



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-04-22
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1502-15

KONKURRENSVERKET	
2015-04-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Omsorgsgruppen IN AB, 556525-2409
Urbergsgatan 90
603 56 Norrköping

MOTPART

Vård- och omsorgsnämnden i Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 202572

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Vård- och omsorgsnämnden i Norrköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Drift av bostäder med särskild service enligt LSS – gruppbostad och servicebostad, UH-2014-487. Upphandlingen, som omfattar två separata anbudspaket, genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och som tilldelningsgrund tillämpas lägst pris. Av tilldelningsbeslut den 25 februari 2015 framgår att kommunen har beslutat att anta ett anbud lämnat av Omsorgsgruppen IN AB (bolaget) avseende anbudspaket nummer ett och ett anbud lämnat av iDoc AB (iDoc) avseende anbudspaket nummer två.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen, i den del som avser anbudspaket nummer två, ska rättas på så sätt att iDoc diskvalificeras.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot den EU-rättsliga principen om likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Detta genom att kvalificera det anbud som iDoc har lämnat trots att det inte uppfyller skall-kravet gällande teknisk och yrkesmässig kapacitet.

iDoc har som referensuppdrag angett Leonardsbergs LSS-boende och leg. sjuksköterskan Jenny Lindman samt angett att hon under perioden den 1 mars 2012–2 april 2013 har tjänstgjort som omvårdnadsansvarig sjuksköterska med ansvar för daglig drift och omvårdnad. Dessa uppgifter stämmer dock inte. Horisont Omsorg AB, som är utförare av bostad med sär-

skild service på Leonardsbergs LSS-boende, har samma VD som bolaget. Jenny Lindman har inom Horisont Omsorg AB haft allmän visstidsanställning vid behov under perioden den 16 augusti 2012–30 april 2013 och allmän visstidsanställning motsvarande 20 procent under perioden den 1 mars–31 december 2012. Hennes arbetade tid motsvarar cirka 11,5 procent av heltid. Hon har varit ansvarig sjuksköterska behjälplig i HSL-frågor, men har inte haft ansvar för den dagliga driften av verksamheten. iDoc uppfyller därmed inte kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet, eftersom Jenny Lindmans erfarenhet inte motsvarar ett uppdrag inom grupp- eller servicebostad som har pågått ett år de senaste tre åren. Hon har dessutom inte haft en arbetsledande ställning eller ansvarat för den dagliga driften på Leonardsbergs LSS-boende. Att arbeta som sjuksköterska kan inte likställas med att ha ett verksamhetsansvar.

Om iDoc:s anbud inte hade kvalificerat sig skulle bolaget ha vunnit upphandlingen. I och med det lider eller riskerar bolaget att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. – Bolaget åberopar tidrapporter och lönespecifikationer för Jenny Lindman från Horisont Omsorg AB under perioden den 31 mars 2012–30 april 2013.

Kommunen

iDoc har i sitt anbud angett ett referensuppdrag, Leonardsbergs LSS-boende, genom Jenny Lindman som tidigare har varit anställd inom bolaget men nu har knutits till iDoc och förutsätts gå in som tilltänkt verksamhetschef. iDoc har vidare uppgett att Jenny Lindman tidigare har haft en roll som omvårdnadsansvarig sjuksköterska med ansvar för den dagliga driften. Det har inte funnits anledning att ifrågasätta att det aktuella kravet var uppfyllt. Inte heller har den kontrollskyldighet som åvilar en upphandlande myndighet krävt någon närmare undersökning av uppgifterna i iDoc:s anbud. Tidigare verksamhetschef vid Leonardsbergs LSS-boende

har varit referensgivare och resultatet har styrkt uppfattningen att Jenny Lindmans meriter är tillfyllest. Med anledning av uppgifterna i bolagets ansökan om överprövning har kommunen ställt kompletterande frågor till iDoc. Av svaren på dessa frågor framgår att Jenny Lindman har tjänstgjort som omvårdnadsansvarig sjuksköterska med ansvar för den dagliga driften, att hennes tjänstgöringsgrad har överstigit 11,5 procent av heltid och att tjänsten i omfattning har motsvarat de krav som kommunen har ställt. De kompletterande uppgifterna har inte förändrat bedömningen beträffande tilldelning i upphandlingen. Kommunen har således gjort vad som kan anses åvila en upphandlande myndighet när det gäller att kontrollera uppgifter som har lämnats av en anbudsgivare.

Av kvalificeringskravet i fråga framgår vidare inte något krav på viss anställning. De av bolaget åberopade omständigheterna gällande Jenny Lindmans anställning är därför irrelevanta för frågan om kravet är uppfyllt. Det är inte heller relevant under hur många timmar hon har arbetat eller om hon haft operativt ansvar för verksamheten. Kravet i upphandlingen har endast varit att kunna styrka en utförd eller pågående driftentreprenad gällande grupp- och servicebostad med särskild service enligt LSS. Eftersom varken anställningsformen eller omfattningen av deltagandet vid utförandet av driftentreprenaden har varit ett krav i upphandlingen, måste kravet uppfattas som att deltagande vid utförandet av en driftentreprenad är tillräckligt. Mot bakgrund av hur kravet är formulerat saknas stöd för någon annan tolkning.

Eftersom upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna, har bolaget inte lidit eller kunnat lida skada till följd av kommunens handlande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Utredning

I upphandlingens skall-kravsformulär anges bl.a. följande.

5.0 Kvalificeringskrav - Teknisk och yrkesmässig kapacitet

En kontroll kommer göras av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att fullgöra aktuellt upphandlingsföremål - driftentreprenad av bostäder med särskild service enligt LSS.

För anbudspaket nummer 1 respektive 2 gäller följande kvalificeringskrav:

Anbudsgivaren ska kunna styrka att denne under de tre (3) senaste åren minst har utfört en (1) driftentreprenad gällande grupp- eller servicebostad med särskild service enligt LSS eller har en (1) sådan pågående driftentreprenad sedan minst ett (1) år räknat från sista anbudsdag - 2015-01-29.

För anbudsgivare som har ett nyetablerat företag för utförande av uppdraget gäller samma

krav som enligt ovan, men referenserna och erfarenheterna ska vara hänförliga till en eller flera personer i företaget som kommer att etableras.

Krav 5.1

Anbudsgivaren ska efter Upphandlingscenters anmodan inom ovan angiven tidsfrist inkomma med bilaga "Förteckning över referensuppdrag" för att styrka uppställt kvalificeringskrav enligt 5.0 ovan. Referenten ska vara vidtalad och väl insatt i referensuppdraget som åberopas av anbudsgivaren.

Observera att anbudsgivarens referent bör vara tillgängliga för eventuell referenskontroll inom tre (3) veckor efter sista anbudsdag, det vill säga inom tidsperioden 2015-01-30 – 02-26.

Genom att kryssa i ja-rutan accepterar anbudsgivaren krav enligt 5.0 och 5.1.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har gjort gällande att iDoc inte uppfyller det obligatoriska kravet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet, eftersom den tilltänkta verksamhetschefen inte har arbetat mer än cirka 11,5 procent av en heltidstjänst på det boende som har angetts som referensuppdrag och inte heller haft en arbetsledande ställning eller ansvarat för den dagliga driften.

iDoc har i sitt anbud angett att företaget uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet samt hänvisat till Leonardsbergs LSS-boende och angett dess tidigare verksamhetschef som referens. Kommunen har efter referenstagning godtagit de uppgifter som iDoc har lämnat.

Av kammarrättspraxis framgår att en upphandlande myndighets utredningsskyldighet normalt sett inte kan anses sträcka sig längre än att en jäm-

förelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som har angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Om uppgifter blir kända först i samband med en överprövningsprocess måste dessa uppgifter däremot beaktas vid bedömningen av om en leverantör uppfyller ställda skall-krav (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Med anledning av de uppgifter som har blivit kända i samband med bolagets ansökan om överprövning har kommunen ställt kompletterande frågor till iDoc. De svar som har kommit in har inte förändrat kommunens bedömning att iDoc uppfyller det aktuella kravet. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att kravet i fråga – sett mot bakgrund av dess utformning – inte innefattar krav på viss anställningsform eller viss omfattning av tidigare utfört arbete. Förvaltningsrätten kan därför inte finna annat än att iDoc i sitt anbud har lämnat ett referensuppdrag som överensstämmer med det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet. Vad bolaget har anfört och åberopat kan således inte anses visa att kommunen, genom att godta det referensuppdrag som iDoc har lämnat och därefter utvärdera dess anbud, har agerat på ett sätt som strider mot principen om likabehandling eller någon av de andra principerna som ligger till grund för LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109 1D/LOU)

Miriam Gewarges

Föredragande har varit Lovisa Forsblad.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.