



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**

2018-04-03

Meddelad i Stockholm

Mål nr

29606-17

**SÖKANDE**

A&O Ansvar och Omsorg, 556445-7207

Ombud: Daniel Lidman

Nygatan 34

582 19 Linköping

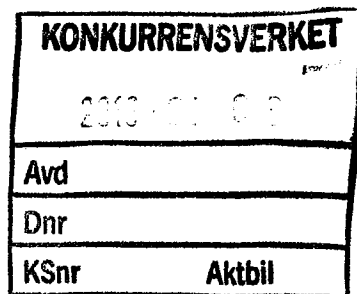
**MOTPART**

Järfälla kommun

177 80 Järfälla

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 953445

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**Telefax**

08-561 680 01

**E-post:** [forvaltningsrattenistockholm@dom.se](mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se)

[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Expeditionstid**

måndag–fredag

08:00–16:30

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

**Järfälla kommun** (kommunen) genomför en upphandling avseende drift av Flottiljens äldreboende. Upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 16 november 2017 antogs A&O Ansvar och Omsorg (A&O) som leverantör och utförare av drift av Flottiljens äldreboende. Kommunen beslutade därefter den 27 november 2017 att ta tillbaka tidigare utskickat tilldelningsbeslut med motiveringen att det vid granskning konstaterats felaktighet i utvärderingen. I nytt tilldelningsbeslut den 14 december 2017 beslutade kommunen att anta Attendo Sverige AB (Attendo) som leverantör.

**A&O Ansvar och Omsorg (A&O)** yrkar i första hand att förvaltningsrätten ålägger kommunen att vidta rättelse avseende upphandlingen innebärande att A&O:s anbud kvalificeras och att A&O tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar A&O att förvaltningsrätten ålägger kommunen att göra om upphandlingen. Till stöd för talan anför A&O bl.a. följande. Anbudsgivare hade att bifoga en matsedel till anbudet. I punkt 5.2 i upphandlingsdokumentet anges att matsedeln "ska innehålla minst två rätter till lunch och middag". Vidare anges att "Anbudsgivaren ska i anbudet bifoga en energi- och näringsberäknad fyra veckors matsedel. Matsedeln ska följa A-kostrekommendationen med en energinivå på 9 MJ där dagens alla måltider beskrivs (frukost, lunch, mellanmål, middag och kvällsmål). Energi-och näringsinnehållet ska redovisas veckovis med veckans medelvärde. Maten ska vara anpassad för äldre och ska innehålla variation över dygnet och över veckan". Av instruktionen för den bilaga som ska bifogas framgår inte någon hänvisning till att matsedeln ska innehålla några alternativ på luncher eller middagar. A&O har till sitt anbud bifogat en fyra veckors matsedel där man beskriver dagens alla måltider. Redan på denna grund kan konstateras att A&O uppfyller det obligatoriska kravet i punkt 5.2.

Av ordalydelsen i punkt 5.2 framgår inte heller att kravet är att den bifogade matsedeln ska innehålla två lunchalternativ samt två middagsalternativ. Det är först i det första tilldelningsbeslutet, i samband med att kommunen motiverar förkastandet av Aleris Omsorg AB:s anbud, som kommunen anger att "de boende ska erbjudas två rätter till lunch och två rätter till middag". Detta har inte på något vis varit tydligt för anbudsgivarna i upphandlingsdokumentet och i samband med anbuds-lämnandet. Härvid vill A&O framhålla att kravet varit tydligt för A&O på så sätt att matsedeln ska innehålla två rätter till lunch och en rätt till middag. För det fall kommunens avsikt varit att kravet ska tolkas på annat sätt har detta inte framgått med all önskvärd tydlighet. Det är inte tillåtet att på detta sätt i efterhand lägga till obligatoriska krav, eftersom detta strider mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen. För det fall förvaltningsrätten finner att utformningen av punkt 5.2 innebär att kravet är matsedeln ska innehålla två lunchalternativ samt två middagsalternativ vill A&O framhålla att av den bifogade matsedeln framgår att A&O erbjuder totalt tre stycken måltidsalternativ per dag. Matsedeln är visserligen uppställd så att det anges två alternativ till lunch och endast ett alternativ till middag men ett av lunchalternativen kan givetvis användas som middagsalternativ. Om förvaltningsrätten finner att grund för rättelse saknas föreligger i vart fall grund för att upphandlingen ska göras om. Detta eftersom utformningen av kravet i punkt 5.2 uppenbarligen har inneburit att anbudsgivare tolkat kravet på olika sätt och därmed haft olika förutsättningar vid utformandet av sina respektive anbud. A&O vill även påpeka att Attendos anbud innehåller brister som ska medföra att anbudet förkastas. Av punkt 4.10 i upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivaren ska bifoga ett exempel på två veckors aktiviteter på all-respektive grupp-nivå. Av Attendos bifogade aktivitetsschema finns inte någon planering för grupp-nivå. Vidare har inte Attendo uppfyllt det obligatoriska kravet på daglig utevistelse i punkt 4.10. På grund av de anförda bristerna har Attendo inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i

upphandlingen varför Attendos anbud rätteligen skulle ha förkastats. Vad gäller kravet avseende daglig utevistelse som kommunen nu presenterar som ytterligare en brist i A&O:s anbud vill A&O framföra att det inte är ett krav, vilket kommunen försöker göra gällande, att daglig utevistelse på individnivå ska uppges i aktivitetsstatistiken. A&O:s anbud uppfyller således de krav som har uppställts i upphandlingen och det saknas därför skäl att förkasta anbudet.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Kommunen har i upphandlingsdokumentet punkt 5.2 andra stycket ställt kravet att "Maten ska vara anpassad för äldre personer och ska innehålla minst två rätter till lunch och middag". Kravet är därmed ett obligatoriskt ska-krav som ska uppfyllas och kravet är mycket tydligt att det avser minst två rätter till både lunch och middag. Utifrån den matsedel som bifogats anbud har kommunen gjort bedömningen att anbudet inte uppfyller ställda krav på två rätter till lunch och middag. A&O vill genom överprövningen göra gällande att de uppfyller ska-kravet genom att en av lunchrätterna också ska kunna anses som en middagsrätt. Att en av lunchrätterna även skulle vara en middagsrätt är inget som framgår i bolagets anbud utan är något som A&O framför först i överprövningen. I det fallet att Kommunen skulle utvärdera A&O:s anbud på det sätt som de framför i överprövningen, men inte framgår i A&O:s anbud, skulle det innebära att A&O:s anbud särbehandlas. Det skulle därmed innebära att kommunen skulle bryta mot de grundläggande principerna för upphandling. A&O skriver i sin överprövning att kravet på matsedelns utformning inte var tydlig för anbudsgivarna. Kommunen bestrider påståendet eftersom fem av sju anbudsgivare har uppfyllt samtliga ställda ska-krav i upphandlingen. Om Bolaget hade ansett under anbudstiden att kravet hade varit otydligt hade A&O haft möjlighet att ställa en fråga på kravet. A&O påstår dessutom att vinnande anbud inte skulle uppfylla kravet avseende punkten 4.10 vad det gäller grupp och individuella aktiviteter samt utevistelse. Kommunen bestrider detta

påstående. Kommunen har dock i samband med denna överprövning kunnat konstatera att A&O inte har uppfyllt kravet, även om det inte framgår av utvärderingsrapporten, avseende daglig utevistelse. A&O:s anbud uppfyller därför inte punkt 5.2 avseende två rätter till lunch och middag samt punkt 4.10 avseende daglig utevistelse.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Utgångspunkter för rättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter den grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref.69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad A&O har anfört är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU, eller mot någon annan bestämmelse i lagen, och att detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera ska-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr Högsta förvaltnings-

domstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens avgörande i mål C-19/00, SIAC Construction, framgår att kriterierna i ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt utformade att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

I punkt 5.2 i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande.

Maten ska vara god, vällagad och näringsriktig. Maten ska i möjligaste mån lagas från grunden och användningen av hel och halvfabrikat ska vara begränsat. Maten ska vara anpassad för äldre personer och ska innehålla minst två rätter till lunch och middag.

[...]

Anbudsgivaren ska i anbudet bifoga en energi- och näringsberäknad fyra veckors matsedel. Matsedeln ska följa A-kost rekommendationen med en energinivå på 9 MJ där dagens alla måltider beskrivs (frukost, lunch, mellanmål, middag och kvällsmål). Energi- och näringsinnehållet ska redovisas veckovis med veckans medelvärde.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumenten innehåller ett ska-krav i fråga om att den bifogade matsedeln ska innehålla ”minst två rätter till lunch och middag”. Frågan är emellertid hur denna formulering ska tolkas.

Kommunen har i upphandlingen förkastat A&O:s anbud därför att bolaget inte uppfyller, som kommunen anser, det ställda ska-kravet på att matsedeln ska innehålla två rätter till lunch och två rätter till middag. A&O anför å sin sida att anbudet uppfyller ställda ska-krav genom att de har presenterat två rätter till lunch och en rätt till middag samt att upphandlingsdokumentet är otydligt på denna punkt.

Mot bakgrund av upphandlingsdokumentets ordalydelse anser förvaltningsrätten att det rimligen inte går att göra någon annan tolkning än att det efterfrågas två rätter till lunch och två rätter till middag och att den bifogade

matsedel ska omfatta detta. Denna tolkning vinner enligt förvaltningsrätten stöd i att formuleringen tolkats på detta sätt av fem av sju anbudsgivare. Det kan också konstateras att ingen anbudsgivare har ställt några frågor kring formuleringen till kommunen. Enligt förvaltningsrätten är det aktuella kravet utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. A&O har därmed inte förmått visa att förfrågningsunderlaget skulle vara så otydligt att det kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller någon upphandlingsrättslig princip. Det finns därför inte skäl för ingripande på denna grund.

A&O har anfört att om förvaltningsrätten finner att kravet innebär att matsedeln ska innehålla två lunchalternativ samt två middagsalternativ kan ett av lunchalternativen användas som middagsalternativ. Förvaltningsrätten konstaterar dock att vid en upphandling ska samtliga leverantörer behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn (likabehandlingsprincipen). Av den matsedel som A&O lämnat in med sitt anbud framgår inte att ett av lunchalternativen också kan användas som ett middagsalternativ. Att tillåta bolaget att göra en sådan förändring efter anbudstidens utgång skulle enligt förvaltningsrätten medföra en konkurrensfördel för bolaget och därmed strida mot likabehandlingsprincipen. Det har således varit korrekt av kommunen att förkasta A&O:s anbud eftersom det inte uppfyller ställda ska-krav.

A&O har slutligen anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav och därför borde förkastas.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Det finns dock situationer där en diskvalificerad anbudsgivare kan göra gällande att en brist i ett upphandlingsförfarande medför att anbudsgivaren i fråga lidit eller i vart fall

riskerar att lida skada, t.ex. i de fall då den upphandlande enheten borde ha förkastat det enda kvarvarande anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar i förevarande mål att det, förutom Attendo Sverige AB, finns ytterligare fyra anbudsgivare vars anbud uppfyller samtliga kvalificeringskrav. Mot denna bakgrund kan A&O inte anses lidit skada eller komma att lida skada av de brister som bolaget har påtalat såvitt avser Attendos anbud. Vid dessa förhållanden saknar förvaltningsrätten skäl att närmare pröva A&O:s invändningar att Attendo inte uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner inte heller skäl att pröva kommunens i förvaltningsrätten framställda invändning att A&O inte uppfyller det obligatoriska kravet avseende daglig utevistelse.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad som har åberopats i målet inte innebär att kommunen har överträtt de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. A&O:s 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).

Marcus Agnvall

Rådman

Kajsa Holm Asplund har föredragit målet.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

*Forts. nästa sida*

## **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.