



DOM

2015-07-10

Meddelad i Sundsvall

KLAGANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Stiftelsen Jamtli, 893200-0303

Ombud: Gemensam nämnd för upphandlingssamverkan
Upphandlingskontoret
Östersunds kommun
831 82 Östersund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 17 april 2015 i mål nr 4018-14,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 27 april 2015 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN

Berendsen Textil Service AB (nedan Berendsen) yrkar i första hand att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och i andra hand att målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av Berendsens samtliga åberopade grunder.

Stiftelsen Jamtli (nedan stiftelsen) vidhåller tidigare fattat tilldelningsbeslut och bestrider bifall till överklagandet.

PARTERNAS INSTÄLLNINGAR

Berendsen anför bl.a. följande.

Förvaltningsrätten har funnit att stiftelsen genomfört utvärderingen på ett sätt som står i strid med transparensprincipen. Bristen är ostridigt hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede vilket innebär att anbudsgivarna inte har haft någon möjlighet att lämna ett optimalt utformat anbud och upphandlingen ska därför göras om.

Den brist i transparens som förvaltningsrätten konstaterat har inneburit att Berendsen inför lämnande av anbud utgått från att hyrpriset skulle multipliceras med 52 veckor. Utvärderingen har dock skett utan att de offererade priserna för hyrgods multiplicerats med 52. Denna omständighet får direkt effekt på totalutvärderingen eftersom priserna för hyrgods per vecka läggs samman med priserna för tvätt per år. Det är sannolikt så att den vinnande anbudsgivaren offererat hyrpriser baserat på att dessa inte skulle multipliceras med 52. Det innebär att anbudsgivarna utgått från olika förutsättningar vid lämnande av anbud. Hade Berendsen varit införstått med att utvärderingen skulle ske på det sätt som skett så hade prissättningen av hyrgodset gjorts på annat sätt, varvid Berendsens anbud skulle ha medfört lägst pris. Berendsen har följaktligen inte kunnat lämna ett optimalt anbud.

Den upphandlande enheten har genomfört utvärderingen i strid med förfrågningsunderlaget vilket innebär att Berendsen, som utgått från att utvärderingen skulle ske i enlighet med förfrågningsunderlaget, riskerar att lida skada eftersom Berendsen utformat sitt anbud utifrån felaktiga förutsättningar. Enbart det faktum att Berendsen riskerar att lida skada då de utgått från felaktiga förutsättningar när de lämnat sitt anbud är tillräckligt för att uppfylla kraven i 16 kap. 6 § LOU.

Den upphandlande enhetens tillämpning av utvärderingsmodellen – oaktat om denna är i strid mot principen om transparens i form av utevaro av uppräknade av angivna priser till att motsvara 52 veckor – inte medför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utses. Detta eftersom totalkostnaden inte kan analyseras då stiftelsen lägger samman veckokostnad för en tjänst med årskostnad för en annan tjänst. Det ska särskilt noteras att stiftelsen inte anfört något till bestridande av detta påstående. Tvärtom har stiftelsen i förvaltningsrätten uttryckligen betonat vikten av att allt tvättgods utvärderas lika. Sistnämnda är en omöjlighet då man i utvärderingen jämför veckohyra för visst gods med årshyra för annat gods.

Stiftelsen anför bl.a. följande.

Det föreligger inte skäl att ändra det av stiftelsen fattade tilldelningsbeslutet då stiftelsen i alla avseenden följt lagen om offentlig upphandling. Berendsen gör gällande att stiftelsen genomfört utvärderingen i strid med upphandlingens förfrågningsunderlag. Berendsen har utgått från att hyrpriserna skulle multipliceras med 52 veckor i samband med anbudens utvärdering. Under anbudstiden har Berendsen ställt en konkret fråga där stiftelsen mycket tydligt och transparent svarat att multiplicering med 52 inte kommer att ske. Någon ytterligare fråga har inte inkommit från Berendsen efter detta svar varför det måste antas ha varit ett tydligt svar på ställd fråga. Denna tydliga och transparenta information har kommit

Berendsen tillhanda under anbudstiden men av någon anledning väljer Berendsen att hävda att det inte stått klart för dem att veckohyran inte skulle multipliceras med 52. Det är således visat att stiftelsen i upphandlingen inte har förfarit på ett felaktigt sätt. Stiftelsen har således inte genomfört utvärderingen i strid med förfrågningsunderlaget

Kammarrätten har den 27 april 2015 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av förfrågningsunderlaget framgår under "Utvärdering" att det anbud ska antas som uppfyller alla ställda krav och har lägst anbudspris. I den prismatris som anbudsgivarna ska fylla i anges följande om hyrgods.

Hyrt gods på veckohyra (antal x å-pris x 52)	Antal	Pris per st och vecka
--	-------	-----------------------


Den kolumn i vilken anbudsgivarna ska skriva sitt pris är under raden "Pris per st och vecka". Kammarrätten kan konstatera att de båda kolumnerna "Hyrt gods på veckohyra (antal x å-pris x 52)" och "Pris per st och vecka" är motstridiga. Emellertid måste rubriken, ovanför den kolumn där det offererade priset ska anges, anses ha visst tolkningsföreträde. Dessutom har stiftelsen, som svar på frågan om vilket pris som kommer att utvärderas, tydligt uppgett att artiklar som har veckohyra inte kommer att multipliceras med 52.


En huvudregel vid upphandling är principen om transparens, vilken innebär att den upphandlande enheten är skyldig att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Den innebär även en rätt för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (jfr prop. 2006/07:128 s. 132). Högsta förvaltningsdomstolen har dock slagit fast att förfrågningsunderlag

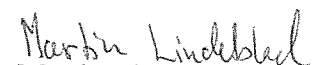
och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får – till följd av de skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet – godtas under förutsättning att upphandlingsprinciperna och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Kammarrätten kan konstatera att det förfrågningsunderlag som stiftelsen använt sig av har vissa brister. Dessa har dock enligt kammarrättens bedömning inte varit av sådan art eller omfattning att kravet på transparens åsidosatts. Den utvärderingsmodell som stiftelsen beskrivit i förfrågningsunderlaget får, med hänsyn till det svar som lämnats på angiven fråga, anses vara tillräckligt klart och tydligt utformad för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå hur utvärderingen ska gå till. Stiftelsen har således inte agerat i strid med den grundläggande principen om transparens vid utformningen av förfrågningsunderlaget. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i lagen om offentlig upphandling. I likhet med förvaltningsrätten finner kammarrätten att Berendsen inte gjort sannolikt att bolaget lidit eller riskerar lida skada på grund av den här utvärderingsmodellen. Skäl föreligger därför inte att återförvisa målet. Mot denna bakgrund ska överklagandet avslås.

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


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd
referent


Martin Lindeblad
adjungerad ledamot

Sara Poulsen
kammarrättsfiskal
föredragande



SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Stiftelsen Jamtli, 893200-0303

Ombud: Gemensam nämnd för upphandlingssamverkan
c/o Upphandlingskontoret
Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stiftelsen Jamtli (stiftelsen) genomför upphandling av tvättjänster (dnr 1684/2014). Upphandling sker av ramavtal genom öppet förfarande. Den 27 november 2014 beslutade stiftelsen att anta Textilia Tvätt & Textilservice AB som leverantör. Berendsen Textil Service AB kom på andra plats efter utvärdering.

Berendsen Textil Service AB (Berendsen) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering genomförs med tillämpning av i förfrågningsunderlaget angiven utvärderingsmodell. I andra hand yrkar Berendsen att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Berendsen anför i huvudsak följande.

Upphandlingen avser såväl ramavtal för avrop av tvätt av textilier (tvättgods för sällananvändare) som avrop av hyra av textilier (hyrtvätt). Av prismatrisen i förfrågningsunderlaget framgår att prisuppgifter för tvättgods för sällananvändare ska anges som pris per tvätt. Denna prisuppgift multipliceras med årsbehovet av tvätt av respektive artikel varvid årskostnaden för uppskattad årsvolym tvätt erhålles.

Av samma prismatris framgår att prisuppgifter för hyrtvätt ska anges som hyra per vecka. Denna prisuppgift ska enligt matrisen multipliceras med antalet hyrda artiklar varefter resultatet ska multipliceras med 52 (veckor) varvid årskostnaden för uppskattad årsvolym av hyrtvätt erhålles.

Av stiftelsens tilldelningsbeslut med bilagor framgår att stiftelsen inte följt den i förfrågningsunderlaget angivna modellen för beräkning av utvärderingspriset. Stiftelsen har inte multiplicerat angivna priser för hyrtvätt per vecka med 52 veckor. Stiftelsen har dock multiplicerat angivna priser för tvättgods för sällananvändare med uppgivet årsbehov av tvätt. Stiftelsen

har, i syfte att erhålla ett utvärderingspris, adderat årskostnaden för tvättgods för sällananvändare (baserad på uppgivet behov) med veckokostnaden för hyrtvätt. Denna summa har sedan legat till grund för utvärdering av anbudena.

Stiftelsens förfarande har inte medfört att lägsta pris kunnat utses. För att kunna utröna lägsta pris måste årskostnaden för båda prissättningsmodellerna beaktas. Årskostnaden för tvättgods för sällananvändare ska adderas med årskostnaden för hyrtvätt. I annat fall kan stiftelsens förfarande medföra risk att lägre prisuppgifter för tvättgods för sällananvändare kan motsvaras av höga hyrpriser utan att detta förhållande får genomslag i utvärderingen.

Berendsen gör gällande att en korrekt tillämpning av utvärderingsmodellen resulterar i att bolagets anbud medför lägsta pris. Stiftelsens agerande har medfört att annan leverantör än Berendsen tilldelats kontrakt i upphandlingen, vilket medför uteblivna intäkter för bolaget. Berendsen har följaktligen lidit eller riskerar att lida skada till följd av stiftelsens överträdelse av LOU. Stiftelsen har inte åberopat någon bevisning till stöd för sitt påstående att Berendsens anbud inte skulle vara lägst med tillämpning av den av Berendsen åberopade utvärderingsmodellen.

För det fall stiftelsen vidhåller att hyrpriserna per vecka inte ska multipliceras med 52 vid utvärderingen samt att det framgått av underlaget, innebär det att förfrågningsunderlaget är i strid med transparensprincipen eftersom utvärderingsmodellen inte kan användas i syfte att utse lägsta pris. I så fall ska upphandlingen göras om eftersom bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet och omöjliggör optimal anbudsgivning. Det medför risk för uteblivna intäkter och följaktligen skada.

Stiftelsens påstående om att hyrtvätten skulle utgöra en orimligt stor del av utvärderingspriset vid en korrekt tillämpning är obegripligt. Kostnaden för hyrtvätt utgör en väsentligt större del än kostnaden för tvätt av cirkulationsgods. Den modell som stiftelsen tillämpat är missvisande och möjliggör strategisk anbudsgivning, vilket inte är förenligt med grundprinciperna i LOU. Genom att prissätta lågt avseende tvätt av cirkulationsgods och högt avseende hyra av gods kan anbudsgivare erhålla ett utvärderingspris som är fullständigt missvisande eftersom årskostnaden för tvätt av cirkulationsgods då jämförs med kostnaden för en veckas hyra. Effekten blir då en väsentligt högre totalkostnad eftersom hyreskostnaden i den faktiska tillämpningen av avtalet baseras på den höga, men i utvärderingen inte beaktade, årskostnaden för hyra.

Stiftelsen bestrider Berendsens samtliga yrkanden och yrkar att bolagets begäran om överprövning lämnas utan avseende. Stiftelsen anför i huvudsak följande. Det föreligger inte skäl att ändra det av stiftelsen fattade tilldelningsbeslutet då upphandlingen i alla avseenden följt lagen om offentlig upphandling.

Det finns en betydande frihet för upphandlande myndigheter att välja vilken utvärderingsmodell som ska användas. För att beräkna ett pris för utvärdering har stiftelsen valt en modell där allt tvättgods behandlas likvärdigt. Allt tvättgods viktas genom den volym som det specifika godset har. Hade stiftelsen genomfört utvärderingen i enlighet med bolagets påtalande, så skulle hyrtvätt erhållit en orimligt stor del av anbudspriset. Det leder i sin tur till att det är möjligt att prissätta tvättgods för sällananvändare, dvs. egen tvätt samt cirkulationsgods, relativt högt medan det är möjligt att prissätta hyrtvätt lägre för att på så sätt få ett totalt anbudspris som är missvisande. Under frågor och svar, fråga nummer 36 har stiftelsen svarat Berendsen att i utvärderingen ska hyrtvätt komma att utvärderas som övrigt tvättgods. Av svaret framgår med tydlighet att de artiklar som har vecko-

hyra inte kommer att multipliceras med 52. Stiftelsen har inte frångått de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget.

Skulle förvaltningsrätten finna att utvärderingsmodellen på något sätt strider mot de grundläggande principerna anser stiftelsen att denna eventuella brist emellertid inte kan anses vara så allvarlig att upphandlingen skulle rättas eller göras om. Regeringsrätten har tidigare uttalat sig om att mindre brister och oklarheter i förfrågningsunderlag får godkännas (RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har inte haft lägst totalt anbudspris oaktat om stiftelsen använt den utvärderingsmodell som bolaget åberopat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

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. (1 kap. 9 § LOU).

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 har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Berendsen har i första hand gjort gällande fel i utvärderingen då stiftelsen inte tillämpat den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen korrekt. I andra hand har Berendsen gjort gällande fel i upphandlingens konkurrensuppsökande skede eftersom utvärderingsmodellen inte möjlig-

gjort att anbudet med lägst pris kunnat antas. Förvaltningsrätten prövar frågorna i den angivna ordningen.

Beträffande den första frågan så framgår bl.a. följande av prismatrisen i förfrågningsunderlaget. "HYRT GODS PÅ VECKOHYRA (antal x å-pris x 52)". Vidare framgår under kolumnen "Antal" den planerade volym som stiftelsen önskar ha tvättat under 2015 och som baseras på föregående års statistik.

Av fråga 36 i frågor och svar framgår följande. "Vilket pris kommer att utvärderas under 'Hyrt gods på veckohyra'? Blir det enligt den felaktiga spec som ligger på Common eller kommer de artiklar som har veckohyra multipliceras med 52?" Stiftelsen har svarat "Det kommer inte multipliceras med 52."

Berendsen har hävdad att prisuppgifter för hyrtvätt ska anges som hyra per vecka och multipliceras med antalet hyrda artiklar varefter resultatet multipliceras med 52 (veckor). På så vis erhålls enligt Berendsen årskostnaden för uppskattad årsvolym av hyrtvätt.

Vid genomförande av ett upphandlingsförfarande gäller att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget dels ska redovisa de krav som ställs på anbudsgivarna, dels redogöra för hur utvärderingen av anbuderna ska gå till. I det allmänna kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. Anbudsgivarna ska också kunna räkna med att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen följer det redovisade tillvägagångssättet. (Kammarrätten i Göteborg mål nr 4278-09).

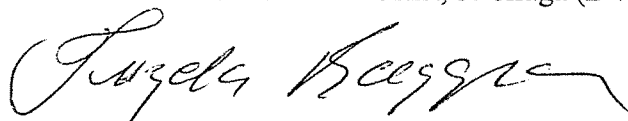
Förvaltningsrätten finner att den utredning parterna lagt fram i målet visar, såsom Berendsen hävdar, att priset för hyrtvätt i ett första led ska beräknas enligt ordalydelsen i prismatrisen i förfrågningsunderlaget, dvs. antalet artiklar (som baseras på 2014 års statistik) multiplicerat med priset. Därefter multipliceras i ett andra led resultatet från det första ledet i sin tur med 52 (veckor). Vad stiftelsen anfört om att stiftelsen i fråga 36 i frågor och svar sagt att hyrtvätt inte ska multipliceras med 52 står enligt förvaltningsrättens mening i strid med förfrågningsunderlagets prismatris. Stiftelsen har således genomfört utvärderingen på ett sätt som står i strid med transparensprincipen. Felet är inte av en sådan ringa karaktär att ingripande kan underlåtas (jfr RÅ 2002 ref. 50). Vid denna bedömning saknas det skäl att pröva den andra frågan om utvärderingsmodellen möjliggör att anbudet med lägst pris kan antas.

Av bestämmelserna i 16 kap. 6 § LOU följer *dels* att bestämmelse i LOU ska ha överträtts av den upphandlande myndigheten *dels* att leverantören ska ha lidit eller riskerat att lida skada. Det är alltså två krav i lagtexten som måste vara uppfyllda för att det ska finnas anledning att förordna om rättelse eller annan åtgärd i samband med en eventuell överträdelse av de grundläggande principerna i LOU. I mål om offentlig upphandling där parts åberopsbörd är uttalad och officialprincipen ska tillämpas med försiktighet, ankommer det på den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, att klart ange på vilka omständigheter parten grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

Stiftelsen har i målet anfört att Berendsen inte haft lägst totalpris oaktat om stiftelsen använt den utvärderingsmodell som bolaget åberopat. Det är Berendsen som har bevisbördan för att bolaget sannolikt har lidit eller riskerat att lida skada. Berendsen har i målet inte lagt fram någon utredning eller anfört något som visar att bolagets anbud sannolikt skulle ha varit lägst om utvärderingspriset beräknats enligt den beräkningsmodell förvaltningsrät-

ten i enlighet med Berendsens ansökan om överprövning funnit ska tillämpas, eller att möjligheterna att tilldelas ramavtalet har försämrats på grund av stiftelsens felaktiga tillämpning av utvärderingsmodellen (jfr Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 213). För att ett ingripande enligt LOU ska ske krävs att sökanden i vart fall ska ha riskerat att lida skada. Då Berendsen inte visat att bolaget riskerat att lida skada, saknas skäl att ingripa med stöd av LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Ingela Berggren
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.