Mohseni
 Advokatfirman Cederquist KB
 Box 1670
 111 96 Stockholm

MOTPART

Timrå kommun
 861 82 Timrå

Ombud: Jur.kand. Per Hånell
 c/o Advokatfirman Fredrik Lindberg AB
 Box 9026
 850 09 Sundsvall

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningssätten avslår ansökan om överprövning och upphäver det interimistiska beslutet från den 23 december 2010.

Dok.Id 15966

Postadress
 Box 314
 871 27 Härnösand

Besöksadress
 Backgränd 9

Telefon
 0611 - 34 98 00
E-post:
 forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
 0611 - 34 98 10

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Timrå kommun genomför upphandling av "Tvättjänster ref. nr 16/10". Upphandlingen, som genomförs genom öppet förfarande, avser tvätt och hyra av textilier till Timrå kommuns sjukhem och servicehus. Genom tilldelningsbeslut den 6 december 2010 har kommunen meddelat att ramavtal kommer att tecknas med Berendsen Textil Service AB.

Textilia Tvätt & Textilservice AB (Textilia) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Textilia bl.a. följande. Den utvärderingsmodell som används i upphandlingen avseende utvärderingskriteriet kvalitet uppfyller inte LOU:s krav på transparens och likabehandling. Bristen består i avsaknaden av tydliga poängkriterier. Det har därmed inte varit möjligt för anbudsgivarna att förstå vilka mervärden som den upphandlade myndigheten efterfrågar och kommer att premiera vid utvärderingen. Enligt förfrågningsunderlaget ska kontraktet tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärdering sker med beaktande av dels pris dels kvalitet, där priskriteriet viktas 60 % och kvalitetskriteriet viktas 40 %. Poängsättning för utvärderingskriteriet kvalitet, sker med 1 – 3 poäng utifrån följande skala:

- 3 Mycket väl godkänd nivå (stort mervärde)
- 2 Väl godkänd nivå (visst mervärde)
- 1 Godkänd nivå

I kravspecifikationen anges att bedömning kommer att göras av personalklädernas utseende och funktionella utformning samt passform och rörelsekomfort. Förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen ger ingen ledning för anbudsgivare i vad som närmare avses med "stort mervärde", "visst mervärde" etc. Inte heller anger underlaget vad som krävs för att erhålla en viss poäng eller vilka egenskaper kommunen kommer att premi-

era vid utvärderingen av kvaliteten. Timrå kommun har därigenom gett sig själv i princip fri prövningsrätt vid utvärderingen av anbud. Timrå kommun har i upphandlingen efterfrågat "*blus (blussarong utan knäppning)*" Vid utvärderingen har Berendsen tilldelats maximala 3 poäng med motiveringen att "*Berendsen har en tryckknapp i halsurringningen vilket förbättrar passformen. Tyget i blusen är kraftigare*" Kommunen har med andra ord efterfrågat en blus utan knäppning, men vid utvärderingen tilldelat maximal kvalitetspoäng med motiveringen att blusen har knäppning. Textilia har å andra sidan offererat en blus som enligt förfrågningsunderlagets krav är utan knäppning. Textilia har dock endast fått 2 poäng för blusen. Någon förklaring till varför Textilia inte fått högre poäng anges inte. När det gäller personalbyxor har kommunen angett att byxan "*bör vara försedd med midjeresår och sidoficka på ben*". Här har Berendsen erhållit maximala 3 poäng med motiveringen att "*Berendsen har fler alternativa byxmodeller, möjligheterna att reglera midjeresåren var löst på ett mer funktionellt sätt*". Kommunen har endast efterfrågat två byxmodeller – en med och en utan mudd. Trots detta har kommunen premierat sortimentsbredd och utvärderat fler byxmodeller än vad som efterfrågats. Därvid har kommunen låtit ovidkommande hänsyn styra utvärderingen. Om kommunen ansåg att fler alternativa byxmodeller var av värde för kommunens behov skulle kommunen ha efterfrågat fler byxmodeller eller i vart fall angett att sortimentsbredd premieras vid utvärderingen. Den otydliga poängsättningsmodellen har medfört att Textilias anbud, trots lägre pris än Berendsens anbud, rankats sämre och utan att detta går att motivera utifrån utvärderingsmodellen. Eftersom överträdelsen av LOU är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Alternativt yrkar Textilia att Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits på så sätt att utvärdering ska göras utan beaktande av Berendsens anbud. Till stöd för sin talan anför

Textilia bl.a. följande. Berendsens anbud uppfyller inte förfrågningsunderlagets obligatoriska krav avseende prover på personalkläder. Punkten 15 i kravspecifikationen föreskriver följande: "*Prover på personalkläder, storlek L (large) och XL skall kostnadsfritt sändas med anbudet. Prover ska bestå av blus + byxa (med respektive utan mudd)*". Berendsen har i svarsblanketten till sitt anbud bekräftat att man uppfyller samtliga skall-krav. Av produktblad som ingetts i samband med anbudet framgår dock att artikeln "byxa med resår" skickats in i endast storlek M. Upphandlingschefen vid Timrå kommun har vid telefonsamtal med representant för Textilia den 17 december 2010 bekräftat att Berendsens anbud inte uppfyllde skallkravet i detta hänseende. Kommunen har senare angivit att komplettering av byxor i storlek L skedde den 18 oktober 2010 i samband med att anbudet inkom till Timrå kommun. Vid uppföljning med kommunen ändrades beskedet ännu en gång till att byxor med mudd i storlek L hade kommit i samma försändelse som resten av anbudet. Hur det än förhåller sig med den påstådda kompletteringen kan konstateras att Berendsens anbud inte uppfyller skallkravet även om komplettering skulle ha skett så sätt som kommunen påstår. Detta eftersom byxor med resår i storlek XL inte gavs in med anbudet och inte heller har kompletterats med senare. Genom att avvika från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav har Timrå kommun otillbörligen gynnat Berendsen. Timrå kommun har därigenom brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Vid en korrekt utvärdering ska Berendsens anbud inte beaktas, varvid Textilias anbud blir det vinnande anbudet. Textilia har till följd av detta lidit skada i den mening som avses i 16 kap 1 § LOU.

Timrå kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. En upphandlande enhet kan i princip välja vilken metod som helst för att jämföra anbud under förutsättning att de grundläggande principerna i LOU inte överträds. Således ska även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas. När det gäller utvärdering av kläder i form av utseende,

funktionell utformning m.m. så ligger det i sakens natur att det vid en utvärdering alltid kommer att finnas ett visst mått av subjektivt inslag. Ur förfrågningsunderlaget har dock kunnat utläsas vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av kvalitetskriteriet och hur poängsättningen skulle ske. Modellen för poängsättande kan därmed inte anses vara vare sig otydlig eller oklar på ett sätt som skulle strida mot LOU:s krav på transparens och likabehandling. Utvärderingen får även anses leda till ett rättvisande resultat. Det är inte heller möjligt att dra några slutsatser för huruvida en utvärderingsmodell står i överensstämmelse med LOU utifrån hur en upphandlande enhet i praktiken bedömt varje enskilt anbud.

Textilia har även yrkat att upphandlingen ska rättas eftersom Berendsen inte ingivit byxa med resår i storlek L och XL. Textilia har baserat detta på att det i ett så kallat produktionsblad från Berendsen angivits att enbart storlek M av aktuell byxa skickats med. Enligt uppgift från Kristina Jönsson vid Timrå Kommuns upphandlingsenhet har ifrågavarande produktblad medföljt en kartong med provkläder som skickats från Berendsen till Timrå kommun. Kartongen med provkläder har inte funnits med i det vadderade kuvert som Berendsens anbud ingavs i, utan har skickats till Timrå kommun i en annan separat försändelse än den som innehöll Berendsens anbud. De omtvistade byxorna i efterfrågade storlekar L och XL har däremot funnits med tillsammans med det anbud som Berendsen ingivit till Timrå kommun. Dessutom har Berendsen uppgett att de uppfyller skall-kraven.

Textilia anför bl.a. följande med anledning av Timrå kommuns yttrande. Det är riktigt att även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att de grundläggande principerna i LOU inte överträds. Principerna om transparens och likabehandling kräver att det i upphandlingen ges tillräcklig ledning för vad som kommer att tillmätas betydelse vid anbudens prövning. Detta krav är inte tillgodosett genom att endast ange vilka utvärderingskriterier som ska användas samt vilka poäng

som kan tilldelas utan att närmare ange vad som vägs in för att erhålla visst poäng. Timrå kommuns poängsättningstabell i den nu aktuella upphandlingen brister på liknande sätt som poängsättningsmodellerna i den kamrarrättspraxis som finns på området.

Att en leverantör skriftligen bekräftat att de obligatoriska kraven är uppfyllda är inte i sig tillräckligt för att kraven ska anses vara uppfyllda. Kommunens förklaring vad avser frågan om Berendsen lämnat provbyxor i storlek L och XL är något snårig och går stick i stäv med tidigare förklaringar där kommunen uttryckligen angivit att komplettering av byxorna skedde i storlek L.

Timrå kommun anför bl.a. följande med anledning av Textilias yttrande. Det är fullt möjligt att det vid en utvärdering tas ovidkommande hänsyn utan att själva utvärderingsmodellen står i strid med LOU. Det kan ju helt enkelt vara så att det är själva utvärderingen som sådan som inte har gjorts på ett korrekt sätt i det enskilda fallet. I sådana lägen kan en upphandling rättas genom att utvärderingen görs om.

Vad gäller frågan om Berendsens anbud inte skulle uppfylla det obligatoriska kravet på ingivande av prover på personalkläder så är det Textilia som har bevisbördan för sitt påstående. Notabelt är att förhållandet att själva utvärderingen av klädesproverna rent faktiskt har genomförts, vilket inte hade kunnat ske om inte aktuella klädesplagg funnits tillgängliga i efterfrågade storlekar.

Textilia anför slutligen bl.a. följande. Att kommunen genomfört utvärderingen av byxorna kan inte tas till intäkt för att anbudet innehöll alla storlekar enligt det obligatoriska kravet.

Förvaltningsrätten har den 23 december 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Med hänsyn till att den aktuella upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010 ska LOU i dess lydelse för nämnda datum tillämpas.

I 1 kap. 9 § LOU anges att en upphandlande myndighet 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.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen

Följande anges i förfrågningsunderlaget

3.3.3. Utvärdering

Poängsättning pris:

Anbud med lägsta totalpris får 3 poäng. Övriga anbud får lägre poäng i direkt förhållande till anbudet med lägsta pris.

Poängsättning övriga kriterier:

Varje anbud ges poäng utifrån följande skala:

3. Mycket väl godkänd nivå (stort mervärde)
2. Väl godkänd nivå (visst mervärde)
1. Godkänd nivå

3.3.4. Kriterier för val av leverantör

Vid utvärdering av inkomna anbud kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas. De kriterier som tillmätts betydelse är:

| KRITERIER FÖR UTVÄRDERING | POÄNG | VIKTPROCENT |
|---|-------|-------------|
| Kvalitet (se p. 16-19 i kravspec, bilaga 1) | 1-3 | 40% |
| Pris | 1-3 | 60% |

Följande anges i kravspecifikationen

15. Prover på personalkläder, storlek L (large) och XL **skall** kostnadsfritt sändas med anbudet. Prover **skall** bestå av blus + byxa (med respektive utan mudd).

16. Blus (blussarong utan knäppning) personal **bör** vara försedd med midjeficka och bröstficka.

20. Utvärderingskriterier

Kvalitet

Följande bedömning kommer att göras av personalkläderna:

- Klädernas utseende och funktionella utformning
- Passform och rörelsekomfort

En sammansatt referensgrupp kommer att utvärdera kläderna utifrån de prover som erhållits.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Textilia gör gällande att den utvärderingsmodell som använts i upphandlingen avseende utvärderingskriteriet kvalitet inte uppfyller de krav på transparens och likabehandling som följer av LOU. Detta eftersom avsaknaden av tydliga poängkriterier medfört att det inte varit möjligt att förstå vilka mervärden som den upphandlade myndigheten efterfrågar och kommer att premiera vid utvärderingen. Kommunen har angett att poängsättandet av kvaliteten inte strider mot kraven på transparens och likabehandling samt att det ligger i sakens natur att en bedömning och poängsättning av kläder alltid innehåller ett visst mått av subjektiva inslag.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). En upphandlande myndighet är således fri att utforma förfrågningsunderlaget på det sätt den anser passa upphandlingens syften så länge detta inte strider mot någon bestämmelse i LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det finns inget krav på att den upphandlade myndigheten i detalj ska beskriva vad som krävs för att nå upp till viss poäng.

I kravspecifikationen anges att utvärderingskriterierna för kriteriet kvalitet är klädernas utseende och funktionella utformning samt passform och rörelsekomfort. I förfrågningsunderlaget anges att varje anbud ges poäng utifrån följande skala: 3. Mycket väl godkänd nivå (stort mervärde), 2. Väl godkänd nivå (visst mervärde) och 1. Godkänd nivå. I punkt 16 anges att blus (blussarong utan knäppning) bör vara försedd med midjeficka och bröstficka. Av handlingarna i målet framgår att Berendsen vid bedömningen av blusen har tilldelats maximala 3 poäng med motiveringen att deras blus har en tryckknapp i halsurringningen vilket förbättrar passformen samt att tyget är kraftigare. Textilia, som inkommit med en blus utan knäppning, tilldelades 2 poäng. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget inte kan anses optimalt utformat då punkt 16 i kravspecifikationen anges blussarong utan knäppning. Det framgår dock tydligt av kravspecifikationen vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och förvaltningsrätten kan inte finna annat än att Timrå kommun även bedömt blusarna utifrån de i kravspecifikationen angivna kriterierna för kvalitet. Förvaltningsrätten anser inte att kravspecifikationen på denna punkt strider mot principerna om transparens och lika-

behandling på sådant sätt att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen.

Textilia har även anfört att Timrå kommun vid utvärderingen premierat sortimentsbredd trots att detta inte framgått av kravspecifikationen. Av handlingarna i målet framgår att Berendsen vid utvärderingen av byxorna tilldelats maximala 3 poäng med motiveringen att Berendsen har fler alternativa byxmodeller samt att möjligheterna att reglera midjeresåren var löst på ett mer funktionellt sätt. Textilia tilldelades 2 poäng. Förvaltningsrätten finner att utvärderingsmodellen även i detta hänseende får anses ha vissa brister då det inte framgår av utvärderingsmodellen att hänsyn tas till sortimentsbredd. En förutsättning för ett ingripande enligt LOU är emellertid inte bara att den upphandlande enheten brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, utan också att detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada. Berendsen har visserligen tilldelats en högre poäng än Textilia för byxorna, men såsom framgår av handlingarna har Berendsen inte tilldelats högsta poäng enbart på grund av att de haft flera byxmodeller utan även på grund av att deras byxor var mest funktionella, d.v.s. utifrån bedömningsrunden kvalitet. Med beaktande härav finner förvaltningsrätten att bristen i upphandlingen som är hänförlig till utvärderingen av byxorna inte kan anses ha inneburit en sådan skada eller risk för skada för Textilia att det därför finns skäl för att ingripa mot upphandlingen.

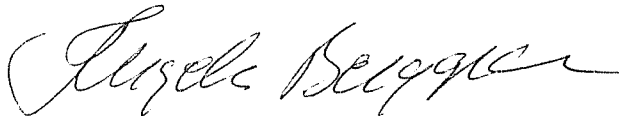
Textilia har slutligen anfört att Berendsens anbud inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav avseende prover på personalkläder. Textilia har härvid uppgett att det är ett skall-krav att inkomma med prover på personalkläder i storlek L och XL och att Berendsen åtminstone inte har inkommit med byxor i storlek XL. Kommunen har anfört att byxor i storlek L och XL fanns med i anbudet som Berendsen lämnade. Förvaltningsrätten konstaterar att det är Textilia som har att styrka sitt påstående. För-

valtningsrätten finner att var Textilia anført i målet inte visar att Berendsen inte uppfyllt skall-kravet i aktuellt hänseende.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Textilia åberopat i målet inte medför att Timrå kommuns genomförande av upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har tidigare beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Då ansökan nu avslås ska detta interimistiska beslut upphävas. Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

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



Ingela Berggren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 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 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.