



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2019-12-02

Meddelad i Stockholm

Mål nr

17203-19

SÖKANDE

Jadehovs Gård AB, 556710-9581

Åkern 15

791 93 Falun

MOTPART

Socialnämnden, Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokaten Eva Ahlholm

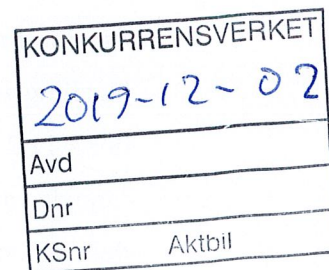
Stadsledningskontoret

Juridiska avdelningen

105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1150737

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd21.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genom dess socialnämnd (staden) genomför en upphandling av insatser för personer med missbruk från Stockholms stad, dnr 2.11.2-376/2018. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 11 juli 2019. Av upphandlingsrapporten framgår att Jadehovs Gård AB:s (bolaget) anbud gällande anbudsområde 7 inte bedömts uppfylla kravet i punkt 10.8 i upphandlingsdokumentet angående föreståndare. Bolaget har därför inte godkänts och gått vidare till utvärdering.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska ske så att bolagets anbud ges möjlighet till förnyad kvalificering för utvärdering, alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kravet är otydligt formulerat och kan tolkas på två sätt. Antingen kan det avse tre års arbete som utförs i heltidstjänst eller så avses tre år som sammanräknat uppgår till motsvarande tre års heltidsarbete. Preciseringsen ”på heltid” tydliggör inte om det som avses är heltidstjänst eller en omräkning till heltidsarbete. Ordet ”sammanlagd” indikerar att en summering ska göras, men frågan är vad som ska summeras. De senaste tio åren utgör en avsevärd tidsperiod där många enskilda insatser kan räknas samman. Bolaget har gjort tolkningen att under tio års tid ska föreståndaren ha sammanlagd erfarenhet som motsvarar tre års heltidsarbete. Bolagets föreståndares arbete under de senaste tio åren har inte enbart riktat sig mot vuxna med missbruk men andelen överstiger en tredjedel. Kravet brister också i proportionalitet. Bolaget instämmer med staden att flera års erfarenhet av målgruppen kan vara till fördel för en föreståndare på ett stödboende för missbrukare och ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet. Begränsningen till heltidsarbete medför emellertid att en ovanligt meriterad och erfaren föreståndare kan underkännas i kvalificeringen av anbudet till förmån för

föreståndare som är mindre meriterade och har mindre sammanlagd erfarenhet. Om erfarenheten under lång tid förvärvats i hel- eller deltidsarbete kan rimligen inte ha någon betydelse för tillägnet. Bolagets föreståndare har tillägnat sig erfarenheten i en kommunal heltidstjänst under mer än ett decennium, där den sammanlagda erfarenheten av målgruppen med god marginal uppgår till tre år ”på heltid”. Mot bakgrund av att föreståndare i branschen inte sällan är deltidsarbetande kan kravet uppfattas som både oproportionerligt och diskriminerande. Många föreståndare är kvinnor som av familjeskäl eller andra skäl kan ha valt deltidsarbete. Föreståndare kan även vara engagerade i olika roller och i flera verksamheter samtidigt. Bolaget lider, genom stadens tillämpning av det uppställda kravet, förlust av tillgången till en omfattande marknad för sina tjänster. Ytterligare en grupp som kan lida skada är den grupp av missbrukare som hade kunnat bli placerade i bolagets verksamhet. Krav på erfarenhet får inte ställas med så bristande proportionalitet att det kan komma att utgöra etableringshinder. Bolaget har tidigare bedrivit verksamheten som familjehem men har övergått till formen stödboende, med en kompetent föreståndare. På så sätt kan kravet på tre års erfarenhet av målgruppen på heltid utgöra ett etableringshinder. För att etableringshinder inte ska uppstå måste kraven på yrkeserfarenhet utformas på ett sådant sätt att de inte riskerar att bli exkluderande och begränsar konkurrensen.

Bolaget ger in en komplettering till föreståndarens CV.

Staden bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Upphandlingen har inte skett i strid med gällande lagstiftning och principer. Bolagets anbud har inte uppfyllt ett i upphandlingsdokumentet klart och tydligt krav på tjänsten. När det gäller formuleringen på kravet ska yrkeserfarenheten vara arbete på heltid med målgruppen, det räcker inte att någon har haft en heltidstjänst och därvid i mindre utsträckning inom ramen för sitt uppdrag även har erfarenhet av målgruppen. Bolagets inställning att kravet kan förstås som att

yrkeserfarenheten inte behöver vara på heltid skulle i praktiken kunna innebära att föreståndaren arbetat med målgruppen 624 timmar per år i tio år eller tolv timmar per vecka, vilket är en fullständigt orimlig tolkning. Det måste stå klart att kravet gäller just heltidsarbete och inte en varierande, betydligt mindre mängd timmar över tio år, som enligt bolaget inte ens skulle behöva utgöra deltidsarbete med målgruppen. Kravet är i denna del tydligt och avviker inte från ofta förekommande skrivningar i liknande krav.

Kravet är inte heller utformat i strid med proportionalitetsprincipen. En upphandlande myndighet har stor frihet att ställa de krav som krävs för att uppnå kvalitet och efterfrågade mål med verksamheten. Staden har en lång erfarenhet av att bedöma vilka faktorer som är avgörande för att målen med missbruksvård ska uppnås på ett så bra sätt som möjligt. Om en upphandlande myndighet inte får ställa de krav som enligt myndighetens samlade erfarenhet är en nödvändig förutsättning för att uppnå målsättningar med verksamheten, så blir konsekvensen att socialtjänsten varken kan ansvara för insatsernas praktiska resultat eller att kvaliteten uppfylls enligt det lagstadgade ansvaret i 3 kap. 3 § socialtjänstlagen (2001:453). Kravet på erfarenhet genom heltidsarbete är ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet. Stödboendet omfattar verksamhet med social rehabilitering och stöd i syfte att uppnå drogfrihet och nykterhet. Denna verksamhet har ofta avgörande betydelse för det resterande livet för en person som försöker lämna ett liv med missbruk. Föreståndaren har en central betydelse för verksamheten och det är i högsta grad ändamålsenligt att kräva yrkeserfarenhet av målgruppen på heltid. Sådan erfarenhet visar bl.a. att personen till fullo har ägnat sig åt yrke som avser den aktuella målgruppen. Ett lägre ställt krav, som innebär att personen har ägnat sig åt andra målgrupper och därvid har viss erfarenhet av målgruppen, är långtifrån tillräckligt för att uppnå en basgaranti för att föreståndaren har nödvändig erfarenhet så att resultaten kan bli så goda som möjligt. Ändamålet kan inte uppnås på ett mindre ingripande sätt. När det gäller vinsten för det allmänna i förhållande till skadan för bolaget fastslås

att den samhälleliga vinsten av att en person lämnar ett liv med missbruk och klarar att leva ett självständigt och ansvarstagande liv utan missbruk är mycket stor. Utbudet av personer som uppfyller det aktuella kravet innebär att bolaget mycket väl kan lämna anbud. Kravet innebär inte någon inskränkning ens i termer av att det skulle vara särskilt svårt att uppfylla. Staden konstaterar att det inte utgör etableringshinder med ett krav avseende en föreståndare, som t.ex. kan uppfyllas av en socionom som har arbetat tre år med målgruppen på heltid. Kravet är fullt möjligt att uppfylla utifrån. En upphandlande myndighet är inte skyldig att begränsa sina krav på erforderlig personal utifrån de anställningar och anställningsförhållanden som kan finnas hos presumtiva arbetsgivare, förutsatt att kravet inte är i strid med proportionalitetsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 4 kap. 2 § får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har lämnat anbud för anbudsområde 7 som avser stödboende. Staden har för anbudsområdet efterfrågat drogfria boenden som arbetar med social rehabilitering och ger stöd i drogfrihet. Av upphandlingsrapporten framgår att staden har bedömt att bolaget inte uppfyller kravet i punkt 10.8 gällande föreståndare.

Av punkt 10.8 i upphandlingsdokumentet framgår att verksamheten ska ha en av tillståndsmyndigheten godkänd föreståndare som ska ansvara för det dagliga arbetet och säkerställa att verksamheten ger god vård och omsorg. Av punkten framgår också att den ansvariga föreståndaren ska ha lägst tre års sammanlagd yrkeserfarenhet av målgruppen på heltid, förvärvat de senaste tio åren.

Enligt staden har föreståndaren som bolaget angett i sitt anbud inte lägst tre års sammanlagd yrkeserfarenhet av målgruppen på heltid, förvärvat de senaste tio åren. Bolaget har gjort gällande att kravet i denna del är otydligt formulerat och kan tolkas på olika sätt. Bolaget har även gjort gällande att kravet är oproportionerligt och att det utgör etableringshinder.

Förvaltningsrätten prövar därför inledningsvis om kravet i punkt 10.8 strider mot transparensprincipen.

Den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumentet kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett

upphandlingsdokument. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår emellertid att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlingsdokument ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00 SIAC Construction).

Enligt staden ska kravet i punkt 10.8 tolkas så att det som avses är heltidsarbete med den aktuella målgruppen och inte en varierande, betydligt mindre mängd timmar över tio år. Det räcker enligt staden alltså inte att föreståndaren har haft en heltidstjänst och därvid i mindre utsträckning inom ramen för sitt uppdrag fått erfarenhet av målgruppen.

Bolaget har tolkat kravet så att det som avses är arbete med målgruppen som sammanlagt uppgår till motsvarande tre års heltidsarbete. Formuleringen ”på heltid” tydliggör enligt bolaget inte om det som avses i kravet är heltidstjänst eller en omräkning till heltidsarbete.

Förvaltningsrätten anser, utifrån hur kravet i punkt 10.8 är formulerat, att det måste tolkas så som staden gör gällande, dvs. att den ansvariga föreståndaren ska ha arbetat heltid med den aktuella målgruppen under sammanlagt tre år de senaste tio åren. Om meningen var att kravet skulle tolkas som bolaget gör gällande hade det rimligtvis formulerats på så sätt att föreståndarens arbete med målgruppen sammanlagt skulle *motsvara* tre års heltidsarbete alternativt att föreståndarens arbete med målgruppen sammanlagt skulle uppgå till tre års arbete på heltid *eller motsvarande arbete på deltid*. Förvaltningsrätten anser också att en rimligt informerad och normalt

omsorgsfull anbudsgivare bör ha haft möjlighet att förstå det aktuella kravets innebörd. Kravet i punkt 10.8 strider därför inte mot transparensprincipen.

Förvaltningsrätten prövar vidare om kravet i punkt 10.8 strider mot proportionalitetsprincipen.

En upphandlande myndighet har stor frihet att uppställa vilka krav den vill så länge kraven är förenliga de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr rättsfallen HFD 2012 ref. 48 och HFD 2018 ref. 50). En av dessa principer är proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på anbudsgivaren än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas och de mål som eftersträvas (prop. 2006/07:128 s. 132 och prop. 2009/10:180 s. 91).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det eftersträvade syftet. Det andra steget utgörs av en prövning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se t.ex. rättsfallet HFD 2016 ref. 37).

Syftet med kravet i punkt 10.8 får, utifrån hur kravet är utformat och hur staden har utformat sin talan, anses vara att säkerställa att föreståndaren har den erfarenhet som krävs för uppdraget. Förvaltningsrätten bedömer att kravet framstår som både lämpligt och effektivt för att uppnå detta syfte.

Förvaltningsrätten bedömer också att det inte framkommit annat än att det, för att uppnå det eftersträvade syftet, är rimligt att ställa krav på att erfarenheten av den aktuella målgruppen uppgår till tre år. När det gäller sysselsättningsgraden kan visserligen tänkas att det skulle kunna vara möjligt att förvärva samma erfarenhet i en deltidstjänst som i en heltidstjänst, så länge den totala erfarenheten motsvarar tre år. Det framstår dock som nödvändigt för staden att ställa krav på en viss sysselsättningsgrad för att rent praktiskt kunna säkerställa att arbetet faktiskt kommer upp i en omfattning om sammanlagt tre år, och det har inte kommit fram att det i detta fall skulle vara möjligt med en lägre sysselsättningsgrad än heltid. Att föreståndaren har arbetat heltid med målgruppen blir alltså, som staden gör gällande, en garanti för att föreståndaren har den erfarenhet som krävs. Kravet bedöms därför vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. I likhet med staden bedömer förvaltningsrätten också att det torde finnas ett så pass stort utbud av personer som uppfyller det aktuella kravet, och därmed kan godkännas som föreståndare, att de negativa effekterna av kravet inte heller är opropor-tionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet. För denna slutsats talar också att majoriteten av de andra anbudsgivarna har uppfyllt det aktuella kravet. Kravet strider enligt förvaltningsrättens mening inte mot propo-rtionalitetsprincipen.

Slutligen prövar förvaltningsrätten om kravet i punkt 10.8 strider mot kon-kurrensprincipen.

Bolaget har i denna del gjort gällande att bolaget har övergått från att be-driva familjehem till att bedriva stödboende och att det aktuella kravet på så sätt kan utgöra etableringshinder. Bolaget har också pekat på att kravet måste, för att inte utgöra etableringshinder, utformas på ett sådant sätt att det inte riskerar att bli exkluderande och begränsa konkurrensen.

Förvaltningsrätten bedömer att det som bolaget anfört i denna del inte visar att kravet i punkt 10.8 har utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Kravet strider därför inte heller mot konkurrensprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det som bolaget anfört inte visar att staden i den aktuella upphandlingen har brutit mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därför inte grund för ingripande enligt LOU varför bolagets ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Mats Odenstad
Rådman

Föredragande juristen Elin Blom har föredragit målet.



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 nyårsafton, 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 avvisar 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.