

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

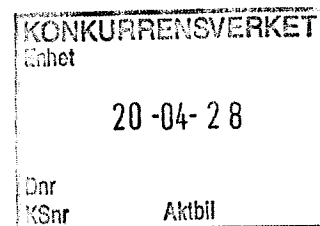
DOM

2020-04-28

Meddelad i Stockholm

Mål nr
4439-20**SÖKANDE**AB Big Care HVB, 556951-9191
Björnidegränd 4
162 46 Vällingby**MOTPART**Ekerö kommun
Box 205
178 23 Ekerö**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1222502

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd33.fst@dom.se https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Ekerö kommun genomför en upphandling benämnd Familjehem, jourhem, HVB-hem och stödboende (dnr KSHU19/55). Upphandlingen genomförs i form av ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Upphandlingen är indelad i följande anbudsområden:

1. Familjehem
2. Jourhem
3. HVB-hem flickor 13-20 år
4. HVB-hem pojkar 13-20 år
5. HVB-hem flickor och pojkar 13-20 år
6. Stödboende

AB Big Care HVB har lämnat anbud i anbudsområde 6. Av tilldelningsbeslut daterat den 14 februari 2020 framgår att AB Big Care HVB inte har kvalificerats eftersom bolagets ”ena referensuppdrag omfattar ej motsvarande verksamhet som anbudsområdet avser. Anbudsgivaren bedöms därför inte uppfylla krav 5.3 i skakravsformuläret”. AB Big Care HVB har därmed inte gått vidare till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

AB Big Care HVB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas avseende anbudsområde 6 på så sätt att bolaget kvalificeras till utvärdering och att en ny anbudsutvärdering därefter genomförs. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande.

Bolaget uppfyller krav 5.3 i skakravsformuläret och Ekerö kommuns tillämpning av krav 5.3 strider mot proportionalitetsprincipen. I krav 5.3 i skakravsformuläret anges att referensuppdragen ska omfatta motsvarande verksamhet som anbudsområdet avser. Anledningen till att bolaget inte har kvalificerats förefaller vara att dess ena referens avser en verksamhet med HVB-tillstånd när upphandlingen avser stödboende. Det finns rimliga och godtagbara skäl till att det ena referensuppdraget avseende stödboende har fått en annan kategorisering i sitt tillstånd.

Verksamheterna har omfattat ”motsvarande” verksamhet även om de bedrivits under olika benämningar. Den aktuella referensen har angetts som stödboende eftersom det var den verksamhet som bedrevs inom ramen för det enda möjliga tillstånd som fanns att tillgå under den aktuella tidsperioden, dvs. HVB. Bolaget hade under perioden 2015–2018 tre boenden i Enköping för målgruppen ensamkommande barn (Villa Lillkyrka, Villa Solrosen och Villa Violen). Boendena låg med tio minuters avstånd från varandra och sköttes av samma personalgrupp mot den gemensamma målgruppen ensamkommande barn. Stödboendet Villa Lillkyrka bestod av separata lägenheter medan de andra boendena bedrevs i kollektiv form under beteckningen HVB. För HVB-hem är kravet på personalnärvaro högre än för stödboende, vilket kan vara av avsevärd vikt när de unga är barn under 18 år. Kommunens upphandling avser just barn och unga 16 – 20 år. Placeringsformen stödboende existerade inte i lagen innan 2016. När boendena Villa Solrosen och Villa Violen ansökte om tillstånd 2015 fanns bara tillstånd för HVB att ansöka om, oavsett innehåll. Tillståndet för Stödboendet Villa Lillkyrka beviljades 2017, när stödboende hade införts i lagen som en ny placeringsform. Av bolagets beskrivning i bifogad ”Bilaga 5.3 Referenser” framgår att innehållet i uppdragsbeskrivningarna för de lämnade referenserna är identiska, oavsett om det ena referensuppdraget har bedrivits under beteckningen HVB-hem och det andra under beteckningen stödboende. Någon behandling har inte heller bedrivits på HVB-boendena.

Tillstånden för Villa Solrosen och Villa Violén omfattade inte behandling, vilket innebär att innehållet endast kan ha bestått av stödinsatser.

Vid upphandling inom ett verksamhetsområde måste upphandlande myndighet förväntas vara insatt i för området gällande lagar och regler. För verksamheten ”stödboende” måste det för Ekerö kommun varit känt att begreppet stödboende inte existerade i lagen förrän 2016 och att ”motsvarande” verksamheter som fått tillstånd innan dess endast kunde gå under benämningen HVB. Till saken hör också att såväl myndigheter som privata aktörer måste känna till de stora övergångsproblem som uppstod 2015 och flera år framåt när Inspektionen för vård och omsorg (IVO) översvämmades av tillståndsansökningar från verksamheter till följd av den omfattande vågen av ensamkommande barn i stort behov av boenden. IVOs handläggningstider var under den aktuella perioden mycket långa, vilket gjorde det svårt att ändra ett HVB-tillstånd till ett tillstånd för stödboende. De beskrivna förhållandena kring HVB-hem och stödboenden har varit så välkända inom branschen att kommunens diskvalificering på grunden att verksamheten inte skulle ha varit ”motsvarande” framstår som orimlig och oproportionerlig. Än mer märkligt blir diskvalificeringen med beaktande av att HVB-formen skiljer sig från stödboendeformen genom att ställa högre kvalitetskrav på boendet.

Kommunen har i förvaltningsrätten åberopat en ny grund för diskvalificering. Frågan om försäkring har inte angetts som grund för diskvalificering i tilldelningsbeslutet och måste därför anses ligga utanför målet. För det fall Ekerö kommun tillåts åberopa denna grund vill bolaget ändå göra följande kommentar. Upphandlande myndigheter brukar normalt inte kräva försäkring av verksamheter som är under uppstart eller är tillfälligt vilande förrän vid tidpunkten för när avtal ska ingås. Bolaget redogjorde i sitt anbud för situationen gällande försäkring på följande sätt ”Stödboendeverksamheten har varit vilande medan nya lokaler byggs och nu håller på att färdigställas.

Försäkringen utökas till att omfatta verksamheten den dag driftsättning sker, vilket är planerat till februari 2020. Nu gällande försäkring för bygge och koncernstruktur bifogas”. Eftersom verksamheten inom bolaget har varit helt vilande under en period togs bolaget tillfälligt bort som medförsäkrad från AB Big Cares koncernförsäkring. Ekerö kommuns krav på tecknad ansvarsförsäkring innan avtalsstart är oproportionerligt.

Ekerö kommun (kommunen) bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med vad som föreskrivs i upphandlingsdokumenten, LOU samt de allmänna principerna för offentlig upphandling.

Bolaget uppfyller inte krav 5.2 i skakravsformuläret. I den bifogade bilagan ”Bilaga 5.3 Referenser” har bolaget angett att referensuppdrag 1 avser en placering i ett av bolaget tidigare ägt stödboende. När Ekerö kommun tog kontakt med angiven referensperson för referensuppdrag 1 framkom emellertid att uppdragsgivaren endast hade haft HVB-placeringar via anbudsgivaren och inte någon placering i ett stödboende. Det är således inte visat att referensuppdrag 1 omfattar motsvarande verksamhet som anbudsområdet (stödboende) avser och krav 5.3 i skakravsformuläret är därmed inte uppfyllt. Bolaget anför i sin ansökan om överprövning att tillstånden för HVB-boendena Villa Solrosen och Villa Violen inte omfattar behandling, vilket innebär att innehållet endast kan ha bestått av stödinsatser. Denna information och tillstånden från IVO avseende Villa Lillkyrka, Villa Solrosen och Villa Violen har emellertid inte varit tillgänglig för Ekerö kommun vid anbudsprövningen. Ekerö kommun kan, och ska, endast beakta och utgå från sådan information som funnits tillgänglig vid anbudsprövningen. Bolaget anför även att Ekerö kommun har bedömt referensuppdrag 1 och 2 utifrån de olika tillstånd som verksamheterna har. Som nämnts har hänsyn inte tagits till de olika tillstånden eftersom dessa inte har efterfrågats i upphandlingen och bolaget inte heller bifogat dem till

sitt anbud. Ekerö kommun är medvetna om flyktingkrisen år 2015 och att begreppet stödboende inte existerade i lagen förrän år 2016. Detta är dock inte relevant för anbudsprövningen. Det relevanta är att när Ekerö kommun tog kontakt med angiven referensperson för referensuppdrag 1 så kunde referenspersonen inte intyga att det var denna typ av boende, dvs. stödboende, som uppdragsgivaren haft via bolaget utan det framkom att man endast haft HVB-placeringar via leverantören.

Bolaget uppfyller inte heller krav 4.3 i skakravsformuläret. Av det försäkringsbevis som bolaget har bifogat sitt anbud framgår inte att bolaget är försäkringstagare eller medförsäkrad för den försäkring som försäkringsbeviset avser. I stället anges en annan leverantör med ett annat företagsnamn och organisationsnummer som försäkringstagare respektive medförsäkrad. Av det bifogade försäkringsbeviset framgår således inte att bolaget uppfyller krav 4.3 i skakravsformuläret. Ekerö kommun är av uppfattningen att saken i målet inte ändras genom att även denna diskvalificeringsgrund åberopas och att frågan således ryms inom ramen för det aktuella målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (4 kap. 1 § LOU). Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av dessa allmänna principer för offentlig upphandling 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens utredningsansvar är i mål av förevarande slag begränsat och för att ett ingripande mot en upphandling ska ske krävs det i princip att den som gör gällande att upphandlingen är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Det ankommer vidare på sökanden att konkretisera på vilket sätt som de påstådda bristerna har medfört att sökanden har lidit eller kunnat komma att lida skada (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Ekerö kommun, genom att diskvalificera bolaget, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

Krav 5.3 i skakravsformuläret

Bolaget gör gällande att det är felaktigt att diskvalificera bolaget eftersom det uppfyller krav 5.3 i skakravsformuläret och att kommunens tillämpning av krav 5.3 strider mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolaget i överprövningsprocessen har gett in handlingar från IVO, som inte har bifogats anbudet, till styrkande av att bolaget uppfyller krav 5.3 i skakravsformuläret. Av likabehandlingsprincipen följer att en anbudsansökan eller ett anbud som utgångspunkt inte får ändras efter det att tidsfristen för att ge in handlingen har löpt ut (prop. 2015/16:195 s. 977). Det är därför av stor vikt att anbudsgivaren säkerställer att det av anbudet framgår att samtliga i upphandlingen uppställda krav är uppfyllda. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att handlingarna från IVO inte kan läggas till grund för bedömningen av om bolaget uppfyller krav 5.3 i skakravsformuläret.

Av krav 5.3 i skakravsformuläret framgår bl.a. att en redovisning av två olika referensuppdrag ska bifogas anbudet och att referensuppdragen ska motsvara verksamhet som anbudsområdet avser. Vidare framgår att beställaren förbehåller sig rätten att kontakta dessa referenser och att beställaren vid kontakt med referenserna kommer kontrollera lämnade uppgifter.

Det aktuella anbudsområdet avser stödboende. Det har i målet inte gjorts gällande att krav 5.3 i skakravsformuläret i sig skulle vara oproportionerligt, dvs. att referensuppdragen ska motsvara verksamhet vid stödboende.

Av utredningen i målet framgår att bolaget till sitt anbud har bifogat bilagan "Bilaga 5.3 Referenser", där det bl.a. anges att referensuppdrag 1 avser ett av bolaget tidigare ägt stödboende. Bolaget har i "Bilaga 5.3 Referenser" förvisso angett identiska uppdragsbeskrivningar för referensuppdrag 1 och 2. Det är emellertid ostridigt att den angivna referenspersonen för referensuppdrag 1, när Ekerö kommun tog kontakt med denna för att kontrollera om de lämnade uppgifterna stämde, uppgett att uppdragsgivaren endast haft HVB-placeringar via anbudsgivaren och inte någon placering i ett stödboende. Mot bakgrund av att det är den här informationen som funnits tillgänglig för Ekerö kommun vid anbudsöppnandet anser förvaltningsrätten att kommunen haft fog för sin bedömning att bolaget inte har visat att referensuppdrag 1 motsvarar sådan verksamhet som anbudsområdet avser. Bolaget har därför inte uppfyllt krav 5.3 i skakravsformuläret. Vad bolaget har anfört medför inte att förvaltningsrätten anser att Ekerö kommuns tillämpning av krav 5.3 strider mot proportionalitetsprincipen.

Krav 4.3 i skakravsformuläret

Ekerö kommun har i förvaltningsrätten åberopat ytterligare grund, utöver

den grund som anges i tilldelningsbeslutet, till varför bolaget ska diskvalificeras.

Förvaltningsrätten anser att den fråga som bolaget har väckt i sin ansökan om överprövning – dvs. om det funnits skäl för att diskvalificera bolaget i den aktuella upphandlingen – inte ändras i och med att kommunen anför ytterligare en grund för att diskvalificera bolaget (jfr HFD 2013 ref. 5). Ekerö kommuns invändning innebär inte heller att bolaget riskerar att hamna i ett sämre läge efter att ha ansökt om överprövning eftersom bolagets anbud redan har diskvalificerats på en annan grund. Bolaget har även getts möjlighet att bemöta den nytillkomna grunden för diskvalificering. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte finns något hinder för domstolen att även pröva om bolaget på grund av bristande kravuppfyllelse avseende krav 4.3 i skakravsformuläret ska diskvalificeras.

Av krav 4.3 i skakravsformuläret framgår att anbudsgivare ska ha erforderliga försäkringar för sin verksamhet samt andra försäkringar som fordras för att hålla beställaren skadelös vid skada. Vidare framgår att en kopia på giltigt försäkringsbevis ska bifogas anbudet. Av ”Frågor och svar” samt svar på fråga ID: 183843 framgår att det är en ansvarsförsäkring som krävs för att anbudsgivaren ska uppfylla krav 4.3.

Av praxis följer att om inget annat anges i upphandlingsdokumenten bör i regel krävas att ska-krav ska vara uppfyllda vid tiden för anbudets ingivande. Detta under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt (se bl.a. Kammarrätten i Göteborg den 5 april 2012 i mål nr 26-12 och Kammarrätten i Jönköping den 15 juni 2015 i mål nr 3150-14).

I förevarande fall framgår inte uttryckligen av upphandlingsdokumenten vid vilken tidpunkt kravet på giltig ansvarsförsäkring ska vara uppfyllt. Sista

anbudsdag var dock den 14 januari 2020. I tilldelningsbeslutet, som meddelades den 14 februari 2020, anges att kontrakt tecknas tidigast 10 dagar efter avsändande av tilldelningsbeslutet genom parternas underskrift. Det kan således konstateras att tiden mellan tilldelningsbeslut och avtalsstart förutsattes bli kort vilket talar för att kräva giltig ansvarsförsäkring senast vid sista dag för att lämna anbud (jfr. Kammarrätten i Göteborg 11 december 2014 i mål nr 3688-14). Även om en ansvarsförsäkring innebär vissa kostnader för en potentiell leverantör är ett sådant krav enligt förvaltningsrätten inte oproportionerligt. Kravet på giltig ansvarsförsäkring ska således finnas vid anbudstidens utgång. Det är i målet ostridigt att bolaget vid den tidpunkten inte uppfyllde kravet enligt 4.3 i skakravsformuläret.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det som bolaget har anfört och åberopat inte visar att Ekerö kommun har brutit mot de allmänna principerna för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därmed inte grund för ingripande och bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Blom
Rådman

Föredragande juristen Camilla Brizzi har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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.