



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2012-05-30
Meddelad i
Umeå

Mål nr
614-12 E
Kansli 2

SÖKANDE

Invite Europe AB, 556595-7593
Box 143
619 23 Trosa

MOTPART

Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

ÖVRIG BERÖRD

Bergdahls sköna och praktiska kläder
Ostindiegatan 1 Lgh 1101
418 32 Göteborg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-06-01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen avseende personalkläder för inomhusbruk inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny prövning av anbudena.

Dok.Id 23230

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Skellefteå kommun (nedan Kommunen) har genomfört en upphandling av personalkläder till äldreomsorgen (UH-2012-22). Upphandlingen har varit delad i två prisgrupper, en för arbetskläder för inomhusbruk och en för ytterkläder. Vid upphandlingen har använts förenklat förfarande.

Av Kommunens tilldelningsbeslut och utvärderingsprotokoll framgår att Bergdahls sköna och praktiska kläder (nedan Bergdahls) har antagits som leverantör för personalkläder för inomhusbruk. Därtill framgår att sex anbudsgivare kvalificerats och utvärderats avseende personalkläder för inomhusbruk samt att Invite Europe AB:s anbud rangordnats som nummer två.

Invite Europe AB (nedan Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen (del 1, inomhuskläder) och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bergdahls anbud förkastas och att Bolaget antas som leverantör för upphandlingen.

Kommunen motsätter sig bifall till Bolagets ansökan om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten avslår Bolagets ansökan. Kommunen yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om ifall förvaltningsrätten finner att upphandlingsunderlaget har varit för otydligt vad gäller ställda bör- och skall-krav.

Förvaltningsrätten har berett Bergdahls tillfälle att yttra sig i målet.

TILLÄMPLIGA 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 LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 6 § LOU).

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget m.m.

I förfrågningsunderlagets ”Upphandlingsföreskrifter” framgår under rubriken 2.1 Anbudets form och innehåll följande.

Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal ”skall-krav”. Samtliga skall-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna ingå i utvärderingen. De svar som anbudsgivaren lämnar i sitt anbud på de i förfrågningsunderlaget ställda kraven är underlag för den prövning och utvärdering av inkomna anbud som den upphandlande myndigheten genomför.

Under rubriken 3. Krav på leverantör anges följande.

Anbudsgivare skall kunna bevisa att ställda krav uppfylls och vid respektive krav framgår vilken typ av bevisning/verifiering som krävs.

Under rubriken 3.3. Anbudsbedömning anges följande.

Vid prövning av anbud kontrolleras att samtliga ställda krav i enlighet med förfrågningsunderlaget är uppfyllda.

Vi kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. I det fall flera anbud har samma jämförelsetal kommer vinnaren att lottas fram. Utvärdering av anbud sker i enlighet med bilaga Utvärderingsmodell.

I förfrågningsunderlagets ”Skallkravsformulär” framgår följande under rubriken 3.0 Midjebyxa herrmodell, skall passa till efterfrågad väst

Krav 3.1 Med telefonficka, benfickor. Skellefteå kommun i tryck tvåfärg, i övrigt enligt vår kravspecifikation.

Av förfrågningsunderlagets ”Kravspecifikation/Information” framgår bl.a. följande.

Utsedd arbetsgrupp har enats om att följande ”underlag/ kriterier/ synpunkter” skall ligga till grund inför upphandling av arbetskläder för personal i hemtjänst och särskilt boende:

- Enhetlighet
- Tillvarata krav på hygien
- Visa respekt för vårdtagaren
- Stärka personalens status
- Stärka den professionella rollen
- Skall vara snygg och praktisk
- Arbetsmiljöaspekter

Under rubriken Enhetlighet anges följande.

Unisex modeller (dam – herr storlekar)

Färger: Två färger en ljus och en mörkare (ej svart). Förslag på färger kan lämnas med färgprover.

I förfrågningsunderlagets ”Meddelanden, frågor & svar” anges bl.a. följande.

Fråga 1. Finns det möjlighet att lämna anbud på svart färg på pos 1.0, 2.0 och 3.0?

Svar 2012-02-14 1. Nej.

Parternas anföranden

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan.

Bergdahls har erbjudit en artikel i färg som Kommunen tydligt har skrivit att de inte kommer att upphandla (svart färg). Kommunens formulering i anbudsförfrågan enligt skall-krav lyder enligt följande "Färger: Två färger en ljus och en mörkare (ej svart)." Bergdahls erbjuder följande på position 3.0 enligt bilaga skall-krav.pdf "Byxan finns i färger; Khaki, Svart". Detta strider tydligt mot Kommunens skall-krav. Det har även tydligt informerats från Kommunen om att positionerna 1.0, 2.0 och 3.0 inte får levereras i svart färg (se bilaga Meddelande Frågor & svar). Texten "Ej svart" gäller för alla artiklar enligt kravspecifikationen och till och med ett förtydligande har gjorts om detta.

Bolaget har fått högsta poäng med tanke på alla krav som Kommunen ställer (gällande färger, modeller, leveranstider osv.) i förfrågningsunderlaget. Dessa krav ska inte kunna ändras i efterhand. Bolaget har även uppfyllt samtliga andra krav i underlaget. Bolaget har tidigare haft färgerna sand och svart som lagervara av artiklarna som lyder under positionerna 1.0, 2.0 och 3.0. När anbudsförfrågan kom ut såg Bolaget även till att tillverka dessa artiklar i marin färg för att tillgodose Kommunens önskan om en mörkare färg som inte är svart. Det kostar dock extra att göra en egen produktion av ej lagerförd färg, vilket Bolaget också har fått räkna in i anbudets prissättning. Om Bolaget, likt Bergdahls, kunde få godkänt med att bara använda färgerna sand och svart, som Bolaget hade som lagervara, hade Bolaget kunnat erbjuda ett lägre pris och därmed vinna upphandlingen.

Marin är definitivt inte samma färg som svart och marin har inte angetts som en färg som inte skulle vara acceptabel. Bolaget ska således inte ute-

slutas från upphandlingen av den anledningen. Bolaget har även fått full poäng av den marina färgen som bolaget har offererat. Bolaget har erbjudit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Enligt Bolagets mening är det nu aktuella kravet ”ej svart” inte på något sätt otydligt. Tvärtom har Kommunen på klart sätt angett att offererade artiklar inte får vara av färgen svart. Denna för upphandlingen grundläggande förutsättning har därefter, på lika tydligt sätt, bekräftats i frågor och svar. Inte heller kan kravet anses oproportionerligt, särskilt eftersom Kommunen själv starkt har argumenterat för behovet av kravet i fråga. Det ankommer dessutom inte på Kommunen att föra talan om oproportionaliteten av sitt eget krav. Detta är i stället upp till en anbudsgivare, som lidit skada av kravets oproportionerliga och utestängande effekt. Någon sådan anbudsgivare finns inte eftersom kravet inte har haft en oproportionerlig och utestängande effekt. Det kan alltså inte rimligen antas att några anbudsgivare har avstått från att lämna anbud i upphandlingen på grund av kravets utformning. Bergdahls har inte uppfyllt kravet.

Kommunen anför bl.a. följande.

Bolaget har hänvisat till bilagan ”Kravspecifikation/Information” där i texten anges ”ej svart”, vilket inte är angivet som ett skall-krav utan ska ses som ett önskemål. Kommunen har i ”Kravspecifikation/Information” tydligt markerat att det på vissa krav står ”skall” och på övriga inte, t.ex. på ”ej svart”. Detta visar med tydlighet att det i bilagan finns både skall-krav och s.k. bör-krav, varav ”ej svart” utgör ett bör-krav. Bör-krav ska ses som ett önskemål. Anledningen till att Kommunen har ”ej svart” som ett bör-krav är att det är komplext att hitta en leverantör som har ett sortiment som dels ska passa samtliga anställda och dels ska klara alla skall-krav som ställs.

Det är i sammanhanget viktigt att förstå varför texten ”ej svart” är angivet. Kommunens äldreomsorg vill inte att personalen ska vara för mörkt klädda med tanke på de boende då en mörk färg upplevs mer negativt av äldre. I Kommunens förfrågan efterfrågades en ljus och en mörkare färg, personalen kan välja mellan dessa två färger. Bergdahls har erbjudit färgerna kitt och mullvad när det gäller väst och byxa till kvinnor samt väst till män. Färgen mullvad finns inte som byxa till män, varför Bergdahls har erbjudit svart som alternativ till kitt. Herrarnas andel är försvinnande liten på grund av könsfördelningen hos personalen. Det handlar om cirka 50 byxor totalt där personalen kan välja mellan de två färgerna. Den totala summan för 50 byxor är 12 950 kr.

Anledningen till Kommunens svar nej på frågan om det går att offerera svart på dessa positioner är att frågan är ställd och tolkades som om det var möjligt att offerera svart på samtliga dessa positioner. Detta besvarades med nej, just därför att andemeningen i bör-kravet är och var att inte ge ett för mörkt intryck till brukaren. Hade frågan ställts på en enstaka position, t.ex. på herrbyxan med väldigt låg volym, skulle svaret blivit ja på grund av komplexiteten när det gäller att hitta kläder som även passar den manliga delen av personalen. Kommunen instämmer i att missförståndet i frågor och svar är olyckligt och att Kommunen hade kunnat vara tydligare i sitt svar.

Kommunen bedömer att Bolagets marinblåa förslag kommer att uppfattas på samma sätt som svart färg av de boende. Kommunen har därför bedömt dessa förslag som likvärdiga. Då texten ”ej svart” inte var ett skall-krav utan en önskan om att inte ha en mörk färg för de boendes skull. Bolagets anbud med mörk marinblå färg på såväl byxor som väst är ett sämre alternativ ur brukarsynpunkt för upplevelse av mörk färg än vinnande anbuds svarta byxor och ljusa väst. Dock är produkterna likvärdiga i kvalitet m.m. så avgörandet är priset, och då är Bolagets anbud dyrare.

Om förvaltningsrätten bedömer ”Ej svart” som ett skall-krav på så sätt att Bergdahls anbud ska förkastas och att Bolagets marinblåa färg ska vara godkänt anser Kommunen att ställda skall-krav bryter mot proportionalitetsprincipen och då behöver upphandlingen göras om.

Bergdahls yttrande

På grund av ett litet slarvfel har företaget fyllt i färgen svart som ett alternativ för herrbyxa. De var medvetna om att denna färg inte kunde lämnas. För alla andra artiklar i deras anbud har de inte lämnat färgen svart som alternativ. Företaget har förståelse för Invite Europe AB:s synpunkter, men anser att felet som företaget begått är av så ytterst liten grad att detta rimligtvis inte borde leda till att deras anbud inte beaktas.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vad som därvid föreskrivs är ett uttryck för bl.a. de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet. En av de frågor som omfattas av dessa principer är att den upphandlande myndigheten vid prövning av anbuderna normalt inte får frångå förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav ska således normalt upprätthållas vid prövning av anbuderna.

Med hänsyn till vad som framkommit i förfrågningsunderlaget och hur bilagan ”Kravspecifikation/Information” har utformats bedömer förvaltningsrätten att det aktuella kravet ”Färger: Två färger en ljus och en mörkare (ej svart)” inte kan tolkas på annat sätt än att det har varit fråga om ett skall-krav. Kommunens svar till Bolaget, daterat den 14 februari 2012, ger

också stöd för denna uppfattning. Förvaltningsrätten anser vidare att kravet är tillräckligt tydligt och klart utformat, varvid anbudsgivare har haft möjlighet att utforma konkurrenskraftiga anbud. Det bör också noteras att både Bolaget och Bergdahls har uppfattat det nu aktuella kravet som ett obligatoriskt krav.

Mot bakgrund av vad som framkommit i förfrågningsunderlaget och även med beaktande av hur Kommunen själv beskrivit sitt behov av arbetskläder till äldreomsorgen anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit annat än att det nu aktuella kravet är relevant och proportionerligt för upphandlingen. Vad Kommunen sedermera anfört i sitt yttrande till förvaltningsrätten utgör inte skäl att frångå denna bedömning. Det uppställda kravet står således inte i strid med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Förvaltningsrätten finner därefter att det är klarlagt i målet att Bergdahls anbud inte uppfyller det nu aktuella kravet avseende position 3.0. midjebyxa herrmodell. På grund av detta borde Bergdahls anbud rätteligen inte ha utvärderats. Den omständigheten att herrbyxan endast utgör en liten del av de artiklar som efterfrågas i upphandlingen kan inte föranleda någon annan bedömning.

Förvaltningsrätten har härefter även att ta ställning till huruvida Bolaget har uppfyllt det uppställda skall-kravet. Med hänsyn till vad som angetts i Bolagets anbud och även med beaktande av det färgprov som Bolaget lämnat finner förvaltningsrätten att Bolaget har uppfyllt skall-kravet i nu aktuell del.

Förvaltningsrätten finner slutligen att Kommunens agerande har medfört att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 LOU. Förvaltningsrätten kan

härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella felaktigheten hänför sig till anbudsprövningen finner rätten det tillräckligt att prövningen av anbuderna görs om.

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



Marika Pernu
Förvaltningsrättsfiskal