



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2015-05-06
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 6380-15

SÖKANDE

Familjestödsgruppen i Stockholm AB, 556699-8182

Ombud: Jur.kand. Jesper Burman
 JB Juridik AB
 Box 109
 121 22 Johanneshov

MOTPARTER

1. Sollentuna kommun
2. Solna stad
3. Sundbybergs stad

Ombud:
 Biträdande jurist Martin Bogg
 Advokat Anna Ulfsson Forssell

Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-05-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Familjestödsgruppen i Stockholm AB:s ansökan.

Dok.Id 603068

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.

Sollentuna kommun, Solna stad och Sundbybergs stad (kommunerna) genomför en ramavtalsupphandling avseende insatser till barn och ungdomar (SN/2014:28) genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Familjestödsgruppen i Stockholm AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bland annat följande. I förfrågningsunderlaget framgår ingenting om upphandlingens omfattning i värde eller vilket behov som efterfrågas i antal platser. Kommunerna förbehåller sig även rätten att efter egen bedömning frångå rangordningslista vid placering av klient genom en ny prövning av leverantörens lämplighet. Det är av stor vikt att man som anbudsgivare eller presumtiv anbudsgivare kan avgöra vad myndigheten ska upphandla i mängd och omfattning samt att förutsägbarhet finns för hur tilldelning av avtalen kommer att ske när upphandlingen är klar. Bolaget har frivilligt valt att avstå från upphandlingen. Man har inte kunnat ge sitt mest konkurrenskraftiga anbud då det inte framgått vad man egentligen lämnar anbud på, varken till volym eller värde. Skadan har skett i det konkurrensuppsökande skedet. Värdet är en avgörande uppgift för att de ska kunna ta ställning till vad man lämnar anbud på, vilka resurser som kan komma att krävas och vilket pris man ska lämna utifrån den mängd man kan komma att leverera.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås och anför bland annat följande. Förfrågningsunderlaget strider inte mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Det har inte funnits något formellt hinder för bolaget att delta i upphandlingen. Enda anledningen till att bolaget gått miste om kommande ramavtal är deras egna frivilliga beslut att avstå från att delta i upphandlingen. Kommunerna kan inte lastas för att bolaget har lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten vid upphandlingen har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i lagen. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Skada

Kommunerna har anfört att ansökan ska avslås pga. att bolaget inte lidit skada. Kommunerna har till stöd för detta angett följande. Bolaget har inte lämnat något anbud i upphandlingen och bolaget har inte heller angett några som helst konkreta och godtagbara omständigheter som medfört att bolaget varit förhindrat att lämna anbud. Bolaget har därmed inte visat att skada föreligger på så sätt som krävs enligt praxis.

Förvaltningsrätten konstaterar att om förfrågningsunderlaget skulle bedömas strida mot LOU i de påstådda delarna skulle detta innebära en brist i det konkurrensuppsökande skedet, vilket skulle kunna leda till att upphandlingen behöver göras om. Skaderekvisitet är förhållandevis lågt ställt och torde i normalfallet vara uppfyllt vid överträdelser hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Det är i dessa fall tillräckligt att den klagande leverantören genom sin argumentation kan klargöra för domstolen på vilket sätt de omständigheter bolaget anger har medfört skada eller riskerat medföra skada, vilket i detta mål gäller om bolaget hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om de påstådda bristerna inte förelåg. Bolaget har anfört att det inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud pga. att det inte kunnat ta ställning till vilka resurser som kan komma att krävas och vilket pris man ska lämna utifrån

den mängd man kan komma att leverera. Vidare har bolaget uppgett att tillhandahålla en familjehemsplacering om året kräver helt andra resurser än om man ska tillhandahålla tvåhundra. Att beräkna kostnad och pris för endast en placering blir därför en helt annan än om man ska erbjuda tvåhundra. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget anfört i denna del räcker för att bolaget, om förfrågningsunderlaget bedöms strida mot LOU, ska anses ha lidit eller kan komma att lida skada.

Värdet av upphandlingen

Bolaget har anfört att det strider mot principerna om öppenhet och transparens att inte ange uppgift om kontraktsvärdet eller volym och har anfört följande i denna del. Eftersom bolaget inte vet i vilken omfattning myndigheten kan komma att avropa från avtalet har anbudsgivarna ingen möjlighet att förutse och planera sin verksamhet. Bolaget har ingen aning om avrop kommer att ske till ett värde av t.ex. 10 000 kr per år eller 500 000 kr per år. Det skiljer sig avsevärt för en anbudsgivare i fråga om tillhandahållen kapacitet men givetvis också vilket pris man ska sätta på den efterfrågade tjänsten. Om värdet av ett kontrakt inte kan bestämmas precist måste myndigheten i vart fall göra en uppskattning. Behovet kan inte vara okänt för kommunerna eftersom man upphandlat dessa tjänster och tillhandahållit dem för sina invånare under en avsevärt längre tid. Kommunerna har kunnat gå tillbaka till tidigare år.

Kommunerna har anfört att det inte finns någon skyldighet att ange en upphandlings omfattning, varken i värde eller i antal platser och anför vidare följande. Behovet av platser varierar över tid och därmed också värdet. Kommunerna har, för att försäkra sig om att alltid ha tillgång till platser, valt att teckna ramavtal med samtliga kvalificerade leverantörer. Anbudsgivarna är fria att sätta vilka priser de önskar, med undantag för priser som överstiger takpriser. Oavsett vilket pris de lämnat kommer

ramavtal tecknas förutsatt att de klarar kvalifikationerna i övrigt. De utgår ifrån att priserna baseras på kostnader hos anbudsgivarna och inte behovet hos kommunerna. Ramavtal används frekvent i sådana situationer som i upphandlingen, då behovet på förhand är okänt. Genom att teckna avtal med alla kvalificerade leverantörer försäkras de sig om att alltid ha tillgång till de insatser som behövs. Det finns ingen risk att avtalets sanktioner ska användas på samma sätt som när avtal endast tecknas med en leverantör. Något krav på att anbudsgivarna måste binda upp resurser i upphandlingen finns inte heller. Det finns ingen skyldighet att garantera några volymer, inte heller att ange omfattningen av upphandlingen. Kommunerna saknar vetskap om kommande behov och kan inte vare sig ange omfattning eller behov av antal insatser.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Värdet av en upphandling beräknas för att avgöra vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingen. Kommunerna har bedömt att det i förevarande fall handlar om en upphandling av B-tjänster enligt förenklat förfarande. Bolaget har inte ifrågasatt valet av förfarande. Varken LOU eller praxis uppställer någon skyldighet för myndigheten att ange värdet av upphandlingen i förfrågningsunderlaget utöver vad som krävs för att bedöma val av förfarande. Upphandlingen avser insatser för barn och unga som ska avropas efter beslut enligt socialtjänstlagen (2001:453) eller lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga. Kommunerna har förklarat att behovet är okänt, varför de inte kunnat ange någon volym eller värde. Förvaltningsrätten anser att kommunerna har klargjort motivet för att inte ange något värde på upphandlingen i förfrågningsunderlaget. Det som bolaget anfört kan inte anses vara omständigheter som visar att avsaknad av värde på upphandlingen i förfrågningsunderlaget strider mot principerna om öppenhet och transparens eller någon av de övriga principerna i LOU.

Beskrivning av undantag från rangordning vid avrop och uppfyllande av kvalificeringskraven

I förfrågningsunderlaget anges följande gällande avropsordning i punkt 2.1.

För detta ramavtal gäller avropsordning (rangordning). Avropande verksamhet ska vid avrop välja den leverantör som följer av den rangordningen. Undantag från rangordning kan ske om:

- Leverantören inte (för tillfället) klarar av att leverera det som efterfrågas och kan inte erhålla rätt resurs för uppdraget.
- Leverantören inte kan erbjuda en placering/tjänst som kan tillgodose barnets/ungdomens specifika behov.

Beställaren kan inte garantera att avrop kommer att uppgå till någon viss volym under avtalsperioden. Avrop från detta avtal sker avseende uppdrag utifrån beställarens behov.

Vid ramavtal med flera leverantörer ska kontrakt tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. Detta framgår av 5 kap. 6 § andra stycket LOU.

I förarbetena anges bland annat följande angående tilldelning av kontrakt med stöd av ramavtal. En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla, såsom t.ex. handikapphjälpmedel. Likaså kan det i vissa situationer vara nödvändigt att låta användaren av ramavtalet avgöra vilken produkt eller tjänst som ska avropas. Det kan t.ex. vara fråga om avtal om komplicerade medicinska produkter eller tjänster som beror på behandlande läkares val av behandlingsmetod eller på vissa patienters speciella behov. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frånga den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en sådan avvikelse måste

möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. (Prop. 2006/07:128 del 1 s. 179.)

Bolaget har angett följande gällande undantagen från rangordningslistan och uppfyllande av kvalificeringskraven. Kommunerna har förbehållit sig rätten att göra en otillåten omprövning av leverantörens lämplighet som kan jämföras med en andra konkurrensutsättning utan stöd i lag. Den sker på helt godtycklig grund. Möjligheten att tillhandahålla rätt resurs eller att kunna leverera det som efterfrågas måste anses vara prövat i och med upphandlingen och ställda kvalificeringskrav. Att skriva in rätten att frångå rangordningslistan enligt denna godtyckliga och skönsmässiga bedömning måste anses vara i strid med principerna om offentlig upphandling.

Kommunerna har genom undantagen uttryckligen sagt att tilldelning av kontrakt kommer att ske godtyckligt och att ny otillåten prövning kommer att ske av leverantörernas lämplighet utifrån icke objektiva kriterier. För exempelvis delområde familjehemsverksamhet har leverantörerna flera kontrakterade familjehem utspridda geografiskt och med möjlighet att tillgodose de flesta rimligt ställda krav och behov. Villkoren för tillämpning av rangordningslistan är oförutsägbar och i strid med likabehandlings-, öppenhets- och transparensprincipen. Samtliga kvalificerade anbud torde vara i princip alla som lämnat anbud eftersom det räcker med att svara ja på kvalificeringskraven och ha god kreditvärdighet. Vem som helst kan i princip ange att man uppfyller kraven utan någon kontroll av myndigheten. Därmed får upphandlingen snarare karaktären av en upphandling enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Kommunerna har anfört följande gällande undantag från rangordningslistan och uppfyllande av kvalificeringskraven. Det första undantaget innebär att om leverantör nr 1 vid förfrågan inte kan leverera pga. bristande tillgängliga resurser ska leverantör nr 2 tillfrågas. Det andra undantaget baseras på det specifika barnets eller den specifika unga

personens behov av insatser. Om leverantör nr 1 inte kan leverera den typ av tjänst som barnet eller den unga är i behov av så kommer förfrågan att gå till den leverantör närmast i rangordningen som kan leverera den efterfrågade tjänsten. Det är barnets eller den ungas behov som styr. Inom exempelvis område 13 avseende HVB-hem för ensamkommande flyktingbarn har nästan all verksamhet olika inriktningar för t.ex. kön och ålder. På ett HVB-hem med inriktning på pojkar mellan 12-15 år kan omöjligen en 17-årig flicka placeras. Det är därmed helt nödvändigt att kunna frångå rangordningen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I LOU finns ingen bestämmelse som hindrar undantag från fastställd rangordning och av de ovan nämnda förarbetsuttalandena framgår att myndigheten i vissa fall måste ha möjlighet att kunna frångå fastställd rangordning. De situationer som räknas upp i propositionen utgör exempel. Uppräkningen är således inte uttömmande. Förvaltningsrätten finner att de insatser som upphandlas inom ramen för den nu aktuella upphandlingen är sådana att kommunerna inte helt på egen hand kan formulera sina behov, eftersom de insatser som avropas måste anpassas till barnets eller den ungas specifika behov i varje enskilt fall. Kommunerna måste därmed enligt förvaltningsrätten kunna göra avsteg från rangordningen. Kommunerna har angett i förfrågningsunderlaget under punkten "Kommersiella villkor" att avsteg kan komma att ske och grunderna för avsteg har preciserats. Enligt förvaltningsrätten framgår det tillräckligt tydligt hur tilldelning kommer att ske och i vilka fall undantag från rangordningen kan komma att göras. Att bolaget befarar att kommunerna trots detta kommer att tillämpa förfrågningsunderlaget på ett godtyckligt sätt vid avrop är inte en invändning som kan anses ha stöd i själva förfrågningsunderlaget. Bolagets invändning i denna del kan således inte anses visa att förfrågningsunderlaget i denna del kan strida mot LOU.

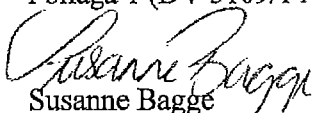
Det finns ingen skyldighet för myndigheten att kontrollera att de uppställda ska-kraven är uppfyllda i fall då anbudsgivaren uppgett att kraven är uppfyllda. Det finns inte heller något förbud mot att anta samtliga kvalificerade anbud. Förvaltningsrätten finner därför att det som bolaget anfört angående kvalificeringen och upphandlingens karaktär inte är tillräckligt för att visa att kommunerna i denna del har brutit mot någon av de grundläggande principerna som ska iaktas vid upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser inte att det som bolaget har anfört i målet visar att kommunerna har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller de EU-rättsliga principerna. Grund för ingripande med stöd av LOU har således inte visats föreligga och bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Charlotte Wallberg 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 nå 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.