


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2019-09-09

Meddelad i Göteborg

Mål nr

7945-19

SÖKANDE

Positivum Vård och Behandling AB, 559084-8445

MOTPART

Kungälv kommun

SAKENÖverprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

KONKURRENSVERKET	
20190911	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan Positivum Vård och Behandling AB:s ansökan.

Dok.Id 631390

PostadressBox 53197
400 15 Göteborg**Besöksadress**

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

-

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se
Expeditionstidmåndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Kungälv kommun (Kommunen) genomför en upphandling med beteckningen Drift av Stödboende, dnr KS2019-0317. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande och avsikten är att vinnande anbudsgivare ska driva verksamheten i lokaler som Kommunen tillhandahåller.

Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 17 juni 2019. Av tilldelningsbeslut framgår att Kommunen avsåg att teckna avtal med anbudsgivaren Göteborgs Kyrkliga Stadsmission Bistånd och Entreprenad AB (fortsättningsvis Stadsmissionen).

I utvärderingsrapporten anger Kommunen att Positivum Vård och Behandling AB:s (fortsättningsvis Positivum) anbud inte var kvalificerat för slutlig utvärdering. Anledningen var att anbudet inte bedömdes uppfylla det obligatoriska kravet i Upphandlingsdokumentets punkt 2.5 Referensuppdrag. Som motivering angav Kommunen följande. ”Referensuppdrag gäller inte motsvarande omfattning som efterfrågas.”

Av utvärderingsrapporten framgår också att Stadsmissionens anbud var det enda anbudet i upphandlingen som kvalificerades till den slutliga utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Vad Positivum yrkar och anför

Positivum yrkar att upphandlingen ska rättas på så vis ny slutlig utvärdering ska genomföras där Positivums anbud ska ingå. Positivum anför i huvudsak följande.

Positivum kontaktade Kommunens upphandlare för att få mer information om den bakomliggande orsaken till att bolagets anbud uteslöts från slutlig utvärdering. Svaret blev att det av anbudet, bilaga 2 Referensuppdrag, inte framgick att verksamheten var bemannad dygnet runt utan att det bara framgick att det fanns ett strukturerat stöd. Positivum förklarade för upphandlaren att det handlade om att framhäva det individuella strukturerade stödet och att båda referensuppdragen som hade lämnats avsåg placeringar som görs enligt ett ramavtal med Göteborgs stad med kranskommuner (Boende med bostöd 422/16).

Det betyder att verksamheterna i den upphandlingen ska vara kollektiva och bemannade dygnet runt med en likvärdig målgrupp som Kungälv's upphandling avser. De referensuppdrag som angavs avsåg placeringar som är likvärdiga kravställningen i aktuell upphandling, verksamheterna som referensuppdragen avser är från stadsdelar i Göteborg som ramavtal tecknats med. Där ingår bemanning dygnet runt, Positivum sköter total-entreprenaden, boendet är kollektivt i lägenhetsform, alternativt kollektivt boende med egna rum.

Vidare framkommer att bara en av två referenter kontaktades av Kommunen och att den referent som inte kontaktades själv tog kontakt med Kommunen och frågade om den skulle delta i utvärderingen, men fick nej till svar. Den referent som inte blev aktuell för att lämna information till Kommunen har tidigare som referent i andra anbud förklarat att Positivum är en leverantör utifrån ramavtal.

Kommunen har uppgett att man, utifrån den information som lämnats i bilaga 2 Referensuppdrag, inte kan se att den angivna verksamheten är bemannad dygnet runt. Positivum har begärt ut det vinnande anbudet och kan där se att Stadsmissionen i det vinnande anbudet inte på något sätt anger hur bemanningen eller stödet är fördelat över dygnet. Detta visar att det inte

heller fanns grund för att diskvalificera Positivums anbud inför den slutliga utvärderingsfasen.

Den ena av Stadsmissionens referenser avser dess verksamhet ”Stigberget”. Stigberget är upphandlat av Göteborgs Stad (med kranskommuner) i samma upphandling som Positivum i nu aktuell upphandling refererat till. Kommunen bedömer ändå Positivums uppdrag i det avtalet som ej likvärdigt med det uppdrag som upphandlingen avser, men godkänner ”Stigberg” trots Stadsmissionens hänvisning till samma upphandling. Detta finner Positivum vara mycket anmärkningsvärt.

Det framgår heller inte av innehållet i punkten 2.5 Referensuppdrag att Kommunen önskar en specifik beskrivning av hur verksamheten ska bedrivas. Kommunen ger Positivum kritik för att det till exempel inte framgått hur stödet är utformad och huruvida verksamheten är bemannad dygnet runt. Detta framgår intressant nog inte heller av Stadsmissionens anbud.

Både Positivums och referentens uppfattning är att referenten delgett Kommunen information om att Positivum bedriver en verksamhet enligt villkoren i ramavtalet med Göteborgs Stad, där ett av kraven är bemanning dygnet runt m.m. Hänvisas till intyg utfärdat den 8 juli 2019 av socialsekreteraren Joel Brandorf.

Joel Brandorfs intyg

Härmed intygas, att undertecknad vid muntlig referenstagning uppgivit att undertecknad haft klient, beviljat bistånd på Boende med stöd, där klienten haft tillgänglighet av stöd enligt upphandlingen, utifrån sitt missbruksproblem och psykisk ohälsa.

Kommunens inställning i målet

Kommunen anser att Positivums ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Av kapitel 3 i Upphandlingsdokumentet framgår omfattningen av den upphandlade tjänsten. Sammanfattningsvis innebär driften av stödboendet att verksamheten ska planeras, organiseras och bemannas över hela dygnet.

Som framgår av Upphandlingsdokumentet, punkten 2.5, ska anbudsgivaren lämna två referensuppdrag som motsvarar drift av sådant boende som upphandlingen avser. Av Positivums skriftliga beskrivning av de två referensuppdragen framgick klart och tydligt att det inte rörde sig om något sådant uppdrag som den tjänsten som skulle upphandlas avsåg. De referensuppdrag som angavs gällde stöd om fyra till åtta timmar per vecka, alltså inte stöd dygnet runt.

Det stämmer i sak att Kommunen tog kontakt med en av referenserna för att utreda vad det var för typ av uppdrag som Positivum utfört för dem. Efter samtalet med den första referensen stod det klart att referensuppdraget inte motsvarade vad Kommunen hade för avsikt att upphandla, eftersom det rörde sig om stöd i träningslägenheter några få timmar per vecka. Det saknades då anledning för Kommunen att även kontakta den andra referensen eftersom Positivum ändå inte kvalificerat sig till upphandlingens utvärderingsfas.

Utifrån vad som framkommit om Positivums referensuppdrag står Kommunen fast vid att Positivum inte styrkt att företaget har erfarenhet av att sköta driften av ett stödboende i sådan omfattning som Kommunen efterfrågat i Upphandlingsdokumentet. Eftersom Positivum inte uppfyllt det obligatoriska kravet på att lämna referenser avseende två motsvarande uppdrag var det rätt av Kommunen att bedöma att bolaget inte uppfyllde det uppställda kravet.

Innan Kommunen meddelade tilldelningsbeslutet kontrollerades med angivna referenter att de uppdrag Stadsmissionen redovisat motsvarade vad

Kommunen efterfrågade i upphandlingen. Av svaren från referenterna framgick att de redovisade referensuppgifterna utförts i motsvarande omfattning rörande människor med aktivt missbruk. Stadsmissionen har även ett stort antal kollektiva boenden som organisationen äger och driver själv för människor med missbruksproblematik. Det var därför riktigt av kommunen att bedöma att Stadsmissionen uppfyllde de uppställda kraven på referensuppgifter som motsvarade föremålet för upphandlingen.

Kommunen delar inte Positivums uppfattning att det var otydligt vilken typ av referensuppgifter som efterfrågades. Detta framgår tydligt av punkten 2.5 Referensuppgifter i Upphandlingsdokumentet. Av Upphandlingsdokumentet framgår även tydligt vad det var för tjänst Kommunen hade för avsikt att upphandla.

Kommunen vidhåller att Positivum inte har lämnat två referensuppgifter som motsvarar den tjänst som Kommunen nu har upphandlat, vilket alltså är en fullständig drift av ett stödboende dygnet runt. Att något annat skulle vara fallet går inte att utläsa av skrivelsen från socialsekreteraren Joel Brandorf.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör

förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärderna ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet (4 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Uppgifter som ingått i Kommunens prövning

Upphandlingsdokumentet

I Upphandlingsdokumentet, punkten 2.5 Referensuppdrag, anges följande.

Till styrkande av den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten ska anbudsgivaren inkomma med referensuppdrag som avser drift av motsvarande boende, för motsvarande målgrupp och med kommuner som beställare.

Referensuppdragen ska vara två och oberoende av varandra. Uppdragen kan båda vara pågående eller ett av uppdragen avslutat under senaste året.

Kungälv's kommun förbehåller sig rätten att bedöma om angivet referensuppdrag är likvärdigt eller inte.

Positivums anbud

Referensuppdrag nr 1 har Positivum beskrivit enligt följande.

Kommun: SDF Norra Hisingen

Kort beskrivning av uppdraget: Boende med stöd. 4 timmar per vecka.

Klient har psykisk ohälsa, självskadebeteende samt alkoholproblematik.

Stöd med vårdinsatser, struktur i boendet. Extra timmar stöd beviljat av socialtjänsten med ytterligare 4 timmar efter sjukhusinläggning då klient försämrats i sitt mående. Totalt 8 timmars stöd.

Tidsperiod för uppdraget 2018-12-10 t.o.m. 2019-04-02

Referensuppdrag nr 2 har Positivum beskrivit enligt följande.

Kommun: SDF Angered

Kort beskrivning av uppdraget: Boende med stöd. Klient har mångårigt missbruk bakom sig. Stöd i drogfrihet och med stöd att få struktur i vardagen, komma ut i sysselsättning. Stöd 4 timmar per vecka.

Tidsperiod för uppdraget 2018-11-15 t.o.m. 2019-01-16
2019-04-16 – pågår

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten ska pröva

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av det felaktiga förfarandet.

Frågan i målet är i första hand om Kommunen, som Positivum gör gällande, bröt mot likabehandlingsprincipen genom att utesluta företagets anbud från den slutliga anbudsutvärderingen. Om så bedöms vara fallet får också prövas om Positivum kan anses ha lidit skada på grund av den angivna bristen i Kommunens förfarande.

Förvaltningsrätten antecknar i detta sammanhang att Positivum inte gjort gällande att Stadsmissionens anbud inte uppfyllde det obligatoriska kravet på referensuppdrag i upphandlingen, utan endast att dessa krav uppfylldes även i Positivums anbud.

Uppfylls kravet på referensuppdrag i Positivums anbud?

Av utformningen av punkten 2.5 Referensuppdrag i Upphandlingsdokumentet framgår att det är fråga om ett obligatoriskt krav. Kravet innebar att de referensuppdrag som en anbudsgivare skulle redovisa i sitt anbud skulle motsvara driften av sådan verksamhet som upphandlingen

avsåg. Detta framgår tydligt av den aktuella punktens utformning. Syftet med det obligatoriska kravet var att anbudsgivare skulle styrka den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som fordras för driften av ett boende som motsvarar föremålet för upphandlingen.

Positivum har, som bolagets beskrivning får förstås, i sitt anbud angett två referensuppdrag som båda avser avrop från ett ramavtal med Göteborgs Stad. Båda avropen rör en enskild individ som haft behov av särskilt stöd under en kortare tid. Enligt förvaltningsrättens mening kan referenser avseende sådana begränsade uppdrag inte styrka att Positivum har sådan teknisk och yrkesmässig kapacitet som efterfrågas i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte heller att det intyg från en socialsekreterare som Positivum ger stöd för någon annan uppfattning.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Positivums anbud inte uppfyllde det uppställda obligatoriska kravet i Upphandlings-dokumentets punkt 2.5 Referensuppdrag. Kommunen hade därför godtagbar anledning att inte låta anbudet gå vidare till den slutliga utvärderingen. Det har därmed inte framkommit att Kommunen i Upphandlingen, på det vis som Positivum gör gällande, har brutit mot likabehandlingsprincipen enligt 4 kap. 1 § LOU och inte heller mot någon annan bestämmelse i den lagen. Någon grund för ingripande med stöd av 20 kap. 6 § LOU har följaktligen inte kommit fram. Positivums ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kristian Karlemon
Rådman

Föredragande i målet har varit fördragande juristen Per Olofsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

