



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

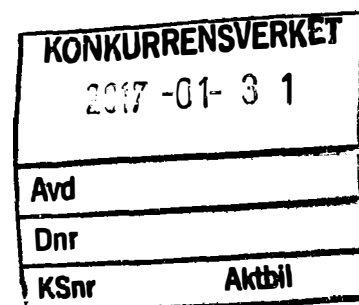
DOM

2017-01-30

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12106-16



SÖKANDE

Attendo Sverige AB, 556148-5169
Box 715
182 17 Danderyd

Ombud: Advokat Johan Carle och
Jur.kand. Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Järfälla kommun
177 80 Järfälla

Ombud: Advokat Johan Stern och jur.kand. Björn Bergström
Ramberg Advokater KB
Jakobsbergsgatan 13
111 44 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 769800

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Järfälla kommun (kommunen) har genomfört en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, för drift av Lindens och Lönnens äldreboende, dnr Son 2015/236. Formen för upphandlingen var förenklat förfarande. Kommunen förkastade anbudet från Attendo Sverige AB eftersom det innehöll en otillåten reservation.

Attendo Sverige AB (Attendo) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning ska genomföras där deras anbud ska kvalificeras och beaktas vid den slutliga anbudsutvärderingen. Attendo framför bl.a. följande. Kommunen har felaktigt antagit en konkurrens anbud trots att Attendo rätteligen uppfyllt alla krav i upphandlingen och lämnat det för kommunen mest fördelaktiga anbudet. Av utvärderingsrapporten framgår att Attendo lämnat det lägsta anbudspriset och vid anbudsutvärderingen bedömts ha det lägsta jämförelsetalet. Kommunen borde inte ha förkastat Attendos anbud. Attendo borde rätteligen ha tilldelats kontraktet i upphandlingen. Kommunen har framfört krav på att personalbemanningen ska vara ”tillräcklig” och den bemanning som Attendo offererat i anbudet uppfyller de obligatoriska kraven. I samband med den muntliga presentationen av anbudet har Attendo svarat på kommunens fråga om ersättning och då framfört att de valt att utforma bemanningen på visst sätt av upphandlingsstrategiska skäl men egentligen ansåg att en annan bemanning var mest lämplig. Vad som angetts vid den muntliga presentationen har inte utgjort en reservation mot uppställda krav. I den e-post korrespondens som följde den muntliga presentationen har Attendo förtydligat att grundbemanningen är härförlig till det anbudspris som angetts. Attendo har inte påstått att den anpassning som skulle ske efter behov skulle påverka anbudspriset. Om kommunen däremot i ett senare skede önskar att utöka grundbemanningen exempelvis på ett sådant sätt som Attendo föreslagit vid den muntliga presentationen skulle det påverka bolagets ersättning. Bägge parter har varit medvetna om att förhandling

kring anbudet inte varit möjligt inom ramen för upphandlingen. Kommunen har gjort en felaktig tolkning av vad som angetts av Attendo vid den muntliga presentationen och i därefter följande e-post korrespondens. Eftersom kommunen rätteligen borde ha antagit Attendos anbud har Attendo lidit eller i vart fall kan komma att lida skada enligt LOU.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och framför bl.a. följande. Upphandlingen har skett i enlighet med grundläggande principer enligt LOU. Attendo har lämnat ett pris för en normalbemanning som inte uppfyller ställda ska-krav genom att reservera sig mot ökade kostnader till följd av en utökad personalbemanning. Attendo anger själva att de valt att lämna ett ”strategiskt anbud”. Syftet med ett strategiskt anbud är att säkerställa höga poäng i utvärderingen på bekostnad av kravuppfyllelsen under avtalsperioden. Det har därför varit en otillåten reservation i förhållande till kommunens ska-krav som innebär att Attendos offererade priser inte täcker alla med uppdraget förenade kostnader. I upphandlingen har kommunen ställt krav på att anbudsgivarna ska lämna ett totalpris där alla med uppdraget sammanhängande kostnader ska ingå. I upphandlingen ställde kommunen ett flertal ska-krav på personalbemanning. Av punkt 10.1 (Skakravsformuläret) framgår bl.a. följande ”att bemanningen alltid ska vara sådan att avtalade åtaganden kan uppfyllas, vilket kan innebära krav på ökad personalstyrka vid ökad omvårdnads- och stödbehov utan förändrad ersättning under löpande avtalstid.” Av frågor och svar (ID 77278) har kommunen förtydligat detta genom att ange att en lägsta normalbemanning är att klara alla de krav som finns i förfrågningsunderlaget. Vid den e-post korrespondens som följde den muntliga presentationen ställde kommunen frågan om Attendos priser skulle påverkas av behovsanpassningar av personalbemanningen. Attendo svarade att anbudspriset avser en grundbemanning och att bemanningen ska anpassas efter brukares olika behov samt att Attendo önskar omförhandla priset för att kunna utöka grundbemanningen. Attendos svar kan därför inte ha någon annan innebörd än att de avser att återkomma med en begäran om extra ersättning så snart

behov av ytterligare personal uppstår. Av Attendos muntliga presentation och deras skriftliga svar står det klart att de lämnat ett pris som inte uppfyller kommunens behov genom att reservera sig mot ökade kostnader vid utökad bemanning. De uppfyller inte heller ska-krav på att det lämnade anbudspriset ska omfatta all personal, oavsett om de ingår i normalbemanningen eller inte, utan att förändrad ersättning under löpande avtalstid, samt flera andra ska-krav på personalbemanning. Det faktum att Attendos totalpris endast omfattar en normalbemanning innebär att deras pris inte är lämnat utifrån samma förutsättningar som övriga anbudsgivare vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Att anta Attendos anbud skulle strida mot kraven i upphandlingen och LOU.

Attendo har i yttrande framfört bl.a. följande. Anbudet utformades med hänsyn till vissa kommersiella överväganden. Attendo ansåg att en annan bemanning hade varit att föredra, men att kommunens kravställning inte gav utrymme för att utforma anbudet i enlighet därmed. Kommunens påstående om att de strategiska och kommersiella övervägandena i samband med anbudsgivningen skulle medföra bristande krav uppfyllnad under avtalsperioden bestrids då det saknar stöd och är utan relevans. Attendo bestrider att kommunen genom sitt svar på publik fråga angett en ”lägsta normalbemanning för att klara alla de krav som finns i förfrågningsunderlaget” på sätt som anförts. Kommunen har inte angett någon ”lägsta normalbemanning” eller på annat sätt kvantifierat bemanningskraven. Det har varit upp till varje anbudsgivare att utforma sin bemanning enligt de allmänt hållna kraven. Kommunen har redogjort för i förfrågningsunderlaget att ersättningen under avtalstiden inte påverkas av att ökad personalstyrka kan krävas. Det verkar ostridigt att Attendo tagit höjd för detta i anbudet. Attendo har klargjort att det finns möjlighet att ta in extra personal efter behov och har inte påstått att en sådan anpassning skulle påverka ersättningen under löpande avtalstid. Det lämnade anbudspriset avsåg en grundbemanning motsvarande de krav som kommunen uppställt i upphandlingen. Attendo har varken i anbud, vid den muntliga

presentationen eller vid efterföljande e-post korrespondens påstått att anpassningar kommer påverka anbudspriset. Som en direkt följd av att Attendo egentligen ansett att en annan bemanning varit att föredra, samt att kommunen visat intresse för detta, har bolaget under den muntliga presentationen och efterföljande e-post korrespondens redogjort i korthet för sina tankar kring detta. Detta handlade om ett annat hypotetiskt scenario för framtiden och ingick inte i det anbud eller påverkade det lämnade anbudspriset. Kommunens påstående bygger på en felaktig tolkning av vad Attendo angett. Varken begreppet normalbemanning eller grundbemanning har använts eller definierats i förfrågningsunderlaget men begreppet normalbemanning har använts av kommunen i ett publikt svar. Kommunen har i sitt yttrande punkten 4.12 medgett att Attendo lämnat ett totalpris som omfattar en normalbemanning. Attendo har inte reserverat sig mot ökade kostnader utan tydligt angett att det lämnade anbudet medger en anpassning av personalbemanning utifrån behov utan påverkan på anbudspriset.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling återfinns i 1 kap. 9 § LOU och utgör principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling och närmare bestämma föremålet för den inom de ramar som ges av de grundläggande principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Vidare får en upphandlande myndighet enligt 15 kap. 12 § LOU begära att ett anbud förtydligas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Utredningen i målet

Det framgår av skall-kravsformuläret, punkten 10.1, att anbudsgivaren ska dela upp sitt anbudspris, så att ett eventuellt genomförande kan ske under avtalstiden och anvisar hur totalpriset ska räknas ut. Av upphandlingsformaliam, punkten 1.10, framgår bl.a. att anbudets form ska vara skriftligt och att möjligheten att komplettera eller förtydliga anbudet är ytterst begränsade samt att anbud som till form och/eller innehåll inte överensstämmer med kraven kan komma att förkastas.

Kommunen använde en utvärderingsmetod som bygger på monetär utvärdering med prissatt kvalitet, där den med lägst s.k. jämförelsetal är bäst. Prövningen av lämnade anbud skedde i tre steg där kvalificering av skall-krav på anbudsgivare och kvalificering av skall-krav på produkt/tjänst följts av en utvärdering där de två anbudsgivare som uppfyllt samtliga krav och med lägsta jämförelsetalen kallades till muntlig presentation.

Attendo hade det lägsta jämförelsetalet och fick efter den muntliga presentationen via e-post möjlighet att förtydliga sitt anbud. Meddelandet som kommunen skickade efter den muntliga presentationen löd: "Efter att vi träffats på morgonen idag har jag och [REDACTED] fortsatt arbetet med anbuds-

utvärdering, vi har då fastnat vid ytterligare en fundering som vi önskar att ni besvarar. Det gäller er ersättning som ni beskrev på ett bra sätt, men vi vill bara veta att vi uppfattat er rätt. Som ni säkert vet är detta ingen upphandling där det finns utrymme för förhandling, men på mötet uppgav ni att ni egentligen önskade en högre grundbemanning i form av löpare på avdelningarna och ni var öppna för förhandling, ni sa samtidigt att ni anpassar personalbemanningen efter behov. Om ni anpassar efter behov påverkar det då priset som ni angett i anbudet?”

Attendo svarade följande: ”Den bemanning vi uppgett är en grundbemanning utifrån det pris vi lämnat. När vi sa att vi anpassar personalbemanningen efter behov så menar vid de tillfällen då vi gjort en bedömning att en brukare behöver extra tillsyn t.ex. vid pallativ vård eller oro. För att kunna utöka grundbemanningen önskar vi omförhandla priset senare.”

Attendos anbud förkastades därefter vid anbudsutvärderingen eftersom kommunen tolkade Attendos meddelande som innehållande en otillåten reservation.

Frågan i målet är om Attendos anbud innehållit en otillåten reservation, ett s.k. orent anbud, som bör medföra att anbudet ska förkastas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten gör bedömningen att kommunen vid kallelse till den muntliga presentationen ansåg att Attendo uppfyllt alla skall-krav. Kommunen har i sin utvärderingsrapport angett att Attendo vill förhandla om priset vid ökad grundbemanning och att de därmed har villkorat sitt anbud och att kommunen därför förkastat anbudet.

Det är den upphandlande myndigheten som i första hand bär ansvaret för eventuella brister i sitt förfrågningsunderlag och att anbudsgivare bör bära ansvaret för eventuella brister eller otydligheter i sina anbud (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8626-15 av den 11 juli 2016).

Kommunen har möjlighet att begära att ett anbud förtydligas enligt 15 kap. 12 § LOU. Frågan som kommunen ställde handlade om hurivida anpassning av bemanningen påverkar priset som angetts i anbudet. Attendos svar rör tre delar. Den första delen berör vilken bemanning som utgör grundbemanning till offererat pris. Den andra delen berör vid vilka tillfällen Attendo bedömer att anpassad bemanning ska användas. Den tredje delen svarar på den ställda frågan om priset kan ändras till följd av förändrad bemanning, där Attendo anger att de vill omförhandla priset senare för att kunna utöka grundbemanningen.

Förvaltningsrätten anser att kommunen haft fog för sin tolkning att anbudet innehöll en reservation utifrån hur frågan och svaret formulerats. Detta oavsett att Attendo kan ha formulerat sitt e-post meddelande med utgångspunkt i ett hypotetiskt framtida scenario.

Vidare kan det uppställda skall-kravet att anbudet ska avse ett totalbelopp inte anses vara av oväsentlig betydelse och är proportionerligt. Att godta Attendos anbud trots den aktuella bristen skulle därför inte vara förenligt med likabehandlingsprincipen.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att Attendo inte visat att kommunen har agerat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. I målet har inte heller i övrigt framkommit skäl för ingripande mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Attendos ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Hedberg

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Elin Lilijenbladh har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.