



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-05-15

Meddelad i Stockholm

Mål nr
7017-17

SÖKANDE

Solgläntans Behandlingshem AB, 556458-5288
Kontorsvägen 1
873 50 Väja

MOTPART

1. Danderyds kommun
2. Järfälla kommun
3. Lidingö stad
4. Norrtälje kommun
5. Sollentuna kommun
6. Solna stad
7. Täby kommun
8. Vaxholms kommun

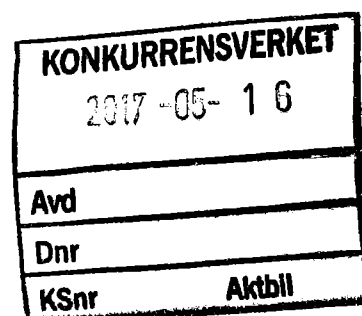
Ombud: SKL Kommentus Inköpscentral AB
Box 90132
120 21 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Solgläntans Behandlingshem AB:s ansökan om överprövning.



Dok.Id 843533

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 www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND OCH YRKANDEN

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) har i egenskap av ombud för ett antal kommuner genomfört en upphandling avseende ramavtal ”HVB samt boendeformer missbruksvård vuxna STIC 2016” med projektnummer 10316. Syftet med upphandlingen är att tillgodose kommunernas huvudsakliga behov av tjänster i form av externa placeringar för insatser inom missbruksvård för vuxna. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen omfattar sex anbudsområden (kategorier) där anbudsgivaren har möjlighet att lägga anbud på en eller flera kategorier.

Solgläntans Behandlingshem AB (bolaget) ansöker om överprövning av kommunernas upphandling av ramavtalet ”HVB samt boendeformer missbruksvård vuxna STIC 2016”. Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anger som grund att kommunernas krav på referenser strider mot principerna om transparens och proportionalitet i LOU. Om kravet inte ställts hade bolagets anbud inte förkastats. Bolaget har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunerna bestrider bifall till bolagets ansökan och anför huvudsakligen följande. Kommunernas krav på erfarenhet och referenstagning i upphandlingen strider inte mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Bolaget har således inte lidit någon skada och det saknas därför anledning att ingripa i upphandlingen. Ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bolaget anser att dess anbud blev diskvalificerat på felaktiga grunder till följd av att ingen information gick ut till referenserna att om de svarar nej på de enkätfrågor som skickades ut till dem innebär det att bolaget utesluts från upphandlingen. Om denna information hade funnits skulle bolagets referens inte svarat nej på frågan eftersom referensen anser att bolaget kan förbättra det aktuella området men att det inte är en allvarlig brist hos bolaget. Det finns heller inte något i frågan som visar om referensen skulle rekommendera bolaget på grund av goda erfarenheter.

En av bolagets referenser trodde att hon skulle ange förbättringsområden och skulle aldrig svarat nej på frågan om hon hade fått information om vad det innebar för bolaget. Referensen anser att bolaget är Gävle kommuns första val när man ska placera unga vuxna missbrukare på HVB-hem. Referensen har endast vid ett tillfälle upplevt att en av bolagets behandlare inte återkopplade tillfredställande vid ett problem kring en utskrivna klients boendesituation. Det vore snarare märkligt om ett behandlingshem aldrig brister i att återkoppla vid eventuella problem på ett sådant sätt som socialtjänsten upplever tillfredsställande. Det kan handla om missförstånd, olika åsikter om vad som bör återkopplas/vad som skall ses som ett problem, eller så enkelt och mänskligt som att glömma att ringa socialtjänsten.

Fråga nr 4 om någon återkopplat tillfredställande vid eventuella problem är av subjektiv karaktär. Frågan är fri för tolkning. Inget krav finns i ramavtalet med kommunen, i det enskilda placeringsavtalet eller i vårdplanen, att bolaget ska återkoppla vis problem. Enkätsvaren blir motsägelsefulla. Bolaget har enligt referensen utfört uppdraget enligt villkoren i avtalet. Bolaget har levererat behandling i enlighet med den överenskomna

genomförandeplanen. Bolaget har utfört behandlingsinsatserna i enlighet med överenskomna genomförandeplanen och resurser. Ett nej på frågan om bolaget återkopplat tillfredställande vid problem medför inte att bolaget inte utfört uppdraget korrekt. Att referensen i ett aktuellt fall velat ha en annan återkoppling medför inte att bolaget inte har kapaciteten att utföra aktuellt uppdrag. Det kan ifrågasättas om kravet är ett nödvändigt, transparent samt proportionerligt krav som bevis på viss erfarenhet eller kompetens.

I fråga nummer 1 svarar referenspersonen på följande fråga: "Utfördes uppdraget enligt villkoren i avtalet/kontraktet?". När referenspersonen svarar "JA" på denna fråga intygar således referenspersonen att bolaget utfört det aktuella uppdraget i enlighet med det avtal som bolaget hade med aktuell upphandlande myndighet. Detsamma gäller frågorna 2 och 3 som avser leverans enligt genomförandeplan samt enligt överenskomna resurser. Frågorna 1-3 besvarar därmed om bolaget levererat enligt avtalet och vad som överenskommits med den upphandlande myndighet som referenspersonen företräder. Frågan 4 om anbudsgivaren har återkopplat tillfredställande vid eventuella problem är inte nödvändig och i strid med proportionalitetsprincipen.

Solgläntan är sedan år 2002 ett kvalitetscertifierat behandlingshem enligt ISO 9001:2008. I ISO standarden ingår det att arbeta med ständiga förbättringar enligt systemet för avvikelshantering. Vid enkäter utvärderas kunders, intressenters, klienters, anhöriga och anställdas upplevelser av Solgläntan, för att arbeta för ständiga förbättringar.

Kommunerna

Ramavtalet avser mycket samhällsviktiga tjänster. För att säkerställa att leverantören har tillräcklig kapacitet och erfarenhet för att fullgöra ramavtalet har kommunerna bland annat ställt kvalificeringskrav på

leverantörens erfarenhet. Kravet ska styrkas med goda referenser från tidigare uppdragsgivare. Kravet framgår av punkten 3.3.2 i förfrågningsunderlaget.

Kommunerna har i upphandlingen ställt ett specifikt krav att referensuppgifterna ska ha utförts med tillfredsställande återkoppling, eftersom upphandlingen innehåller ett stort antal krav kopplade till behovet av återkoppling från vårdgivare till beställare hos kommunens socialtjänst. Erfarenhetskravet behövs för att se till att leverantören tidigare har levererat tjänsterna på ett godkänt vis och därför sannolikt även kommer att göra så i framtiden.

Kravet på erfarenhet i punkten 3.3.2 är tydligt och klart. Det framgår bland annat vilken erfarenhet leverantören ska ha, att detta ska styrkas med referenser, att referenserna ska besvara fyra stycken JA/NEJ - frågor avseende inlämnat referensuppdrag och att kvalificeringsgränsen för leverantören är svaret "JA" på samtliga frågor.

Referenstagningen har sedan gått till på så sätt att referenten har fått ett e-postmeddelande med en länk till enkätverktyg där exakt samma frågor framgår. På sista frågan i enkäten - Har anbudsgivaren återkopplat tillfredsställande vid eventuella problem? – har Solgläntans referent för ett åberopat uppdrag för Gävle kommun besvarat frågan med "NEJ", vilket måste anses vara ostridigt i målet. Det åberopade referensuppdraget har således inte genomförts på ett godkänt sätt.

Kommunerna bestriider att frågan är av en otillåtet subjektiv karaktär. Att "tillfredsställande" skulle vara ett otillåtet subjektivt rekvisit är uteslutet. Kommunerna bestriider vidare att det varit möjligt att uppnå syftet med den aktuella frågan på ett mindre ingripande sätt. Att kommunikationen mellan leverantören och kommunerna fungerar tillfredsställande i uppdrag avseende

missbruksvård är både viktigt och relevant. Hade kravet ställts att en eller två av tre referenter besvarade frågan med ”JA” hade syftet av uppenbara skäl inte uppnåtts. När syftet med en viss fråga är just att identifiera leverantörer som brister i ett eller annat avseende är det direkt olämpligt att acceptera en viss andel felaktiga svar.

Kommunerna bestrider bolagets påstående att fråga 4 är överflödig. ”Problem” kan givetvis vara annat än direkta brister i leverantörens egen prestation, men som leverantören ändå uppmärksammar. Det kan exempelvis röra återfall i missbruk, avvikelse eller att den placerade inte deltar i behandling. Omständigheter som alltså inte behöver bero på förhållanden hos leverantören, men som denne befinner sig i en unik position att uppmärksamma och som kan ha avgörande betydelse för utformningen av vården för den enskilda framöver.

Kommunernas inställning är att det aktuella erfarenhetskravet i p 3.3.2 uppfyller kravet på transparens. Samtliga potentiella anbudsgivare som har tagit del av förfrågningsunderlaget har fått samma information om vad som krävs för att kvalificeras. Det finns däremot ingen skyldighet, eller möjlighet, för den upphandlande myndigheten att säkerställa att varje enskild referent till anbudsgivaren har gjort sig införstådd i förfrågningsunderlagets krav. Det måste istället vara anbudsgivarens ansvar att ge sina angivna referenter sådan information om upphandlingen.

Av ansökan om överklagan framgår att bolaget är kritisk till att det inte av enkäten går att mäta hur många gånger anbudsgivaren har brustit i en återkoppling. Bolaget anger i ansökan om överprövning att de har tillstånd för 30 platser och att de har haft ett flertal placeringar från den aktuella referenten, Gävle kommun, samt att bolaget är Gävle kommuns förstahandsval. Vidare anges att referenten vid ett tillfälle har upplevt brister i bolagets hantering av uppdraget. Anbudsgivaren väljer själv vilka referensuppdrag

anbudsgivaren ska ange i aktuell upphandling och det är olyckligt att bolaget i denna upphandling angett just det referensuppdrag som enligt referenten inte har fungerat tillfredställande. Detta kan dock inte belasta kommunerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU, enligt dess lydelse före den 1 januari 2017, stadgas följande. 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU.

Förfrågningsunderlaget ska vidare vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42). Den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt

utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagstiftningen och gemenskapsrätten inte träds för när.

En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (se prop. 2006/07:128 s. 132).

Vid prövningen av om en annons eller ett förfrågningsunderlag i en upphandling uppfyller kravet på transparens, får det i varje enskilt fall prövas om information som ges medför en tillräcklig öppenhet och förutsebarhet för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer (jfr bl.a. EU-domstolens dom av den 23 december 2009 i mål C-376/08, Serrantoni och Consorzio stabile edili, REU 2009, s. 112169, punkt 31).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att dess anbud blev diskvalificerat på felaktiga grunder eftersom ingen information gick ut till referenserna att om de svarade nej på de frågor som skickades till dem innebär det att bolaget utesluts från upphandlingen. Bolaget anser vidare att frågan som ställdes till referenserna avseende om ”bolaget återkopplat tillfredställande vid eventuella problem” är av subjektiv karaktär och kan inte anses vara transparent och proportionerlig enligt LOU.

I punkten 3.3.2 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

Vårdgivaren ska ha erfarenhet från vård/ behandling av vuxna med missbruk/beroende och , i förekommande fall, samsjuklighetproblematik. Detta ska styrkas med goda referenser. Med goda referenser avses att uppdragsgivaren (kommunen) anser att uppställda mål med behandlingen har uppfyllts till belåtenhet.

Följande frågor kommer ställas till referenterna. Kvalificeringsgräns är "JA" på samtliga frågor

- 1. Utfördes uppdraget enligt villkoren i avtal/kontraktet (Ja/nej)*
- 2. Har anbudsgivaren levererat i enlighet med genomförandeplan (Ja/Nej)*
- 3. Har anbudsgivaren levererat i enlighet med överenskomna resurser (Ja/nej)*
- 4. Har anbudsgivaren återkopplat tillfredsställande vid eventuella problem (ja/nej)*

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att förfrågningsunderlaget måste vara utformat så att en leverantör inför utformningen av sitt anbud får en rättvisande uppfattning om vad som bestämmer utgången och vad som leder till tilldelning av kontrakt. Därav följer att ett krav måste vara så klart och tydligt utformat att leverantörer kan avgöra vad den upphandlande myndigheten efterfrågar för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Samtidigt är det inte önskvärt att specifikationerna är så detaljerade att en utvärdering av anbuden blir alltför omfattande eller att allt utrymme för att beakta konkurrensfördelar går förlorat. Det relevanta är i stället om beskrivningen lämnar utrymme för diskriminering eller inkräktar på kravet på förutsebarhet, transparens eller på någon annan grundläggande rättsprincip.

Förvaltningsrätten anser att frågan "om anbudsgivaren återkopplat tillfredsställande vid eventuella problem" är klar och tydlig samt relevant och därmed inte överflödig. Frågan är generellt ställd och eftersom man enbart kan svara "JA" eller "NEJ" måste det anses vara tillräckligt tydligt för referenten att man ska svara på frågan genom att göra en sammantagen bedömning huruvida anbudsgivaren återkopplat tillfredsställande eller inte.

Det framgår också att kvalificeringsgränsen är "JA" på samtliga frågor. Det är vidare tillräckligt enligt förvaltningsrätten att denna information endast utgått till anbudsgivaren och inte till referenterna. Det är anbudsgivarna som är ansvariga för att ge sina angivna referenter information om upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte har kommit fram omständigheter som visar att kommunerna har genomfört upphandlingen i strid med någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i lagen. 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 1 (DV 3109/1A LOU).

Kaija Hultquist
Rådman

Föredragande har varit Susanna Ewerlöf.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.