



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-08-28
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3119-12 E
Enhet 2

SÖKANDE

Mångsbo Vård AB, 556778-2023
Box 2029
750 02 Uppsala

MOTPARTER

1. Uppsala kommun
2. Heby kommun
3. Knivsta kommun
4. Tierps kommun
5. Enköpings kommun
7. Östhammars kommun
8. Håbo kommun

Genom:

Heby kommun
744 88 Heby

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

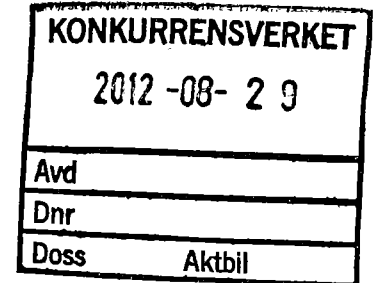
Uppsala, Heby, Knivsta, Tierps, Enköpings, Östhammars och Håbo kommuners upphandling av ramavtal, HVB-ungdom, dnr 2011/270/U

SAKEN

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Mångsbo Vård AB:s ansökan om överprövning av Uppsala, Heby, Knivsta, Tierps, Enköpings, Östhammars och Håbo kommuners upphandling av ramavtal, HVB-ungdom, dnr 2011/270/U.



BAKGRUND

Uppsala, Heby, Knivsta, Tierps, Enköpings, Östhammars och Håbo kommuner (härefter kommunerna) har genomfört upphandling av ramavtal (förenklat förfarande) avseende hem för vård och boende, kallad HVB-ungdom med diarienummer 2011/270/U (härefter upphandlingen).

Mångsbo Vård AB (härefter bolaget) lämnade anbud på kategorierna 2,3,4 och 7. Enligt tilldelningsbeslutet den 12 juni 2012 bifogat upphandlingsprotokoll har bolaget inte kvalificerat sig till utvärdering. Som skäl för beslutet angavs att bolaget har felaktigt tillstånd.

YRKANDEN

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att kommunerna ska vidta rättelse och utvärdera bolagets anbud utifrån att tillståndet från Socialstyrelsen inte är felaktigt utan att en ny och i enlighet med tillståndet godkänd föreståndare med motsvarande kompetensnivå ännu inte blivit tillsatt. Om rättelse inte kan ske yrkar bolaget i andra hand att upphandlingen görs om.

Kommunerna

Kommunerna bestrider bifall till ansökan om överprövning.

GRUNDER

Bolaget

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolagets anbud har uteslutits från utvärdering på grund av att företaget anses ha inkommit med ett tillstånd från Socialstyrelsen som varit felaktigt. Föreståndarens namn på det gällande tillståndet överensstämde inte med namnet på den föreståndare som angivits i anbudet.

Sedan den föreståndare som anges på tillståndet (Peter Andersson) slutat sin tjänst på bolaget under år 2011 har företaget rekryterat Marielle Ragvals som tillförordnad föreståndare. En ansökan om ändring av tillståndet för ny föreståndare inlämnades till Socialstyrelsen den 5 juli 2011. Socialstyrelsen godkände dock inte bolagets nya föreståndare med hänvisning till att hon inte hade tillräcklig erfarenhet. Då bolagets bedömning är att Marielle Ragvals har både åtskillig erfarenhet och visat sig fungera väl i rollen som tillförordnad föreståndare överklagades beslutet. Den 24 februari 2012 avslog dock förvaltningsrätten överklagandet i en dom. Bolaget överklagade domen till kammarrätten som beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Beslutet har ännu inte vunnit laga kraft. Efter att bolaget kontaktat kommunernas upphandlare med invändningar mot tilldelningsbeslutet lämnades ett svar per e-post den 12 juni 2012 med följande innehåll: ”vi kan tyvärr inte godta anbudet då ni inte har ett ok tillstånd och det fortfarande är under rättslig prövning”. Svaret visar att kommunerna ifrågasätter själva tillståndet och påstår att det är under rättslig prövning, vilket inte är fallet. Föreståndaren är en utbytbar del i tillståndet.

Oavsett utfallet av den rättsliga prövningen av Marielle Ragvals som föreståndare anser bolaget att motiveringen inte är riktig. Den rättsliga prövningen av Socialstyrelsens avslag på bolagets ansökan om ändring av tillståndet har till följd av berörda myndigheters handläggning dragit ut på tiden. Bolaget har under hela upphandlingsperioden fram till datum för tilldelningsbeslutet haft en tillförordnad föreståndare. Om Socialstyrelsen ansett att verksamheten inte hade kunnat fortsätta att drivas med den tillförordnade föreståndaren skulle en uppmaning ha lämnats från myndigheten, som under snart ett år haft kännedom om situationen, men så har inte varit fallet. Det bör vara den tillståndsgivande myndighetens sak och inte kommunernas att avgöra om tillståndet är felaktigt. Tillståndet är enligt Socialstyrelsens tillståndsenhet giltigt tills det återkallas av huvudmannen själv eller Socialstyrelsens enhet.

Bolaget hävdar att verksamheten har ett giltigt och för kvalificeringen till utvärderingen fullgott tillstånd eftersom det inte är återkallat och eftersom kravet på att befintlig föreståndare vid upphandlingstillfället måste överensstämma med angiven föreståndare i tillståndsbeviset inte i praktiken är rimligt. Kommunerna kan inte använda namnuppgifterna i tillståndsbeviset och anbudet på det sätt som skett, dels därför att tillståndet är giltigt, dels därför att kravet på särskild kompetens hos enskild namngiven person endast kan användas när denna person inte får bytas ut, ett krav som kommunerna själva uppger att man inte har ställt.

Kommunernas diskvalificering av bolagets anbud har skett utifrån en allmänt hållen formulering i kraven för diskvalificering: "Sker utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet." Formuleringen saknar i bolagets ögon transparens.

Hur HVB-tillståndet ska användas vid bedömningen för kvalificering framgår inte av förfrågningsunderlaget. Kommunerna har i kvalificeringen av anbudet tillfört ett skall-krav på enskild namngiven person i personalen genom att kräva att den person som står som föreståndare på Socialstyrelsens tillstånd ska vara densamma som vid anbudstillfället förestår verksamheten, i bolagets fall innan beslut om avslag på ny föreståndare vunnit laga kraft. Det finns begränsningar i hur upphandlande myndigheter får ställa krav på enskilda namngivna personers kompetens i lämnade anbud. Enskilda anställda personer kan bytas ut i verksamheten, ofta med kort varsel. Några krav på att föreståndaren inte får bytas ut finns inte i upphandlingen och vore knappast rimliga att ställa när det gäller ett ramavtal som kan komma att löpa upp till fyra år.

Som krav för kvalificering uttrycks i förfrågningsunderlaget inte explicit att föreståndaren ska vara en viss person med viss kompetens. Däremot ställs allmänna krav på föreståndarens kompetens. Ett särskilt krav för

ställföreträdande föreståndare anges dessutom. I anbudet anger bolaget att Marielle Ragvals är tillförordnad föreståndare och av bilagorna 3 och 3.1 till själva anbudet framgår att hon uppfyller det ställda kravet på högskolepoäng genom sin socionomexamen. Kommunerna har i praktiken utan stöd av lag eller eget underlag använt tillståndet från Socialstyrelsen för att avgöra om Marielle Ragvals har kompetens att förestå verksamheten vid Mångsbo HVB.

Om kommunernas tilldelningsbeslut skulle vara korrekt kan inte ett företag lämna anbud vid offentlig upphandling när föreståndarskapet avviker från meddelat tillstånd på grund av att angiven föreståndare slutat sin tjänst och ersatts med en tillförordnad föreståndare. Principen för kommunernas beslut kan även innebära hinder för nyetablerade företag att lämna anbud. Både rekryteringsprocessen och godkännande kan ta lång tid. Kommunerna kan anta bolagets anbud under villkoret att företaget ska rekrytera en av Socialstyrelsen godkänd föreståndare.

Kommunerna

Kommunerna anför bl.a. följande. I anbudet är angivet att byte av föreståndare är under prövning, vidare dokumentation från Socialstyrelsen är inte bifogad förutom gällande tillstånd. Vid genomgång av anbuden den 4 juni 2012 hörde kommunerna av sig till bolaget via e-post för ett förtydligande gällande föreståndare. Bolagets svar inkom dock inte förrän efter tilldelningsbeslut skickats. Detta tilldelningsbeslut upptäcktes senare ha formella fel så nytt tilldelningsbeslut skickades ut och bolaget hade då inkommit med ett förtydligande. Kommunerna har dock gjort bedömningen att anbud där angiven föreståndare inte är godkänd av Socialstyrelsen inte uppfyller de skall-krav som är uppställda i förfrågningsunderlaget. Om krav har ställts i förfrågningsunderlaget att tillståndsbevis ska bifogas kan kommunerna inte godta ett tillståndsbevis som avviker från anbudet, eftersom det skulle innebära att skall-kravet då helt förlorar sitt syfte, som är att de

HBV-hem som antas ska vara godkända av Socialstyrelsen för sin verksamhet. Det omöjliggör också möjligheten till uppföljbarhet som är ett krav på skall-krav. Då Socialstyrelsen inte har godkänt föreståndaren har kommunerna gjort bedömningen att anbudet inte uppfyller de krav som är uppställda. Upphandlingen är inte begränsande för nystartade verksamheter såtillvida att de har ett giltigt HBV-tillstånd, vilket är en förutsättning för att bedriva motsvarande verksamhet. Det står inte att verksamheten inte får byta föreståndare under avtalsperioden men kravet är att giltigt tillstånd ska finnas. Upphandlingen ställer inte högre krav än Socialstyrelsen. Bedömningen är att upphandlingen inte bryter mot de grundläggande principerna i LOU och att det inte strider mot principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet eller att den på något vis är utformad på ett konkurrenshämmande sätt.

DOMSKÄL

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 § punkten 1 LOU anges att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets punkt 1.2.3 "Bilagor till anbudet" anges bl.a. att till anbudet ska biläggas tillstånd för HVB, tillståndet ska vid anbudstillfället vara beviljat från socialstyrelsen.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.2.8 "Kvalificering" anges bl.a. följande. Krav: Anbudsgivarens erfarenhet och tekniska förmåga.

Bevis: Sker dels genom referenstagning, om nödvändigt, samt utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet.

Krav: Anbudsgivarens kompetens med hänsyn till åtagandets omfattning.

Bevis: Sker utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet.

I förfrågningsunderlagets punkt 2.2.3 "Föreståndare" anges bl.a. följande. Det ska finnas en person som förestår verksamheten enligt socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om hem för vård eller boende. Den som förestår verksamheten ska ha en adekvat högskoleutbildning om minst 180 poäng (120 poäng enligt gamla högskolepoängen) eller vara godkänd av länsstyrelsen som föreståndare för verksamheten före 2004-02-04.

Om en ställföreträdare har utsetts för den som förestår verksamheten ska även ställföreträdaren ha en adekvat högskoleutbildning om minst 180 poäng (120 poäng enligt gamla högskolepoängen) eller vara godkänd av socialstyrelsen som ställföreträdare för verksamheten före 2004-02-04.

Redovisa hur föreståndaren uppfyller dessa krav, meritförteckning, samt utbildning och examen. Redovisa hur ställföreträdande föreståndare uppfyller dessa krav, meritförteckning, samt utbildning och examen.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att formuleringen i förfrågningsunderlagets punkt 1.2.8 "sker utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet" saknar transparens. Bolaget menar vidare att dess verksamhet har ett giltigt och för kvalificeringen till utvärderingen fullgott tillstånd eftersom det inte är återkallat. Vidare menar bolaget att det i förfrågningsunderlaget inte explicit uttrycks att föreståndaren ska vara en viss person med viss kompetens. Bolagets tillförordnade föreståndare Marielle Ragvals har en socionomexamen som uppfyller det ställda kravet på högskolepoäng. Bolaget har vidare gjort gällande att kommunerna tillfört ett skall-krav genom att kräva att den person som står som föreståndare på tillståndet ska vara densamma som vid anbudstillfället förestår verksamheten och att ett sådant krav inte är rimligt. Ett krav på särskild kompetens hos enskild namngiven person kan endast användas när denna person inte får bytas ut.

Bolaget har inte närmare angivit på vilket sätt formuleringen ”sker utifrån anbudgivarens redovisning i anbudet” skulle sakna transparens. Förvaltningsrätten finner att det inte finns skäl att ingripa i upphandlingen till följd av formuleringen.

I förfrågningsunderlaget uppställs inget krav på att det måste vara samma person som är befintlig föreståndare och som står angiven i tillståndsbeviset. I förfrågningsunderlagets punkt 2.2.3 ”Föreståndare” uppställs dock som krav att det ska finnas en person som förestår verksamheten enligt Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om hem för vård eller boende. Detta krav strider enligt förvaltningsrättens mening inte mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrätten kan inte tolka det aktuella kravet på annat sätt än att den föreståndare som finns för verksamheten ska uppfylla Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om hem för vård eller boende. Detta gäller såväl en ordinarie föreståndare som en ställföreträdare för denne.

Av den i 1 kap. 9 § LOU stadgade likabehandlingsprincipen följer att anbudsgivare ska behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Detta innebär bland annat att en upphandlande myndighet normalt inte får frångå ett uppställt ”skall-krav” under pågående upphandling.

Socialstyrelsen har såvitt framkommit i målet gjort bedömningen att den för bolagets verksamhet tillförordnade föreståndaren inte uppfyller kriterierna enligt föreskrifterna och de allmänna råden. Även om Socialstyrelsens beslut inte var lagkraftvunnet är det klarlagt att bolaget vid anbudstillfället inte uppfyllde skall-kravet i förfrågningsunderlagets punkt 2.2.3 på föreståndare eftersom det enligt de beslut som vid tidpunkten gällde inte fanns

en föreståndare som uppfyllde Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd.

Vad bolaget har anfört gällande de övriga kompetenskrav som ställts på föreståndare har det inte i målet framkommit att kraven på något sätt har påverkat hur bolaget utformat sitt anbud. Det finns därför inte heller skäl att med hänsyn till dessa ingripa i upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner således förvaltningsrätten att bolaget rätteligen inte har gått vidare till utvärderingen och att det inte heller på någon annan grund finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Per-Erik Nistér
rådman

Målet har handlagts av Christina Kans



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress- och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU