



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-05-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
7966-13, 7988-13, 7992-13
7996-13, 7999-13, 8632-13

1

SÖKANDE

AB Cean, 556522-8656
Kocksgatan 40 BV
116 29 Stockholm

MOTPARTER

1. Ekerö kommun
Box 205
178 23 Ekerö

2. Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

3. Solna stad
171 86 Solna

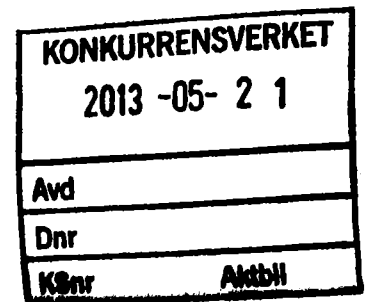
4. Sundbybergs stad
172 92 Sundbyberg

5. Järfälla kommun
177 80 Järfälla

6. Upplands Väsby kommun
194 80 Upplands Väsby

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Ceans ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 350783

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Ekerö kommun genomför en upphandling av Hem för vård och boende (HVB) samt stödboende tillsammans med Sollentuna, Solna, Sundbyberg, Järfälla och Upplands Väsby kommuner.

AB Cean ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska göras om med transparenta utvärderingskriterier och i andra hand att rättelse sker så att anbudet från AB Cean ges möjlighet att kvalificeras för utvärdering. Till stöd för sin talan anför AB Cean huvudsakligen följande. I förfrågningsunderlaget formuleras krav på tillstånd endast i dokumentet "Ska-krav". Något uttalat krav på att verksamheten ska inneha tillstånd är inte angivet i förfrågningsunderlaget, endast ett krav på att kopia på tillstånd ska bifogas i det fall verksamheten är tillståndspliktig. AB Cean har lämnat tillståndsbevis för dagverksamhet trots att verksamheten inte har varit tillståndspliktig för boende. Verksamheten som beskrivs i anbudet kallas Cean HVB i förhoppningen att den skulle kunna bedrivas i HVB-form efter godkännande av tillståndsgivande myndighet.

Behovet av att redovisa tillstånd enligt ska-krav 3.6 avgörs av om det föreligger tillståndsplikt. De upphandlande myndigheterna har i upphandlingens kvalificering behövt avgöra om tillståndsplikt föreligger för anbudsgivare som inte bifogat tillstånd. Stödboende inom AB Cean har tidigare bedömts som icke tillståndspliktig verksamhet av tillståndsgivande myndighet. Stödboendet är inte tillståndspliktigt förrän nytt beslut av sådan innebörd fattats av tillståndsgivande myndighet. Eftersom företaget inte tidigare behövt tillstånd för sitt stödboende kunde endast en kopia på tillstånd bifogas för den del av verksamheten som tillståndsgivande myndighet bedömt som tillståndspliktig, dvs. dagverksamheten. I anbudet har AB Cean uppgett att ansökan om tillstånd har lämnats in till Socialstyrelsen men att verksamheten bedrivits i stödboendeform tills tillstånd eventu-

ellt beviljats och att anbudet är avsett att bedömas på den grunden, dvs. att tillståndsplikt tills vidare saknas. Genom att det aktuella stödboendet har bemanning dygnet runt uppfylls ett avgörande krav även utan tillstånd. Numera har tillstånd beviljats för HVB-verksamheten.

Det förekommer i upphandlingar att avslagsbeslut från tillståndsgivande myndighet begärs in som bevis för att tillståndsplikt inte föreligger. Någon begäran om att redovisa ett avslagsbeslut har inte gjorts. De upphandlande myndigheterna måste själva ha utfört bedömningen om tillståndsplikt. Tillståndsplikt ska avgöras av en särskilt utpekad myndighet. Huruvida ett stödboende är tillståndspliktigt eller inte kan vara komplicerat att bedöma även för den myndighet som ska avgöra frågan. Att enskilda kommuner i en upphandling själva ska avgöra om tillståndsplikt föreligger kan rimligen inte vara rätt vare sig upphandlingstekniskt eller förvaltningsrättsligt. Anbudet från AB Cean har uppenbarligen utslutits på grund av att de upphandlande myndigheterna bedömt verksamheten som tillståndspliktigt och ansett att tillstånd för den del som avser boende skulle ha bifogats trots att verksamheten enligt tidigare fattat beslut inte varit tillståndspliktig.

Valet att gemensamt upphandla HVB-hem och stödboende utan tillståndsplikt har komplicerat jämförbarheten mellan anbud vid kvalificeringen och utvärderingen. Ett HVB-hem ska per definition ha tillstånd från Socialstyrelsen. Formuleringen i kravet i 3.6 innebär att stödboenden som i likhet med HVB-hem kräver tillstånd ska bifogas, men stödboende för personer över 18 år, vilket är den åldersgrupp som efterfrågas i upphandlingen, kräver generellt sett inte tillstånd för sin verksamhet. Vad som gör frågan om tillståndspliktiga stödboenden än mer komplicerad är att begreppet stödboende inte har någon entydig definition på nationell nivå och att tillståndspliktiga stödboenden i juridisk mening egentligen inte heller förekommer. Ett tillståndspliktigt stödboende faller enligt Socialstyrelsens tillståndsverksamhet in under HVB-begreppet. De redovisade tillstånden för dag-

verksamhet har redovisats i anbudet därför att i stödboendetjänsten kan ingå behandlingsaktiviteter under dagtid. Det är inte detsamma som att tillstånd skulle krävas för den del av verksamheten som avser boendet. Samtliga tre kategorier i upphandlingen avser personer över 18 år och alla tre kategorierna innefattar både HVB-hem och stödboenden. I kategorierna blandas tillståndspliktig och icke-tillståndspliktig verksamhet. Ingenstans finns uttryckt att tillstånd krävs för att verksamheten ska kvalificera sig för utvärdering. Det finns inte något uttryckligt krav på tillstånd. Kravet gentemot AB Cean att ha tillstånd för boende är inte transparent. Även andra anbud synes av tilldelningsbeslutet att döma ha diskvalificerats på grunder som berör definitionen av verksamhetens innehåll gällande behandlingshem kontra boende.

Det kan konstateras att Plattform Sthlm AB som bedriver en likartad verksamhet som AB Cean har kvalificerat sig för utvärdering utan anmärkning mot tillståndets giltighet. Båda företagens tillstånd är utfärdade för hem eller öppen verksamhet för vård under en begränsad del av dygnet. AB Cean har inte behandlats på ett sätt som är likvärdigt med Plattform Sthlm AB som också saknar tillstånd för boende.

Ekerö kommun, som även företräder övriga kommuner i upphandlingen, bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. I sitt anbud beskriver AB Cean endast att man bedriver HVB-verksamhet vilket enligt Socialstyrelsen är en tillståndspliktig verksamhet. Diskvalificeringen beror således inte på att AB Cean saknat tillstånd för stödboende utan på att man vid tidpunkten saknade tillstånd för HVB-verksamhet vilket var den verksamhet som beskrevs i anbudet. Hade AB Cean beskrivit verksamhet avseende stödboende hade anbudet också blivit kvalificerat och gått vidare till utvärdering. Den anbudsgivare som nämns i ansökan har i sitt anbud beskrivit verksamhet avseende stödboende vilket är en icke-tillståndspliktig verksamhet. Att AB Cean bedriver stödboende är inte påvisat i anbudet.

Det som beskrivs i anbudet är en tillståndspliktig verksamhet och något tillstånd är inte bifogat för denna. Vid granskningen av anbudet kunde inte Ekerö kommun se något som var att betrakta som en uppenbar felskrivning eller felräkning. Att i efterhand låta AB Cean komma in med beskrivning av verksamhet för stödboende på grund av att tillstånd för HVB-verksamhet saknades i anbudet skulle inte ha varit förenligt med principen om likabehandling. För att anbudet ska bli kvalificerat och gå vidare till utvärdering måste anbudsgivaren också beskriva hur man avser att tillgodose beställarnas behov av tjänsten. Att kvalificera ett anbud som inte någonstans beskriver hur uppdraget avseende stödboende ska bedrivas skulle inte heller vara förenligt med principen om likabehandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, gäller 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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.

Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när, se RÅ 2002 ref. 50.

Brister förfrågningsunderlaget i öppenhet på grund av att tillståndspliktig och icke tillståndspliktig verksamhet blandas?

Förvaltningsrätten bedömer att vad AB Cean anför avseende brister i förfrågningsunderlaget inte medför att upphandlande myndigheter kan sägas ha brutit mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU. Tvärtom framstår det enligt förvaltningsrättens mening som klart att upphandlingen avser både hem för vård och boende (HVB) och stödboende, samt att kopia på tillstånd för tillståndspliktig verksamhet ska bifogas anbudet i de fall anbudet avser tillståndspliktig verksamhet.

Skäl att förordna att upphandlingen ska göras om på denna grund föreligger därför inte.

Uppfyller AB Cean ska-kravet att bifoga erforderligt tillstånd?

Enligt förfrågningsunderlagets punkt 3.6 gäller följande.

”Om anbudet avser tillståndspliktig verksamhet skall kopia på tillstånd bifogas anbudet.”

Av anbudet från AB Cean framgår bl.a. följande i bilaga 1.

”Vi är ett HVB-hem som har lämnat in en tillståndsansökan till Socialstyrelsen och bedriver verksamheten tills vi blir godkända i stödboendeform.”

Förvaltningsrätten finner att AB Cean redan härigenom angett att anbudet avser en HVB-verksamhet. Vidare är den verksamhet som beskrivs i anbudet AB Ceans tänkta HVB-verksamhet. Att AB Cean angett att bolaget i väntan på tillstånd bedrev sin verksamhet i stödboendeform ger enligt förvaltningsrättens mening inte vid handen att anbudet skulle tolkas som att det avsåg såväl HVB-verksamhet som stödboende.

Det är ostridigt att en HVB-verksamhet är tillståndspliktig. AB Cean hade inget sådant tillstånd vid tidpunkten för anbudet och bifogade sedermera inte erforderligt tillstånd enligt ska-kravet. Det är därför förvaltningsrättens mening att de upphandlande myndigheterna hade fog för att utesluta bolaget. Skäl att förordna om rättelse på så sätt att AB Cean inte ska uteslutas från kvalificeringsfasen föreligger således inte.

Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Annika Pallvik Fransson
Förvaltningsrättsfiskal

Cecilia Östergren har handlagt 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. 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