



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2017-09-01
Meddelad i Stockholm

Mål nr
7813-17

SÖKANDE

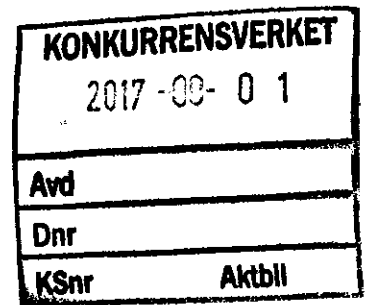
Saschas Familjehemsarbete AB, 556773-4164
Dopparestigen 3
125 35 Älvsjö

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 881014

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		

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför, som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en ramavtalsupphandling av konsulentstödd familjehemsvård ”Sociala omsorgsprocessen” (dnr. SOCN 2016/342). I tilldelningsbeslut den 27 mars 2017 meddelade kommunen att man avser att teckna ramavtal med fyra rangordnade leverantörer varav ingen är Saschas Familjehemsarbete AB (Saschas).

Saschas yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt att den ska rättas och anför bl.a. följande. Tilldelningsbeslutet är felaktigt och bolaget har lidit och kan komma att lida skada med anledning av kommunens agerande. Kommunen har i sin kommunikation med anbudsgivare framfört motsägelsefulla uppgifter som strider emot förfrågningsunderlaget. Kommunen har brutit mot principerna om likabehandling och transparens. Kommunen har under upphandlingens gång kommit in med ska-krav utöver det som kommunicerats i förfrågningsunderlaget, vilket inte är tillåtet.

I tilldelningsbeslutet av den 27 mars 2017 har fyra av sextio anbud ansetts vara kvalificerade. Orsaken till diskvalificeringarna framgår i utvärderingsprotokoll, med hänvisning till bl.a. *Frågor & svar* genom tjänsten e-Avrop. Där har många motsägelsefulla svar erhållits där det har varit svårt att tyda vad upphandlaren menat.

Kommunen skickade ett meddelande till samtliga anbudsgivare om att de önskade en accept om att anbudens giltighetstid skulle förlängas. Kommunens agerande kan uppfattas som förvirrande då kommunen tidigare sagt att om upphandlingen skulle bli föremål för en överprövning så skulle anbudens giltighet förlängas automatiskt.

Kommunens prismodell har hämmat en fri prissättning. Den har innefattat arvode för barn och ungdom samt en spalt för administrativa kostnader. Kommunen har menat att man ska "baka in" de administrativa kostnaderna för barn samt ungdomsplaceringar i en post. Det är dock inte möjligt eftersom kommunen i *Frågor & svar* angett att utföraren utgår från SKL:s riktlinjer vari finns ett intervall gällande arvode och omkostnadsersättning som ska anges av utföraren. För att få godkänt måste anbudsgivaren ha samma pris för barn och ungdom för att inte överskrida 45 procent administrativa kostnader. Prissättningen binds sålunda till kommunens villkor och hela 14 anbud har uteslutits på grund av denna otydlighet. I *Frågor & svar* har många frågor handlat om denna prismodell och hur man ska räkna ut ett korrekt anbud. Inga tillfredsställande svar eller räkneexempel har redovisats.

Kommunen har antagit fyra anbud varav tre inte är kvalificerade, nämligen Storstockholms familjehem AB, Vårldus SoL AB och Vård 24 Teamet AB. Antalet kvarstående anbud är inte så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Kommunens utvärderingsprotokoll är otydligt i avskiljningen mellan ägare och verksamhetsansvarig. Om ägaren är ett holdingbolag kan denna inte redovisa dokumenterad erfarenhet eller utbildning. Kommunen har vidare under upphandlingens gång, genom *Frågor & svar*, tillfört ett ska-krav om att anbudsgivare ska inkludera ett katalogunderlag. Anbudsgivare har blivit uteslutna t.ex. för att det finns namn i katalogunderlaget som inte stämmer med verksamhetsansvarig. Det bör dock vara klart vem som är verksamhetsansvarig om man ser till CV och inkomna handlingar som styrker examen.

Kommunen bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. Saschas anbud har förkastats för att flera ställda krav inte har uppfyllts. Av kravbilagan, punkt 7.0, framgår att verksamhetsansvarig och ägare kan vara samma person. Någon av dessa ska ha den kompetens som efterfrågas. I

krav 7.1 fordras dokumenterad erfarenhet av socialt arbete med barn/unga från de senaste två åren; ingående kunskaper om tillämpliga lagar, förordningar, föreskrifter och allmänna råd för målgruppen; särskilt avdelad person med adekvat högskoleutbildning och erfarenhet av daglig arbetsledning och drift av verksamhet. Av inlämnat anbud framgår att Sascha Abdelnabi är ägare av verksamheten. Ingen annan har angetts som verksamhetsansvarig, vilket innebär att ägaren måste uppfylla ställda krav i upphandlingen. Av anbudet framgår inte att ägaren eller någon annan har den kompetens som efterfrågas i kravet. Ägaren har skickat sin CV men inte heller där framgår att krav uppfylls. Saschas uppfyller således inte kravet.

Ett formulär med katalogunderlag medskickades i förfrågningsunderlaget. I formuläret står att detta ska fyllas i och bifogas anbudet, vilket ytterligare förtydligas i *Frågor & svar*. Saschas anbud saknar helt ifyllt katalogunderlag vilket innebär ett krav som inte är uppfyllt.

Prismodellen är tydlig och vedertagen. Det framgår av förfrågningsunderlaget hur priset ska anges. Arvode, omkostnader och administrativa avgifter ska redovisas. Kostnader som ska räknas in har exemplifierats i förfrågningsunderlaget. Kommunen har uppställt krav på att de administrativa kostnaderna inte får överstiga 39-45 procent av dygnersättningen. Anbudsgivare kan ha olika administrativa kostnader för barn respektive ungdom. Syftet med kravet är att tillförsäkra att anbudsgivarna inte själva behåller merparten av ersättningen utan att ersättningen kommer barn/ungdom tillgodo i familjehemmet. Kommunen har således haft sakliga skäl att utforma prismodellen och utvärderingen på sätt som gjorts. En upphandlande myndighet har rätt att utforma upphandlingen utifrån sitt behov och ställa de krav som den finner bäst kan tillgodose behovet, så länge de grundläggande principerna inte träds för när.

Vad gäller Saschas invändning rörande anbudens giltighetstid så vore det orimligt om en upphandling behövde avbrytas så snart giltighetstiden gått ut och upphandlande myndighet inte hunnit begära förlängning av anbudet. Det finns ingen bestämmelse i LOU som hindrar att anbudet förlängs efter att anbudens giltighetstid gått ut. Av rättspraxis framgår att det avgörande är att anbudet är giltigt när tilldelningsbeslutet meddelas.

Det som Saschas anför, rörande huruvida andra leverantörer kan ha lidit eller riskerar att lida skada, tas inte upp av kommunen eftersom Saschas inte lidit eller riskerat lida skada av det.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Enligt dess övergångsbestämmelser gäller ändå, för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet, den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Kommunens upphandling påbörjades 2016. Därför är 2007 års lag, som i denna dom förkortas LOU, tillämplig i målet.

I förenklade upphandlingar är bl.a. hela kapitlen 1 och 16 i LOU tillämpliga, se 15 kap. 2 § LOU. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs således att sökanden kan visa att myndigheten brutit mot LOU. Den sökande måste, för att vinna bifall, konkretisera på vilket sätt upphandlingens brister medfört att sökande har lidit eller kunnat komma att lida skada (jfr HFD 2013 ref. 53). Det går inte att vinna bifall på grund av skada som någon annan anbudsgivare kan ha lidit.

Förvaltningsrättens bedömning

Saschas har gjort gällande att kommunen under upphandlingens gång uppställt ett krav som inte fanns med i förfrågningsunderlaget om att anbudsgivarna ska inkomma med ett ifyllt katalogunderlag. Av utredningen i målet framgår att kommunen, i *Förutsättningar för anbudslämning*, räknat upp förfrågningsunderlagets bilagor, varav nr 7 är katalogunderlag. Denna bilaga är ett formulär med rader för bl.a. verksamhetens namn, en kort beskrivning av denna, hemsida och ersättning/dygn, och där står "Fyll i denna blankett och bifoga med anbudet". På fråga den 26 augusti 2016 har kommunen gett det publika svaret "Ja, bilaga 3 referensformuläret ska fyllas i och bilaga 7 katalogunderlaget ska fyllas i". Förvaltningsrätten anser att kravet på ett ifyllt katalogunderlag var transparent redan från början och det har ytterligare förtydligats genom *Frågor & svar*, inte ett som lagts till under anbudstiden. Kommunen har anfört att Saschas anbud helt saknar ifyllt katalogunderlag, vilket Saschas inte bestritt. Med hänsyn härtill har Saschas inte visat att skäl för ingripande enligt LOU föreligger på denna grund.

Saschas har vidare gjort gällande att kommunen tillämpat en prismodell som hämmat en fri prissättning. Bolaget har anfört att prismodellen tvingat an-

budsgivarna att ha samma pris för barn och ungdom för att inte överskrida en administrativ kostnad om 45 procent. Detta har enligt bolaget medfört att prissättningen binds till kommunens villkor och flera anbud har uteslutits på grund av denna otydlighet. Kommunen har å sin sida invänt att prismodellen är tydlig och vedertagen samt att syftet med att administrativa kostnader utgår med mellan högst 39–45 procent av dygnersättningen är att tillförsäkra att merparten av ersättningen kommer barn och ungdomar i familjehemmen tillgodo. Kommunen har vidare anfört att anbudsgivare kan ha olika administrativa kostnader för barn respektive ungdom. Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Det har inte framkommit annat än att prismodellen har tillämpats i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Saschas har genom vad man anfört om prismodellen inte visat att kommunen brustit i transparens eller likabehandling. Saschas har heller inte motsagt kommunens påstående om att de har en högre ersättning för administrativa kostnader än vad aktuellt krav säger. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte heller på denna grund.

Saschas har anfört att kommunen varit otydlig vad gäller avskiljningen mellan ägare och verksamhetsansvarig avseende kravet i punkt 7.1 i *skakravsformuläret*. I det aktuella kravet anges vissa krav på utbildning och erfarenhet som verksamhetsansvarig/ägare ska uppfylla. Enligt förvaltningsrättens mening har Sascha genom vad man anfört inte visat att kommunen brustit i transparens eller likabehandling. Saschas har heller inte motsagt kommunens påstående om att bolaget inte uppfyller kravet i punkten 7.1. Även i denna del saknas således skäl för ingripande enligt LOU.

Det har inte heller genom vad Saschas anfört om kommunens agerande rörande anbudens giltighetstid eller att kommunen ska ha lämnat motsägelsefulla svar i *Frågor och svar* framkommit skäl för ingripande enligt LOU.

Saschas har slutligen anfört att kommunen antagit fyra anbud varav tre inte är kvalificerade. Av rättspraxis följer att en anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen normalt inte riskerar att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Undantaget är om inget kvarvarande anbud borde ha godkänts och en korrekt utvärdering därmed hade medfört att upphandlingen måste göras om (jfr bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658–2667-13). Saschas har inte påstått detta, däremot att tre av de fyra godkända anbuden inte borde ha godkänts. Förvaltningsrätten kan konstatera att Saschas inte uppfyller ställda krav i den aktuella upphandlingen varför kommunen haft rätt att förkasta bolagets anbud. Om alla Saschas påståenden om konkurrenternas anbud är korrekta finns det ändå ett godkänt anbud kvar. Saschas menar att effektiv konkurrens då inte uppnås. Det kan vara ett giltigt skäl för upphandlande myndighet att självmant avbryta en upphandling men inte för förvaltningsrätten att ingripa mot denna på talan av en anbudsgivare som med rätta uteslutits.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Saschas har anfört i målet inte utgör skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Marcus Edelgård
Rådman

Föredragande har varit David Munck.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.