



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-01-25
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3091-15

KONKURRENSVERKET	
2016-01-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Stiftelsen Ariadne, 832401-7170
c/o Lindman-Backius
Grytebäck
590 94 Blackstad

Ombud: Lars Lindman-Backius
Grytebäck
590 94 Blackstad

MOTPART

Kalmar kommun
Upphandlingsenheten
Serviceförvaltningen
Box 611
391 26 Kalmar

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Begäran om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Stiftelsen Ariadnes ansökan om överprövning.

Dok.Id 126009

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande genomfört en upphandling av daglig verksamhet enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) och dagverksamhet enligt socialtjänstlagen (2001:453, SoL) på gård med djur i lantlig miljö, ärendebeteckning 2015-21. Som tilldelningsgrund tillämpades det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Genom tilldelningsbeslut har andra leverantörer än sökanden antagits och stiftelsen Ariadnes (stiftelsen) anbud förkastats. Beslutet att förkasta stiftelsens anbud motiverades med att den offererade verksamheten skulle utföras i andra lokaler och andra fastigheter än de som omfattades av tillståndet. Tillståndet omfattade inte heller den offererade verksamheten avseende hästar, höns och får. Stiftelsens anbud saknar även handlingsplan vid brand för lokal där verksamheten skulle bedrivas.

Stiftelsen yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att stiftelsens anbud ska anses uppfylla alla skall-krav. I andra hand yrkar stiftelsen att rättelse ska göras så att det upphandlade värdet på 38 000 kr ska vara en faktor. I sista hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Stiftelsen

Kommunen ställer krav på att anbudsgivaren ska ha tillstånd enligt 9 § 10 LSS vid ansökningstillfället. Det ligger i sakens natur att man inte i förväg

kan avkrävas tillstånd för en verksamhet som man kanske inte kommer att bedriva. Ett tillstånd kräver många gånger bl.a. investeringar i byggnader och medarbetare. Detta är inte möjligt innan man har placeringar till verksamheten. Handläggningstiderna hos Inspektionen för vård och omsorg (IVO) är omkring fyra månader. Det var tidsmässigt omöjligt att få tillstånd/utvidgat tillstånd under den korta tid som löpte mellan kungörandet av upphandlingen och anbudstidens utgång. Kravet på att anbudsgivaren ska ha förtida tillstånd att bedriva verksamheten utesluter alla tänkbara anbudsgivare, förutom Mossegården och Lustgården. Lustgården saknar tillstånd för en utlokaliserad verksamhet. Trots detta har anbudet kvalificerats. Kommunen agerar i strid mot likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen. Kommunen borde i upphandlingen även utvärderat kriteriet pris.

Kommunen

Stiftelsens anbud uppfyllde inte alla krav och har därför förkastats. Varken utvärderingsmodell eller förfrågningsunderlaget strider mot LOU. Stiftelsen har inte lidit någon skada.

Kommunen har en skyldighet att anordna daglig verksamhet och dagverksamhet enligt LSS och SoL. Dessa verksamheter är tillståndspliktiga. IVO meddelar tillstånd efter ansökan. Daglig verksamhet och dagverksamhet får inte bedrivas innan tillstånd meddelas. Det ligger i sakens natur att några placeringar inte kan erhållas före tillståndet är beviljat. Kravet på tillståndsinnehav vid anbudstillfället är nödvändigt för att säkerställa att leverantören har erforderligt tillstånd och att det är möjligt att teckna kontrakt vid avtalsstart. Kravet är därför nödvändigt, lämpligt och effektivt. Det är inte tillräckligt att leverantören har för avsikt att ansöka om tillstånd eller ändring av befintligt. Kommunen kan omöjligt bedöma om IVO kommer att bevilja tillståndet. Kravet är således en lämplig och effektiv åtgärd för att nå det

eftersträvade syftet. Den negativa effekten åtgärden får på det intresse åtgärden inskränker, är inte oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet. Kravet är utformat på ett klart och tydligt sätt.

Stiftelsens offererade verksamhet skulle utföras i andra lokaler och andra fastigheter än de som omfattades av tillståndet. Om verksamheten ska bedrivas i andra lokaler fordras alltså ansökan om ändring av tillståndet. Befintligt tillstånd omfattar inte den offererade verksamheten avseende hästar, höns och får. Ett ovillkorligt krav är att det på gården ska finnas minst två handikappvänliga hästar samt ytterligare minst två tamdjursarter. Vare sig de hästar, höns, kaniner eller får som stiftelsen redogjort för finns på den fastighet som omfattas av tillståndet. Kravet är därför inte uppfyllt.

Aktuell tjänst upphandlas till ett fast pris, vilket är en vanligt förekommande metod inom exempelvis vårdupphandlingar. Kommunen avser att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Den antagna leverantören Lustgården har i sitt anbud hänvisat till en lokal som inte omfattas av deras tillstånd. De aktiviteter som kan utföras där ingår inte i den upphandlade tjänsten och ska inte utvärderas. Det är inte korrekt att utesluta Lustgårdens anbud på grund av att de offererat mer än vad som efterfrågats. Lustgården kan, till skillnad från stiftelsen, leverera offererad tjänst. Även om förvaltningsrätten finner att Lustgårdens anbud felaktigt har antagits, lider stiftelsen ingen skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 följer 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlande myndighet är fri att efter eget tycke utforma krav och utvärderingsmodell så länge det inte sker i strid mot vad som stadgats i LOU. Att inte utvärdera kriteriet pris kan därför inte anses ha skett i strid mot gällande bestämmelser. I vilket fall har stiftelsen inte visat att detta är lagstridigt.

I förfrågningsunderlaget under rubriken Krav på anbudsgivaren - kvalificeringskrav framgår att tillstånd för att bedriva öppen verksamhet enligt SoL och daglig verksamhet enligt LSS ska innehas vid inlämning av anbudet. Kopia på tillståndet ska bifogas anbudet. Förvaltningsrätten finner att kravet inte kan uppfattas som endast ett krav på att tillstånd ska finnas, utan att kravet innebär att tillståndet måste omfatta hela den verksamhet som offereras. Enligt förvaltningsrätten framstår kravet såsom obligatoriskt och att det ska vara uppfyllt vid anbudstidens utgång. Det tillstånd stiftelsen bifogat anbudet rör fastigheten Arbylund 1:2 i Vassmolösa. Av stiftelsens anbud framgår att verksamheten även avsetts att bedrivas i andra lokaler och fastigheter än som omfattas av tillståndet. Det obligatoriska kravet är alltså inte uppfyllt.

Under rubriken Verksamhet på gård anges att det på gården ska finnas minst två handikappvänliga hästar samt ytterligare minst två tamdjursarter. Kravet framstår enligt domstolen som obligatoriskt och det anges att det ska vara uppfyllt vid anbudstidens utgång. I stiftelsens anbud framgår inte att de djur som anges ovan finns på den tillståndsgivna verksamhetens fastighet

Arbylund 1:2. Det till anbudet bifogade tillståndet omfattar således inte alla delar av stiftelsens verksamhet och det obligatoriska kravet är inte uppfyllt.

Under rubriken Lokal kris- och katastroforganisation i förfrågningsunderlaget anges att handlingsplan vid brand ska bifogas anbudet. Kravet framstår som obligatoriskt samt att det ska vara uppfyllt vid anbudstidens utgång. Stiftelsens anbud omfattar enbart en handlingsplan avseende Kastanjetten. Denna byggnad ingår inte i stiftelsens tillstånd. Inte heller detta obligatoriska krav är därför uppfyllt.

Stiftelsen menar att kravet på tillståndsinnehav vid anbudstidens utgång är alltför strängt. Det skulle innebära kostnader i form av investeringar i byggnader och medarbetare innan anbudsgivaren får vetskap om tilldelande av kontrakt, vilket är orimligt. Dessutom har det tidsmässigt inte varit möjligt att hinna få tillstånd. Kommunen menar att man måste veta att tillstånd finns vid anbudstidens utgång för att det ska vara möjligt att teckna kontrakt vid angiven tid. Tillståndsinnehavaren kan inte få några placeringar på sin verksamhet innan tillståndet beviljats. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09). Enligt förvaltningsrätten har kommunen visat att det ställda kravet inte är oproportionerligt strängt.

Förvaltningsrättens sammantagna bedömning är att kravet på tillståndsinnehav vid anbudstidens utgång inte strider mot proportionalitetsprincipen. Stiftelsens anbud uppfyller inte ställda krav i upphandlingen och har därför rätteligen förkastats. Det är inte visat att upphandlande myndighet har brutit mot någon av bestämmelserna i LOU.

Stiftelsen har vidare anfört att Lustgården inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav. Den anbudsgivare vars anbud rätteligen uteslutits i kva-

lificeringsfasen kan inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kan därmed normalt inte lida eller komma att lida skada på grund av att en annan anbudsgivare som inte uppfyller samtliga skall-krav antas som leverantör i upphandlingen (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7070-13 m.fl.). I upphandlingen har inkommit tre anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår att maximalt två anbud kommer att antas. Om Lustgårdens anbud inte skulle uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget kvarstår ett anbud. Stiftelsen kan därför inte anses ha ett berättigat intresse av att få sina invändningar mot Lustgården prövat

Stiftelsens ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1D-LOU).

Malin Toivainen
t.f. rådman

Föredragande har varit Helene Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.