



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-06-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9026-15

SÖKANDE

Attendo LSS AB, 556664-4257
Box 715
182 17 Danderyd

Ombud: Advokaterna Johan Carle och Ola Axelsson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Tyresö kommun
135 81 Tyresö

Ombud: Advokaterna Kristian Pedersen och Hanna Bogsjö
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-06-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Attendo LSS AB:s ansökan.

Dok.Id 612014

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

YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd ”Drift av Villa Linde, gruppbostad med särskild service LSS, dnr 2013-KS0179”. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kommunen har i tilldelningsbeslut utsänt den 17 april 2015 meddelat att kommunen beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Attendo LSS AB.

Attendo LSS AB (Attendo) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska rätta upphandlingen på så sätt att bolagets anbud kvalificeras och utvärderas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Attendo anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Kommunen har, i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed också med 1 kap. 9 § LOU, förkastat Attendos anbud p.g.a. felaktigt påstådd bristande uppfyllelse av ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Alternativt är det obligatoriska kravet, i strid med den EU-rättsliga principen om transparens och med 1 kap. 9 § LOU, så otydligt att Attendo berövats möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Om förvaltningsrätten, i strid med Attendos yrkande, skulle finna att det obligatoriska kravet är så klart och tydligt att det är tillåtet enligt LOU, och att Attendo dessutom brustit i uppfyllelse av det obligatoriska kravet, är den eventuella bristen så irrelevant och oväsentlig att det skulle strida mot principen om proportionalitet att förkasta anbudet på den grunden. Attendo har till följd av ovan angivna brister lidit eller riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU.

I förfrågningsunderlagets punkt 2.3.1. beskrivs hur urvalet av referenspersoner ska gå till samt hur referenspersonerna kommer att kontaktas av kommunen. I punkten anges bl.a. att anbudsgivaren ska ge in en referensförteckning innehållande tre likvärdiga uppdrag som påbörjats, pågår eller har avslutats under de två senare åren. Förteckningen ska innehålla en beskrivning av uppdraget inklusive bl.a. namn, telefonnummer och e-post till referenspersonerna. Referenspersonerna ska vara tjänstemän i kommunen, varav en ska vara handläggare och en chefstjänsteman per uppdrag (gruppboende, LSS). Carina Zettlin Lindholm är en av Attendos två angivna referenspersoner avseende ett pågående, motsvarande uppdrag i Gävle.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Attendo offererat lägst pris i upphandlingen men att Attendos anbud förkastats, och således inte utvärderats, med följande motivering.

”Attendo LSS AB, uppfyller inte kravet enligt punkt 2.3.1 ”Erfarenhet från tidigare uppdrag – referenstagning”. Referenspersonerna ska vara tjänstemän i kommunen, varav en ska vara handläggare och en chefstjänsteman per uppdrag (gruppboende LSS), sammanlagt 6 referenspersoner. Attendo har i ett av referensuppdragen angett en handläggare och en utredare. En chefstjänsteman är inte angiven för detta uppdrag.”

Attendos uppfattning är att Carina Zettlin Lindholm är en ”chefstjänsteman” i förfrågningsunderlagets mening, så som detta får förstås av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör i branschen. Hon är, som redovisades av Attendo i svaret på kommunens begäran om förtydligande, ansvarig för upphandlingarna inom omsorgen i Gävle kommun. Hon är dessutom kontaktperson för Attendos regionchef och har uppföljningsansvaret för den bedrivna verksamheten. Tjänsten är således en helt annan än en tjänst som handläggare. Carina Zettlin Lindholm är den högsta befattningshavare i Gävle kommun som har personlig insyn i hur referensuppdraget faktiskt bedrivs. Kommunen tycks ha förkastat Attendos anbud

på den grunden att Carina Zettlin Lindholms formella titel är "utredare". Kommunen har inte beaktat den aktuella tjänstens innehåll. I praktiken har Carina Zettlin Lindholm samma ansvar som biträdande enhetschefen Birgitta Eskils Pettersson som är en av de referenspersoner som angetts av Attendo avseende ett annat pågående referensuppdrag. Kommunen har ansett henne vara en "chefstjänsteman" i förfrågningsunderlagets mening. Det av kommunen angivna syftet med det aktuella kravet kan inte uppfyllas på ett bättre sätt av någon annan referensperson än av Carina Zettlin Lindholm. Mot denna bakgrund skulle det under alla förhållanden vara oproportionerligt att förkasta Attendos anbud.

Kommunen har vid kontakter upplyst om att kommunen anser att en "chefstjänsteman" är en person som är chef över en verksamhet. I förfrågningsunderlaget efterfrågas dock uttryckligen en "chefstjänsteman" och inte en verksamhetschef. Om kommunen önskade att en av referenspersonerna skulle vara verksamhetschef skulle kommunen ha efterfrågat detta. Anbudgivarna skulle då haft möjlighet att utforma sitt anbud i enlighet med kravet. En verksamhetschef är dock många gånger inte lämplig som referens, då denna inte har insyn i pågående referensuppdrag.

Attendo har aldrig tidigare stött på begreppet "chefstjänsteman". Först sedan tilldelningsbeslut meddelades har kommunen lämnat vägledning avseende vad kommunen anser är en "chefstjänsteman" i förfrågningsunderlagets mening. Begreppet "chefstjänsteman" har varit odefinierat och oklart. Det var inte förutsebart för Attendo att en referensperson med Carina Zettlin Lindholms ansvarsområden inte skulle anses vara en "chefstjänsteman" i förfrågningsunderlagets mening. Kommunen har inte redovisat någon erkänd eller allmänt vedertagen definition av begreppet "chefstjänsteman" och såvitt Attendo känner till finns inte heller någon sådan definition av begreppet. Otydligheten i begreppet styrks av att

Attendo lämnat två olika beskrivningar av vad kommunen för sin del anser vara en "chefstjänsteman".

Kommunen bestrider bifall till Attendos yrkanden och anför bl.a. följande.

Kommunen har genomfört upphandlingen helt i enlighet med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna som framgår av 1 kap. 9 § LOU. Det föreligger därför ingen överträdelse av bestämmelserna i LOU och Attendo kan följaktligen varken lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Attendos anbud uppfyller inte det uppställda skallkravet avseende anbudsgivares referensuppdrag, i punkten 2.3.1, då Attendo angett en handläggare och en utredare som referenspersoner, istället för en handläggare och en chefstjänsteman, vilket var det som krävdes i förfrågningsunderlaget. Det är tydligt i förfrågningsunderlaget att ett av skall-kraven på referenspersonerna är att det krävs en handläggare och en chefstjänsteman för respektive uppdrag. Det framgår tydligt av punkten 2.0 "Krav på företaget/utföraren" i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren måste uppfylla samtliga ställda krav för att kunna gå vidare i anbudsprövningen, och detsamma framgår också i svarsformuläret, punkten 2.1 "uteslutning". Attendo har inte i anbudet visat att Carina Zettlin Lindholm, som Attendo angett som referensperson, är en chefstjänsteman. I anbudet framgår ingen information om hennes befattning. Attendo har inte heller när bolaget fick möjlighet att förtydliga sitt anbud i detta avseende inkommit med uppgifter som visar att hon är en chefstjänsteman. Carina Zettlin Lindholms befattning är utredare. Baserat på den information kommunen haft att tillgå i upphandlingen, har kommunen inte kunnat komma till någon annan slutsats än att Attendos anbud inte uppfyller skall-kravet. Kommunens beslut att förkasta Attendos anbud var därför korrekt när det fattades. Attendo har inte heller efter att kommunen fattat tilldelningsbeslut visat att

Carina Zettlin Lindholm är en chefstjänsteman. Det bestrids dock att senare tillkommen information skulle kunna beaktas.

En handläggare är typiskt sett en tjänsteman som, utan personal-, budget- eller annat verksamhetsledande ansvar, vidtar handläggningsåtgärder i ett ärende. Med avseende på LSS-verksamhet kan konstateras att en handläggare normalt har den löpande, ofta dagliga, kontakten med berörda parter, dvs. brukare, anhöriga och utförare (leverantörer). En chefstjänsteman däremot är en tjänsteman i arbetsledande ställning, dvs. med chefsansvar för en enhet, verksamhet, verksamhetsgren eller liknande. I normalfallet ingriper en sådan chefstjänst personal- och budgetansvar samt övergripande verksamhetsansvar för den aktuella enheten, verksamheten eller verksamhetsgrenen. Med avseende på LSS-verksamheten kan konstateras att en chefstjänsteman normalt inte har den löpande kontakten med berörda parter, utan ansvarar för viktigare eller principiella beslut och kontakter för att överblicka och planera det samlade utförandet av LSS-tjänster samt är den befattningshavare till vilken ärenden som inte kan lösas på handläggarnivå eskaleras.

Attendos uppfattning att Carina Zettlin Lindholm skulle vara en "chefstjänsteman" i förfrågningsunderlagets mening strider mot normalt språkbruk. Carina Zettlin Lindholm har enligt egen uppgift inte något chefsansvar och definierar sig inte som chefstjänsteman eller motsvarande. Vad gäller Attendos jämförande argumentation angående biträdande avdelningschefen Birgitta Eskils Pettersson, är det enligt kommunen en avgörande skillnad mellan att vara biträdande avdelningschef, vilket normalt bl.a. innefattar ett ställföreträdaransvar i avdelningschefens frånvaro, och att vara utredare/handläggare som Carina Zettlin Lindholm.

Baserat på den åtskillnad som gjorts mellan handläggare och chefstjänsteman kan det inte anses ha varit oförutsebart att kommunens bedömning.

skulle vara att Carina Zettlin Lindholm inte är en chefstjänsteman. Attendo har dessutom, för anbudets resterande referensuppdrag, angett referenspersoner med befattningar som överensstämmer med det aktuella skalkravet, vilket talat emot att Attendo uppfattat begreppet som oklart. Om det kan konstateras att förfrågningsunderlaget är otydligt rör det sig i vart fall inte om någon otydlighet som går utöver vad som i rättspraxis ansetts godtagbart.

Kommunen bestrider Attendos påstående att, för det fall Attendo brustit i uppfyllelse av kravet, bristen i vart fall är irrelevant och oväsentlig. Det rör sig inte om någon obetydlig formaliabrist utan påverkan på utgången, utan om en brist i sakinnehållet i Attendos anbud. Det krävs att en av referenspersonerna är just chefstjänsteman för att kommunen ska få en allsidig och klagörande bild av anbudsgivarens tidigare prestationer i referensprojekten. Det har därför inte varit oproportionerligt att förkasta Attendos anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta

att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av förfrågningsunderlaget punkten 2.3.1 ”Erfarenhet från tidigare uppdrag – referenstagning” framgår bl.a. följande i fråga om kraven på anbudsgivarens referensuppdrag.

”Referenspersonerna ska vara tjänstemän i kommunen, varav en ska vara handläggare och en chefstjänsteman per uppdrag (gruppboende, LSS), sammanlagt 6 referenspersoner. Referenspersonerna kommer att kontaktas för att verifiera uppgifterna och för utvärdering av kvalitet på tjänsten, se pkt 4.2.2.”

Av utredningen framgår att kommunen, den 7 april 2015, begärde ett förtydligande från Attendo med anledning av att det i anbudet saknades uppgift om befattning för en av de referenspersoner som angetts i Attendos anbud, Carina Zettlin Lindholm. Attendo besvarade kommunens begäran med att hon är utredare med ansvar för upphandlingsfrågor inom omsorgen i Gävle kommun. Av utredningen framgår vidare att Carina Zettlin Lindholm enligt egen uppgift inte har något chefsansvar och inte definierar sig som chefstjänsteman eller motsvarande.

Förvaltningsrätten börjar med att konstatera att det av förfrågningsunderlaget uttryckligen framgår att en av referenspersonerna ska vara chefstjänsteman. Av vad som framkommit i målet om Carina Zettlin Lindholms befattning är hon utredare utan chefsansvar. Attendo har anfört att hon är en chefstjänsteman i förfrågningsunderlagets mening sett till innehållet i hennes tjänst. Förvaltningsrätten finner dock inte att begreppet ”chefstjänsteman” ger utrymme för den tolkning som Attendo gör gällande. Det som Attendo har anfört i denna del medför alltså inte att bolaget har visat att skall-kravet i 2.3.1 är uppfyllt. Förvaltningsrättens bedömning är vidare att kravet avseende referenserna är tillräckligt klart och tydligt formulerat. Kravet kan heller inte anses som oförutsebart eller oproportionerligt.

Sammanfattningsvis har Attendo inte visat att kommunen handlat i strid med LOU och det saknas därmed skäl för ingripande. Attendos ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson
Rådman

Frida Hellström har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.
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 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.