



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2015-04-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2615-15

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Hagastiftelsen, 815600-5863

Ombud: Ola Silberman
Silberman Management AB
Martinvägen 26
168 51 Bromma

MOTPART

Södertälje kommun

Ombud: Telge inköp AB
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-04-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Hagastiftelsens yrkande om att verksamheten Framnäs ska antas som gruppbostad och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett i denna del.

Förvaltningsrätten avslår Hagastiftelsens ansökan i övrigt.

Dok.Id 595762

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
08:00-16:30

YRKANDEN M.M

Södertälje kommun (kommunen) genomför, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling avseende ramavtal för enskilda placeringar inom särskilt boende för vuxna i boendeformerna gruppbostad och servicebostad (dnr TI 2014-1059). Ramavtal tecknas med samtliga i upphandlingen kvalificerade anbudsgivare. Genom tilldelningsbeslut har kommunen meddelat att man avser sluta avtal med samtliga anbudsgivare. Dock har vissa anbudsgivare, däribland Hagastiftelsen, inte fått sina anbud antagna i sin helhet.

Hagastiftelsen yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att upphandlingen rättas på så sätt att Hagastiftelsens anbud antas i enlighet med en korrekt anbudsprövning och att verksamheten Framnäs därmed antas som gruppbostad och att verksamheterna Gisekvarn och Körsbärgsgården ingår i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller ska-kraven strider mot likabehandlingsprincipen (jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bältbron).

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 har 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.

Uppställda ersättningsnivåer i förfrågningsunderlaget

Hagastiftelsen anför att de av kommunen uppställda ersättningsnivåerna i förfrågningsunderlaget understiger de nivåer som följer av idag befintliga avtal. Samtidigt som ersättningsnivåerna sänkts har nya betungande krav på anbudsgivarna införts. Kraven som ställs står inte i proportion till den fasta ersättning som erbjuds för utförda insatser. Kommunen anför att ersättningsnivåerna är rimliga och marknadsmässiga. Vidare har upphandlingen inte någon annan kravställning än vad som omfattas av 9 § 9 lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS.

Enligt förvaltningsrätten föreligger inget hinder mot att reglera ersättningen på så sätt som gjorts i förfrågningsunderlaget. Att erbjuda en lägre ersättning än vad som följer av nu gällande avtal kan inte anses strida mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det är upp till varje anbudsgivare att avgöra om ett anbud ska ges utifrån de förutsättningar och krav som uppställs av den upphandlande parten. För det fall anbudsgivaren anser att erbjuden ersättning inte motsvarar uppställda krav behöver ett anbud inte lämnas.

Vidare anför Hagastiftelsen att upphandlingen saknar erforderlig transparens genom att anbudsgivare inte har möjlighet att beräkna vilken ersättning som kan påräknas för tiden efter den 31 mars 2016 eftersom kommunen ensidigt förbehåller sig rätten att justera priset i enlighet med kommunens uppräknings av budgeten. Då avtalsperioden omfattar tiden till den 31 mars 2017 med möjlig förlängning till 31 mars 2019 är upphandlingen i denna del även oproportionerlig och i strid med grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU.

I punkt 1.5.1. i förfrågningsunderlaget anges att ”Fastställd ersättning enligt bifogad prisbilaga gäller från 2015-04-01–2016-03-31. Därefter justeras priset i enlighet med kommunens egen uppräknings av budget”.

Då avtalet sträcker sig över en längre period anser förvaltningsrätten det rimligt att kommunens ersättning justeras över tid och att det lämpligen görs vid beslut om ny budget. Förvaltningsrätten anser inte, med beaktande att det rör sig om en upphandling av ramavtal, att en närmare precisering av vilken ersättning som kommer att utgå efter den 31 mars 2016 än den som har getts i förfrågningsunderlaget krävs för att uppfylla kravet på transparens. Inte heller kan den framtida prisjusteringen anses strida mot någon av de andra grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Klassificering av verksamheten Framnäs

Av punkt 3.2.1. i förfrågningsunderlaget följer att giltigt tillstånd för offererad verksamhet ska bifogas anbudet.

I målet är ostridigt att verksamheten Framnäs av Hagastiftelsen har offererats som gruppbestad. I kommunens tilldelningsbeslut anges att det av bifogat tillstånd avseende verksamheten Framnäs inte framgår vilken

boendeform tillståndet avser. Vidare anges att Inspektionen för vård och omsorg (IVO) har uppgett att verksamhetens tillstånd avser servicebostad. Kommunen har bedömt verksamheten i enlighet med IVO:s utlåtande.

Hagastiftelsen gör gällande att verksamheten felaktigt har klassificerats som servicebostad. Verksamhetens tillstånd avser "bostad med särskild service för vuxna" vilket inbegriper båda boendeformerna gruppbo- stad och servicebostad. Tidigare och nuvarande placeringar har skett som gruppbo- stad. Servicebostad har aldrig tillhandahållits. Hagastiftelsen har genom mail den 3 mars 2015 kontaktat IVO som i sitt mailsvar vitsordar och beklagar att det felaktigt angivits att verksamheten Framnäs skulle utgöra servicebostad. Felklassificeringen innebär att boende på Framnäs riskerar att förlora sin rätt att bo kvar i sin nuvarande gruppbo- stad.

Kommunen anför att bedömning avseende om offererad verksamhet avser gruppbo- stad eller servicebostad i upphandlingen enbart baseras på giltigt tillstånd. Där inlämnat tillstånd inte tydligt visat boendeform inom särskilt boende enligt 9 § 9 LSS har kontakt tagits med IVO för klagörande av vad aktuellt giltigt tillstånd avser. Tillståndet avseende Framnäs visar inte vilken boendeform tillståndet avser och i kvalificeringsfasen har IVO kontaktats för ett tydliggörande. Kommunen har inte haft anledning att betvivla utlåtandet IVO gett kring Framnäs tillstånd och har bedömt verksamheten i enlighet med utlåtandet. Vid tiden för kvalificering av anbud och till- delningsbeslut var IVO:s utlåtande att Framnäs tillstånd avser servicebo- stad inom särskilt boende.

Förvaltningsrätten konstaterar att giltigheten av det tillstånd som bifogats anbudet avseende verksamheten Framnäs inte ifrågasätts. Den fråga för- valtningsrätten har att ta ställning till är om tillståndet avser gruppbo- stad, vilket är den verksamhet som offererats avseende Framnäs.

I tillståndet för Framnäs anges verksamhetens innehåll vara "bostad med särskild service för vuxna". Någon specifik boendeform anges inte i tillståndet. Förvaltningsrätten konstaterar att angivande av boendeform i tillståndet inte är något som efterfrågats i förfrågningsunderlaget, där framgår endast att det ska vara ett giltigt tillstånd för verksamheten som offererats. Av förarbetena till 9 § 9 LSS (prop. 1992/93:159 s. 179 f.) följer att bostad med särskild service för vuxna kan utformas som en servicebostad eller en gruppbofastad. Mot bakgrund av att Framnäs tillstånd inte har villkorats utan anges gälla bostad med särskild service är förvaltningsrättens bedömning att tillståndet måste anses omfatta båda boendeformerna som enligt förarbetena innefattas i begreppet bostad med särskild service. Förvaltningsrätten bedömer därmed att det tillstånd som bifogats verksamheten Framnäs avser även gruppbofastad vilket också är vad Hagastiftelsen har offererat. Verksamheten Framnäs har därmed uppfyllt ska-krav i form av giltigt tillstånd för offererad verksamhet. Vad kommunen anför om att verksamheten bedömts i enlighet med IVO:s utlåtande förändrar inte bedömningen.

Mot bakgrund av att Hagastiftelsen uppfyllt ställt ska-krav om giltigt tillstånd avseende offererad verksamhet har kommunen agerat felaktigt genom att med Hagastiftelsen inte ingå ramavtal avseende verksamheten Framnäs i form av gruppbofastad. Det framgår att ramavtal tecknats av kommunen med alla som uppfyller ställda krav. Förvaltningsrättens bedömning är därmed att kommunens felklassificering av verksamheten Framnäs inneburit att Hagastiftelsen har eller riskerar att lida skada. Enligt förvaltningsrättens bedömning är rättelse i detta fall en tillräcklig åtgärd.

Klassificering av verksamheten Gisekvarn

I tilldelningsbeslut anges att verksamheten Gisekvarn utgår ur upphandlingen eftersom verksamheten har ett tillstånd som avser "annan särskilt anpassad bostad" vilket är en bostadsform som inte ingår i upphandlingen.

Hagastiftelsen gör gällande att verksamheten Gisekvarn är utrustad och bemannad som en gruppboestad. Det finns en brukare med placering gruppboestad vid verksamheten. Definitionen "annat särskilt anpassat boende" som anges i tillståndet lever kvar från när verksamheten startades. Det har varit känt av kommunen att verksamheten utgör gruppboestad.

Som framgår ovan finns det i förfrågningsunderlaget ett uppställt ska-krav på att giltigt tillstånd för offererad verksamhet ska bifogas anbudet. Det tillstånd som bifogats verksamheten Gisekvarn avser "annat särskilt anpassat boende" och inte gruppboestad eller serviceboestad som upphandlingen omfattar. Uppställt krav om att giltigt tillstånd för offererad verksamhet ska bifogas anbudet är därmed inte uppfyllt. Vad bolaget i övrigt anför om att verksamheten är att betrakta som en gruppboestad förändrar inte denna bedömning.

Verksamheten Körsbärsgården

I tilldelningsbeslutet anges att verksamheten Körsbärsgården utgår ur upphandlingen eftersom Länsstyrelsens godkännande av föreståndare är knutet till två namngivna personer. Verksamheten kan därför inte ingå i ramavtal där nya brukare ska kunna placeras i verksamheten.

I punkt 3.2.2. i förfrågningsunderlaget anges att den som förestår verksamheten ska ha för uppdraget adekvat utbildning och dokumenterad erfarenhet i enlighet med IVO:s krav på föreståndare enligt LSS. Den som förestår

verksamheten ska vara samma person som finns angiven på aktuellt tillstånd från IVO.

Hagastiftelsen anför att verksamheten Körsbärgården under första halvåret kommer att uppfylla kravet på föreståndare. Befintlig personal genomgår för närvarande erforderlig utbildning vilken beräknas vara avslutad senast vid utgången av juli 2015. Det finns redan nu en lång reell kunskap hos föreståndaren. Hagastiftelsen accepterar att eventuella tillkommande placeringar inte sker innan avslutad och godkänd utbildningsinsats skett. Avseende redan placerade brukare måste verksamheten godkännas i upphandlingen nu.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att det ska finnas en godkänd föreståndare för verksamheten. Av tillståndet avseende Körsbärgården framgår det att Länsstyrelsens godkännande av föreståndare är knutet till Körsbärgården och de två namngivna boende. Av förfrågningsunderlaget framgår det att tecknandet av ramavtal syftar till att även nya placeringar ska kunna företas i verksamheterna som ingår ramavtal med kommunen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det får anses följa av "föreståndare för verksamheten" att föreståndaren ska vara behörig att ha hand om även nya boende vid verksamheten och inte endast nuvarande boende. Hagastiftelsen själva anför att Körsbärgården under första halvåret kommer att uppfylla kravet på föreståndare vilket talar för att även de är av uppfattningen att godkännandet av föreståndaren inte för närvarande är uppfyllt. Förvaltningsrätten anser att kommunen haft skäl att låta verksamheten Körsbärgården utgå ur upphandlingen.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har kommunen agerat i strid med LOU genom att inte ingå ramavtal med Hagastiftelsen avseende verksamheten Framnäs i form

av gruppbostad. I denna del ska därför rättelse ske. I övrigt har Hagastiftelsen inte visat att kommunen agerat i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan tillämplig bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därför i övrigt avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Emma Johansson 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 intermistiskt 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.