



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 17

DOM
 2013-01-17
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 26745-12

SÖKANDE

Attendo LSS AB, 556664-4257

Ombud: Advokaten Tomas Kjellgren och jur.kand. Carl Lundeholm
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

MOTPART

Danderyds kommun, kommunledningskontoret
 Djursholms slott
 Box 66
 182 05 Djursholm

KONKURRENSVERKET	
2013 -04- 2 5	
Avd	
Dnr	
Könr	Aktbil

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Danderyds kommuns yrkande om att målet ska avskrivas från vidare handläggning.

Förvaltningsrätten bifaller Attendo LSS AB:s ansökan om ingripande och förklarar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Attendo LSS AB ska beaktas vid anbudsutvärderingen.

Dok.Id 315572

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Danderyds kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Verksamhetsdrift av boende LSS, dnr SN 2012/0135. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

YRKANDEN M.M.

Attendo LSS AB (Attendo) har ansökt om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att kommunens offentliga upphandling avseende Verksamhetsdrift av boende LSS ska rättas på så sätt att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning bestämmer att upphandlingen får avslutas först efter det att kommunen har beaktat Attendos anbud i anbudsutvärderingen. Till stöd för sin talan anför Attendo i huvudsak följande.

Kommunen har vid genomförande av upphandlingen brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av att kommunen har brutit i sina förpliktelser enligt LOU och EU-rätten har Attendo lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada genom att inte tilldelas kontraktet i upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Av förfrågningsunderlaget, punkt 1.2.13 och 1.2.14, framgår att samtliga anbud som uppfyller de i upphandlingen uppställda kvalificeringskraven och övriga obligatoriska skall-krav går vidare till anbudsutvärdering. För att ett anbud ska uteslutas innan den slutliga anbudsutvärderingen krävs alltså att anbudsgivaren inte anses kvalificerad eller att anbudet brister i uppfyllelse av något av de övriga absoluta skall-krav som uppställs i upphandlingen. Av upphandlingsprotokollet framgår att Attendo inte har gått

vidare till den slutgiltiga anbudsutvärderingen. Som skäl för sin bedömning anger kommunen följande.

I förfrågningsunderlaget, punkt 3.6.1 efterfrågar kommunen ett exempel på bemanningsschema. Attendo LSS AB har bl.a. redogjort för en minimibemanning. Attendo har angivit en minimibemanning som kommunen inte vid något tillfälle kan godkänna. Kommunen bedömer att uppdraget inte vid något tillfälle kan utföras enligt förfrågningsunderlagets krav med anbudsgivarens angivna minimibemanning. Attendo LSS AB går därför inte vidare till utvärdering i anbudsprövningen.

Kravet som kommunen hänvisar till i upphandlingsprotokollet återfinns i förfrågningsunderlagets punkt 3.6.1. Under nämnda punkt redogörs bl.a. för kommunens nuvarande bemanning på den gruppbostad som upphandlingen avser. Kommunen begär under nämnda punkt även information rörande bemanning från anbudsgivarna enligt följande.

Beskriv ett förslag på bemanningsschema för en vecka.

Några specifika krav avseende vad anbudsgivarnas svar under nämnda punkt ska innehålla ställer kommunen däremot inte upp. Inte heller ges några uppgifter avseende vilka förutsättningar som ska vara gällande vid utformningen av bemanningsförslaget, t.ex. rörande brukarnas vårdbehov, brukarnas sammansättning och rutiner i övrigt vid utförandet av vårdtjänsten.

Vad gäller frågan hur kravet som sådant bör betraktas upphandlingsrättsligt bör framhållas att de avsnitt i förfrågningsunderlaget som innehåller krav som måste uppfyllas av anbudsgivarna markerats med en symbol i form av ett vitt utropstecken i en röd cirkel. Punkt 3.6.1 i förfrågningsunderlaget är inte markerat med någon sådan symbol. Även avsaknaden av ordet "ska" i kravet ifråga stödjer att det inte rör sig om ett obligatoriskt krav. Nämnt ord används i andra delar av förfrågningsunderlaget för att signalera till

anbudsgivarna att det rör sig om absoluta krav som ovillkorligen måste uppfyllas. De obligatoriska krav som uppställs i upphandlingen benämns dessutom som just skall-krav i förfrågningsunderlaget. Av utformningen av punkt 3.6.1 framgår således tydligt att det inte är fråga om ett obligatoriskt skall-krav.

Mot bakgrund av att punkt 3.6.1 inte utgör ett obligatoriskt skall-krav har kommunen rätteligen inte kunnat åberopa bristande uppfyllelse av denna punkt som grund för uteslutning av Attendos anbud. Skulle förvaltningsrätten göra bedömningen att punkt 3.6.1 utgör ett obligatoriskt krav så har detta i vart fall inte gjorts tydligt för anbudsgivarna, varför kommunen i denna del har agerat med bristande öppenhet och transparens i strid med LOU.

Oaktat om fråga är om ett obligatoriskt skall-krav eller inte kan emellertid konstateras att Attendo fullt ut har efterkommit kommunens allmänt hållna begäran avseende beskrivning av ett förslag på bemanningsschema för en vecka, genom att under punkt 3.6.1 i anbudet ange en garanterad minimibemanning. Med hänsyn till den knapphändiga informationen avseende förutsättningarna för uppskattningen av veckobemanningen har dock Attendo i sitt anbud tydliggjort att angivna siffror självfallet kan variera beroende på faktiska förhållanden. Vad Attendo anger i sin beskrivning under 3.6.1 avser en av Attendo garanterad miniminivå på bemanningen utifrån de förutsättningar som givits och inte en slutgiltig angivelse av den faktiska bemanningen under uppdragets utförande. Således kan det konstateras att Attendo, såvitt avser punkt 3.6.1 i förfrågningsunderlaget, har angivit anbud helt i enlighet med kommunens förfrågan. Även i övrigt har Attendo avgivit anbud helt i enlighet med de krav som uppställts i upphandlingen. Kommunen har därför förfarit felaktigt då man har uteslutit Attendos anbud före anbudsutvärdering med den motivering som angivits i utvärderingsprotokollet, nämligen att uppdraget inte vid något tillfälle kan

utföras enligt förfrågningsunderlagets krav med den av Attendo angivna minimibemanningen.

Skada

Attendos anbud har inte utvärderats i upphandlingen. Istället har kontraktet tilldelats en annan leverantör som har lämnat ett högre anbudspris än Attendo. Hade Attendos anbud inte uteslutits hade istället Attendo tilldelats kontraktet.

Sammanfattningsvis har Attendo, till följd av den ovannämnda överträdel- sen av LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling, lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i denna upphandling.

Kommunen yrkar att målet avskrivs från vidare handläggning och har i huvudsak angett följande. Kommunen avser att rätta upphandlingen genom att beakta Attendos anbud vid anbudsutvärderingen i enlighet med Attendos yrkande. Med anledning av att Danderyds kommun rättar upp- handlingen yrkar kommunen på att målet avskrivs.

Attendo har i yttrande som inkom till förvaltningsrätten den 16 januari 2013 motsatt sig att målet avskrivs från vidare handläggning och angett att målet bör prövas i sak.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga om avskrivning

Kommunen har i yttrande som inkom till förvaltningsrätten den 11 januari 2013 angett att upphandlingen ska rättas på så sätt att Attendos anbud ska beaktas vid anbudsutvärderingen. Med anledning av detta yrkar kommunen att målet avskrivs från vidare handläggning. Attendo har å sin sida motsatt

sig att målet avskrivs från vidare handläggning då något nytt tilldelningsbeslut ännu inte har fattats.

Med hänsyn till att något nytt tilldelningsbeslut ännu inte har fattats bedömer förvaltningsrätten att målet ska prövas i sak. Kommunens yrkande om avskrivning ska därför avslås.

Fråga om uteslutningen av Attendos anbud var riktig

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 3.6.1 anges att anbudsgivaren ska beskriva ett förslag på bemanningsschema för en vecka. Attendo har i sitt svar redogjort för en minimibemanning och har samtidigt angett bl.a. följande.

Bemanningen anpassas utifrån brukarnas behov av stöd och kan därför variera över tid beroende på omsorgsbehovet hos de aktuella brukarna i verksamheten. Det finns dock en miniminivå som alltid kommer att upprätthållas. Det sätts in extra personal om brukarens behov kräver det. En planering görs kontinuerligt för att ta hänsyn till bemanningen efter brukarnas behov och grupp sammansättning. Om det skulle uppstå tillfällen då ingen brukare är hemma så kan också verksamheten tillfälligt vara obemannad.

Attendo har anfört att kravet i avsnitt 3.6.1 inte är ett skall-krav och att bolaget, oavsett om det är fråga om ett skall-krav eller inte, har följt kommunens begäran avseende beskrivning av ett förslag på bemanningsschema för en vecka. Kommunen har inte invänt mot detta utan har i yttrande till

förvaltningsrätten angett att kommunen avser att rätta upphandlingen på så sätt att Attendos anbud ska beaktas vid anbudsutvärderingen.

Med hänsyn till hur kravet i avsnitt 3.6.1 har utformats gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte är fråga om ett skall-krav. Vidare kan det av kravet inte utläsas en lägsta godtagbar bemanningsnivå. Attendo har i sitt svar redovisat en miniminivå och har i anslutning till detta angett att det är fråga om minimibemanning och att det sätts in extra personal vid behov. Därtill anges att bemanningen kan variera över tid eftersom den anpassas efter omsorgsbehovet hos de aktuella brukarna i verksamheten. Förvaltningsrätten bedömer att Attendo, genom att bolaget har beskrivit ett förslag på bemanningsschema för en vecka, har uppfyllt kravet i avsnitt 3.6.1. Kommunens yttrande i målet får förstås som så att även kommunen numera anser att Attendo har uppfyllt kravet i avsnitt 3.6.1.

Trots att Attendo uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven har kommunen inte beaktat bolagets anbud vid anbudsutvärderingen. Med hänsyn till det ovan anförda finner förvaltningsrätten det visat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det får också anses visat att Attendo, genom att bolagets anbud uteslutits från anbudsutvärderingen, lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering sker med beaktande av Attendos anbud (jfr RÅ 2005 ref 47). Attendos ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Magnus Åhammar
Rådman

Handläggare har varit föredraganden Helena Lindh.



SVERIGES DOMSTOLAR

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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU

10/10/10
10/10/10