



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-09-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
15957-13

SÖKANDE

Frösunda Omsorg AB, 556509-2482
Box 708
169 27 Solna

MOTPART

Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Frösunda Omsorg AB:s ansökan.

Dok.Id 390930

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Serviceförvaltningen vid Stockholms stad (Staden) genomför en upphandling avseende vård- och omsorgsboenden, dnr 125-1595/2012. Uppdraget avser verksamhetsdriften vid tre stycken vård- och omsorgsboenden; Kattrumpstullen, Linnégården och S:t Erik. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Sista dagen för inlämnande av anbud var den 23 maj 2013. Anbud kunde lämnas på ett eller flera boenden.

I tilldelningsbeslut den 25 juni 2013 anges att Frösunda Omsorg AB (Bolaget) inte godkändes vid kvalificeringen på grund av att anbudet innehöll ”inte oväsentliga förändringar i bemanningen som inte har kunnat godkännas”, samt att anbudsgivaren ”inte i sitt anbud redovisat lösningar som visar att kraven på tjänsten uppfylls med den förändrade bemanningen”.

Ansökan om överprövning

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende Kattrumpstullen och Linnégården ska rättas på så sätt att Bolagets anbud kvalificerar sig för utvärdering. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Bolaget bl.a. följande. På grund av missförstånd har Staden diskvalificerat Bolagets anbud från deltagande i utvärderingen för Kattrumpstullen och Linnégården. Stadens agerande är inte förenligt med förfrågningsunderlaget. Bolaget har ingivit täthetsschema för båda boendena som motsvarar det som finns i bilagorna till förfrågningsunderlaget.

Staden har i förfrågningsunderlaget hänvisat till uppgifter från nuvarande entreprenör för Kattrumpstullen, Stiftelsen Rödakorshemmet, i två separata bilagor; boendebilagan samt täthetsschema. I bilagorna har Staden lämnat skilda uppgifter gällande antalet årsarbetande omvårdnadspersonal på Kattrumpstullen (73,26 respektive 69,61 årsarbetare). Därutöver finns i svaret till den publika frågan nr 27 även ett förtydligande avseende Kattrumpstullens boendebilaga i vilket det bl.a. anges att antalet årsarbetare i kategorin omvårdnadspersonal är 75. Täthetsschemat återger faktiskt antal arbetade timmar på Kattrumpstullen och Bolaget har vid utarbetandet av anbudet inte haft anledning att utgå ifrån andra siffror än de som anges i täthetsschemat. Någon minskning av bemanningen totalt sett över dygnets 24 timmar har inte skett på Kattrumpstullen utan Bolaget har tvärtom ökat bemanningen med 1,43 årsarbetare (från 69,61 till 71,04). Bemanningen är i jämförelse med hur den ser ut idag högre och mer jämnt fördelad över dygnet. Fördelningen är dock ej oföränderlig utan måste anpassas med utgångspunkt från de kunder som bor på Kattrumpstullen från tid till annan.

Staden har även i förfrågningsunderlaget hänvisat till uppgifter från nuvarande entreprenör på Linnégården, Carema Äldreomsorg AB, i två separata bilagor; boendebilagan samt täthetsschema. Anbudet innehåller en minskning av bemanningen totalt sett över dygnets 24 timmar med 1,52 årsarbetare på Linnégården vilket motsvarar 2,2 % minskning av det totala antalet årsarbetare för kategorin omvårdnadspersonal. Bemanningen är i jämförelse med hur det ser ut i dag dock mer jämnt fördelad över dygnet. Bolaget har svårt att se att en avvikelse om 2,2 % skulle vara att anse som en "inte oväsentlig förändring" (se tilldelningsbeslutet). Fördelningen över bemanningen över dygnet är inte heller något som är oföränderligt utan måste anpassas med utgångspunkt från de kunder som bor på Linnégården från tid till annan.

Det är riktigt att Bolaget har omfördelat bemanningen över dygnet. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid inte att en omfördelning av bemanningen är en avvikelse som får till följd att anbudsgivaren måste redovisa lösningar för hur kraven på tjänsten ska uppfyllas. Skrivningen ”mindre personal” kan inte tolkas på annat sätt än att den avser den totala bemanningen uttryckt i antal årsarbetare. En tolkning som innebär att varje ändring i förhållande till befintligt schema måste motiveras vore orimligt.

Förfrågningsunderlaget är inte förenligt med den grundläggande principen om öppenhet och transparens. Staden har inte beskrivit på ett för anbudsgivarna klart och tydligt sätt vilka uppgifter i förfrågningsunderlaget som ska ligga till grund för bedömningen av antalet årsarbetande omvårdnadspersonal. Staden har inte heller utvecklat vad man anser som ”avvikelser innebärande mindre personal”.

Stadens inställning

Staden bestrider bifall till Bolagets ansökan och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Staden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Någon omständighet som visar att upphandlingen genomförts i strid med LOU har inte framkommit i målet. Anbudsgivarna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, anbudet har prövats i enlighet med förfrågningsunderlaget och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Förfrågningsunderlagets krav avseende bemanning är tydligt och transparent angivet.

Anbudsgivaren ska i sitt anbud, utifrån den i förfrågningsunderlaget bifogade mallen, redogöra för sin planerade bemanning. Denna ska överensstämma med den bemanning som utarbetats av berörd stadsdelsnämnd och vilken redovisas i mallen. En planerad lägre

bemanning kan endast godkännas om anbudsgivaren redovisar lösningar som visar att kraven kan uppfyllas trots den minskade bemanningen.

Uppgifterna om årsarbetare m.m. i boendebilagorna (2B och 3B) lämnas i första hand som information till anbudsgivarna, särskilt i förhållande till krav om verksamhetsövergång. Antal årsarbetare utgör dock inte det efterfrågade måttet på bemanning eller personaltäthet. Det är den angivna bemanningen i täthetsschemana (bilagorna 2C, 2D, 3C och 3D) som ska ligga till grund för anbudsgivarnas planerade bemanning.

I fråga om Kattrumpstullen och Linnégården framgår det av anbudsbilagor 2C respektive 3C, täthetsschema omvårdnadspersonal, att Bolaget i sin planerade bemanning konsekvent och på varje enhet har minskat bemanningen under dagtid. Bolagets anbud innehåller därför sådana inte oväsentliga förändringar av bemanningen som inte har kunnat godkännas. Eftersom Bolaget i sitt anbud inte har redovisat lösningar som visar att kraven på tjänsten uppfylls med den förändrade bemanningen har anbudet inte kvalificerats för utvärdering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I förfrågningsunderlaget punkten 1.10.4.3 anges bl.a. följande i fråga om bl.a. personal.

”För att godkännas beträffande detta krav ska entreprenören redovisa bemanning (täthetsschema), som motsvarar det som redovisas i bilagorna för respektive boende. Entreprenörens anbud beträffande detta krav kan även godtas om det finns avvikelser, innebärande mindre personal, om det redovisas lösningar som innebär att de krav som ställs på tjänsten i detta underlag uppfylls med hänsyn taget till de boendes behov”.

I förfrågningsunderlagets bilagor 2B (Kattrumpstullens boendebilaga) och 3B (Linnégårdens boendebilaga) anges bl.a. följande.

”Uppgifter om personal (antal årsarbetare, antal anställda, timvikarier, utbildningsnivå, medellöner etc.), omvårdnadsbehov, beläggningsgrad och vissa kostnader (el, tekniska hjälpmedel, sopor m.m.) ska betraktas som ungefärliga och lämnas för att ge anbudsgivare viss vägledning inför anbudsgivande. (...) Det bör också observeras att uppgifterna om personaltäthet för omsorgspersonal och legitimerad personal (antal personer i tjänst och antal personaltimmar under vissa tider), som lämnas i separata bilagor, i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget punkt 1.10.4.3 ska vara normerande för anbudsgivarens bemanning.”

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska principerna om icke-diskriminering, lika-behandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande följas vid all offentlig upphandling. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad Bolaget har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Frågorna i målet är dels om förfrågningsunderlaget är tillräckligt transparent när det gäller utformningen av kraven på bemanning, dels om Staden har haft fog för sitt beslut att förkasta Bolagets anbud.

Är förfrågningsunderlaget tillräckligt transparent i fråga om kravet på bemanning?

Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132). Detta innebär att ett förfrågnings-

underlag ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således tolka dem på samma sätt (C-368/10 Max Haveaar). De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Enligt Bolaget är det oklart i upphandlingen dels vilka uppgifter i förfrågningsunderlaget som ska vara normerande för anbudsgivarna vid utformandet av anbudet, dels vad som avses med "avvikelse innebärande mindre personal" (se punkten 1.10.4.3 i förfrågningsunderlaget). Staden anser att förfrågningsunderlagets krav avseende bemanning är angivet på ett tydligt och transparent sätt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I förfrågningsunderlaget har Staden angett att entreprenören ska redovisa bemanning (täthetsschema) som motsvarar det som redovisas i bilagorna 2C och 3C (punkten 1.10.4.3). I bilagorna 2B och 3B (boendebilagorna för Kattrumpstullen respektive Linnégården) anges också att uppgifterna om personaltäthet och legitimerad personal i bilagorna 2C och 3C ska vara normerande för anbudsgivarens bemanning samt att uppgifterna om bl.a. personal i boendebilagorna ska betraktas som ungefärliga. Även om det i boendebilagorna och i svaret till den publika frågan nr 27 talas om årsarbetare framgår det tydligt av såväl punkten 1.10.4.3 som boendebilagorna att en viss personaltäthet vid olika tidpunkter på dygnet i sig är ett krav i upphandlingen samt att det är bemanningen i täthetsschemana som ska vara normerande för anbudet i denna del. Något skäl att anta att förfrågningsunderlaget skulle kunna misstolkas på sådant sätt att det efter-

frågade måttet på bemanning eller personaltäthet endast ska redovisas i antalet årsarbetare finns inte. Det har således inte framkommit att kravet på bemanning brister i transparens.

Vidare anges i både förfrågningsunderlaget (punkten 1.10.4.3) och i bilagorna 2C och 3C (täthetsschema för Kattrumpstullen respektive Linnégården) att även anbud som innehåller avvikelser, innebärande mindre personal, kan godtas om det i anbudet redovisas lösningar som innebär att de krav som ställts på tjänsten i detta underlag uppfylls med hänsyn taget till de boendes behov. Förvaltningsrätten anser att kravet i fråga om avvikande bemanning är klart och tydligt formulerat. Någon tvekan om att uttrycket ”avvikande bemanning” avser avvikelser från nämnda täthetsscheman finns inte. Inte heller finns det ett befogat utrymme för missförstånd ifråga om innebörden av ”mindre personal”. Det har därmed inte heller i denna del framkommit att förfrågningsunderlaget brister i transparens.

Uppfyller Bolagets anbud kravet på bemanning?

Av förfrågningsunderlaget framgår (se ovan) att en planerad bemanning, som innebär mindre personal i förhållande till täthetsschemat, endast kan godkännas om anbudsgivaren redovisar lösningar som visar att kraven som ställs på tjänsten i förfrågningsunderlaget kan uppfyllas trots den minskade bemanningen.

Bolaget anser att de täthetsscheman för boendena Kattrumpstullen och Linnégården som getts in med anbudet motsvarar det som finns i bilagorna till förfrågningsunderlaget och att Bolagets anbud därför kvalificerat sig för utvärdering. Staden anser att Bolagets anbud innehåller ”inte oväsentliga förändringar” av bemanningen som inte har kunnat godkännas

samt att Bolaget i sitt anbud inte har redovisat lösningar som visar att kraven på tjänsten uppfylls med den förändrade bemanningen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Vad först gäller boendet Katrumpstullen så kan förvaltningsrätten konstatera att Bolagets bemanning avviker från den bemanning som utarbetats av berörd stadsdelsnämnd. Bolaget har i sitt anbud konsekvent på varje våningsplan under dagtid mellan kl. 07.00 och 16.00 minskat bemanningen. De lösningar som Bolaget har redovisat i sitt anbud är effektiv överlämning från natt till dag, jämnare omfördelning av tid under dagen och utökning av nattpersonal på andra våningsplan. I likhet med Staden anser förvaltningsrätten att dessa lösningar inte innebär att de krav som ställs på tjänsten uppfylls med hänsyn taget till de boendes behov av en viss personaltäthet. Bolaget har därmed inte visat att verksamhetens kvalitet inte påverkas negativt av den minskade bemanningen. Eftersom Bolagets anbud inte uppfyller det aktuella ska-kravet på bemanning har Staden haft fog för sitt beslut att utesluta anbudet från utvärdering i denna del.

Vad sedan gäller boendet Linnégården konstaterar förvaltningsrätten att Bolagets bemanning avviker från den bemanning som utarbetats av berörd stadsdelsnämnd. Bolaget har i sitt anbud konsekvent på varje våningsplan minskat bemanningen under eftermiddagstid. Av bolagets anbud går det även att utläsa att de på plan 6 även har minskat nattbemanningen från 8 timmar till 0. Oavsett hur de redovisade timmarna fördelar sig över dygnet så har det skett minskningar på våningsplanen under flertalet av dygnets tidsperioder. De lösningar som Bolaget har redovisat i sitt anbud är bl.a. jämnare omfördelning av tid under dagen, en utökning av nattpersonal, rehab-personal kommer att utgå från plan 3, en effektiv överlämning från natt till dag, omfördelning av tid till kvällar och nätter på andra vånings-

plan. Vad gäller våningsplan 6 så har Bolagets anfört att sjuksköterska natt kommer att utgå från plan 6. I likhet med Staden anser förvaltningsrätten att dessa lösningar inte innebär att de krav som ställs på tjänsten uppfylls med hänsyn taget till de boendes behov av en viss personaltäthet. Bolaget har därmed inte visat att verksamhetens kvalitet inte påverkas negativt av den minskade bemanningen. Eftersom Bolagets anbud inte uppfyller det aktuella ska-kravet på bemanning har Staden haft fog för sitt beslut att utesluta anbudet från utvärdering i denna del.

Sammanfattning

Det Bolaget har anfört utgör inte omständigheter som visar att Staden har utfört upphandlingen i strid med LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Frida Niklasson
Förvaltningsrättsfiskal

Sofie Larson 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 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.