



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2017-07-05
 Meddelad i Falun

Mål nr
 173-17

SÖKANDE

Spindelns familjehemsvård i Sverige AB, 556591-4933

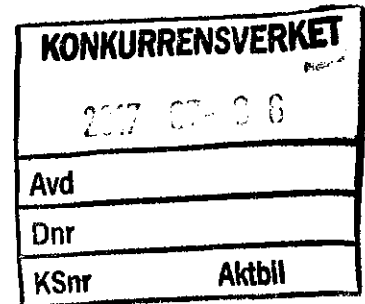
Ombud: Alexander Cameron-Charles
 c/o SMT Business Partners AB
 Spindelns Familjehemsvård (Spifa)
 Flottiljgatan 67
 721 31 Västerås

MOTPART

Gävle kommun
 801 84 Gävle

SAKEN

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Spindelns familjehemsvård i Sverige AB:s ansökan om rättelse.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ersättning för rättegångskostnader.

Dok.Id 191152

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

BAKGRUND

Gävle kommun (Kommunen) publicerade den 21 september 2016 en annons avseende upphandlingen "Konsulentstödda jour- och familjehem, Gävle kommun" (diarienummer 6355) på Valfrihetswebben, den nationella webbplatsen för annonsering av tjänster enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). I annonsen anges CPV-koderna: 85311200-4 (Social omsorg för handikappade), 85121271-3 (Hem för vård av psykiskt störda personer) och 85312400-3 (Annan omsorg än den som tillhandahålls av boendeinstitutioner). Förfrågningsunderlaget finns bifogat annonsen. Vid en sökning i förfrågningsunderlaget den 15 maj 2017 anges CPV-kod 85311000-2 (Social omsorg med inkvartering).

YRKANDE M.M.

Spindelns familjehemsvård i Sverige AB (Spifa) ansöker om ändring alternativt rättelse enligt LOV och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att valfrihetssystemet avslutas och, såsom det får förstås, de aktuella tjänsterna istället ska upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Spifa yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse då upphandlingen är behäftad med flera brister. Spifa yrkar vidare ersättning för sina rättegångskostnader och anför till stöd för sin ansökan sammanfattningsvis följande. Kommunen har inte genomfört någon för ändamålet specifik konsekvensanalys vid införandet av valfrihetssystem enligt LOV för den aktuella tjänsten. Det ickevalsalternativ som föreskrivs i LOV är inte konkurrensneutralt. De priser som anges i förfrågningsunderlaget är inte baserade på faktiska kalkyler och måste ändras så att de baseras på kommunens faktiska kostnader för samtliga de tjänster som förväntas utföras av presumtiva leverantörer. Kommunen har i strid med lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter delegerat vissa uppgifter och beslut till inköpscentralen Inköp Gävleborg. Kommunen använder sig dels av olika CPV-koder i olika informationskällor, dels av en CPV-kod (85311300-5 - Barn- och ungdomsomsorg) som är undantagen tillämpningen av LOV. Kommunen tillåter inte heller brukaren att själv välja utförare. Spifa anser

sig ha lidit skada och kan komma att lida ytterligare skada om den aktuella LOV-upphandlingen inte ändras. De avslutade placeringarna i Spifas familjehem berodde inte på brister i kvaliteten.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 1 § LOV föreskrivs följande. Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som omfattas av CPV-kod 79611000-0 eller 85000000-9 till 85323000-9 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2. Med valfrihetssystem enligt denna lag avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten behöver inte tillämpa samma valfrihetssystem inom alla berörda områden.

Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem (1 kap. 2 § LOV).

En leverantör, som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot en bestämmelse i denna lag, får ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol (10 kap. 1 § första stycket LOV).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i denna lag och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada,

ska rätten besluta om att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse (10 kap. 2 § LOV).

Bestämmelserna i detta kapitel om rättelse eller skadestånd gäller inte den upphandlande myndighetens beslut om information och ickevalsalternativ (10 kap. 6 § LOV).

Inköp Gävleborg

Spifa anför bl.a. följande. Lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (LKB) tillåter inte att kommuner att delegerar beslut enligt LOV till inköpscentraler. Den länk till förfrågningsunderlaget som finns på Valfrihetswebben leder till Inköp Gävleborg, där det tydligt anges att ansvarig upphandlande enhet är Inköp Gävleborg. Även av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att Inköp Gävleborg har delegerats uppgifter.

Kommunen invänder att Inköp Gävleborg inte har agerat inköpscentral, utan ombud för Kommunen och att det är förvaltningschefen vid socialtjänsten i Gävle kommun som undertecknar avtalen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att **Spifa** uttryckligen har ansökt om ändring alternativt rättelse enligt LOV. För att en rättelse enligt LOV ska bli aktuell krävs att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i lagen samt att detta medför att en leverantör lidit eller kunnat komma att lida skada. I anbudsförfrågan anges Kommunen som avtalspart och Inköp Gävleborg som upphandlingsstöd (punkten 1.1 Upphandlingens parter). Även på Valfrihetswebben och på Kommersannons webbsida anges Gävle kommun som ansvarig upphandlande enhet. Förvaltningsrätten finner inte att den omständigheten att Kommunen har planerat inrättandet av valfrihetssystemet med stöd av Inköp Gävleborg utgör grund för rättelse enligt LOV.

Konsekvensanalys, ickevalsalternativ och prissättning

Spifa anför bl.a. följande. I e-postmeddelande den 22 september 2016 upp-gav Kommunen att man inte gjort någon för ändamålet specifik konsekvensanalys, vilket borde ha gjorts innan beslutet om införande av ett valfrihets-system enligt LOV fattades (jfr prop. 2008/09:29 sid. 59). Det dokument som bifogades e-postmeddelandet kan knappast betraktas som en konsekvensanalys. Enligt LOV ska även ett ickevalsalternativ finnas för personer som inte vill eller kan välja leverantör. I befintligt förfrågningsunderlag anges att ickevalsalternativet är det hem ”som handläggaren anser mest lämpligt utifrån den enskildes behov. Återstår flera utförare sker urvalet mellan dessa enligt närhetsprincipen.”. Ickevalsalternativet är således inte konkurrensneutralt. Kommunen har ingen sektion eller avdelning som arbetar med konsulentstött familjehemsvård. Kommunen placerar visserligen brukare i ”egna” familjehem som administreras av socialtjänsten, men har de facto ingen direkt motsvarighet till den tjänst som man nu önskar konkurrensutsätta. Trots avsaknad av en direkt jämförbar verksamhet har Kommunen ändå etablerat tre prisnivåer som externa leverantörer ska få som ersättning. Prisnivåerna är kopplade till hur omfattande vårdbehov en klient anses ha, samtidigt som man bestämt att det är socialtjänsten själv som avgör hur omfattande vårdbehovet för en enskild klient är. Då socialtjänsten inte har någon egen verksamhet som är organisatoriskt identisk med den man önskar upphandla, finns inget underlag i form av kalkyler att utgå från när det gäller att bestämma priser för de tjänster man vill upphandla. Kommunen har således antingen gissat vad som kan vara ett rimligt pris, eller så har någon form av marknadsundersökning genomförts i syfte att komma fram till aktuella ersättningsnivåer. Den lägsta prisnivån som anges i förfrågningsunderlaget, 1200 kr, är densamma som erbjöds i det tillfälliga avtal som ogiltigförklarades i förvaltningsrättens mål nr 2223-16. Det är därmed inte osannolikt att Kommunen medvetet sköt upp den reguljära upphandlingen för att via införandet av det tillfälliga avtalet kunna undersöka hur villiga leverantörer skulle vara att acceptera detta pris. Ett sådant förfarande är oetiskt och stri-

der mot ett antal bestämmelser och principer. Det medförde också skada för Spifa.

Kommunen anför bl.a. följande. Beslutet om att genomföra upphandlingen enligt LOV tillstyrktes av både socialnämnden och kommunstyrelsen under våren 2016 och beslutades av kommunfullmäktige den 20 juni 2016. Beslutsprocessen föregicks av ett analysarbete kring val av upphandlingsmetod, med erfarenheterna av tidigare genomförd upphandling av HVB-hem enligt LOV. Bedömningen av konsekvenser har gjorts kontinuerligt under utrednings- och analysprocessen och kraven på konsekvensanalys är i realiteten uppfyllda, då det inte finns någon formaliaordning kring hur analysen ska gå till och dokumenteras. Punkten 1.7 i förfrågningsunderlaget (Ickevalsalternativ) har justerats med avseende på närhetsprincipen, och innebär i denna upphandling att den som ska placeras erbjuds plats på det hem om handläggaren anser mest lämpligt utifrån den enskildes behov. Socialtjänsten bedriver sedan fem år tillbaka förstärkt familjehemsvård med egna familjehemskonsulenter. Denna verksamhet motsvarar nu upphandlad verksamhet av konsulentstödd familjehemsvård. Kommunen har därmed också underlag för att prissätta verksamheten.

Förvaltningsrätten konstaterar att det ickevalsalternativ som Kommunen beslutat om och som kommer till uttryck i punkten 1.7 i förfrågningsunderlaget inte kan bli föremål för rättelse enligt LOV (10 kap. 6 § LOV). Förvaltningsrätten finner inte heller att vad Spifa framfört om bristande konsekvensanalys och underlag för prissättning strider mot någon av de principer som kommer till uttryck i 1 kap. 2 § LOV eller någon annan bestämmelse i lagen.

CPV-koder

Spifa anför bl.a. följande. Då förfrågningsunderlaget publicerades angavs följande CPV-koder: 85311200-4 (Social omsorg för handikappade), 85121271-3 (Hem för vård av psykiskt störda personer) och 85312400-3

(Annan omsorg än den som tillhandahålls av boendesituationer). Dessa CPV-koder har valts för att säkerställa att man inte hamnar i konflikt med sådana CPV-koder som LOV inte medger. Efter att Spifa i e-post-meddelande påpekat att CPV-koderna inte beskriver tjänsten på ett tydligt sätt, har Kommunen övervägt att ändra CPV-koderna. På Valfrihetswebben står de ursprungliga koderna ändå kvar. På Kommersannons webbsida anges däremot CPV-koderna 85311000-2 (Social omsorg med inkvartering) och 85311300-5 (Barn- och ungdomsomsorg), trots att LOV inte omfattar tjänster som faller inom den sistnämnda CPV-koden.

Kommunen framför i denna del bl.a. följande. CPV-koden avseende barn- och ungdomsomsorg avser, enligt muntligt besked från Konkurrensverket, verksamhet enligt skollagen och inte dygnsvård. Undantaget i LOV utgör således inget hinder för den aktuella upphandlingen. Eftersom tillämpningsområdet är nytt har en osäkerhet funnits om vilka CPV-koder som ska anges. Den mänskliga faktorn förklarar att det dessutom angetts olika koder på olika ställen. Detta ska självklart rättas till så att de mest rättvisande koderna används.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i annonsen på Valfrihetswebben anges CPV-koderna 85311200-4 (Social omsorg för handikappade), 85121271-3 (Hem för vård av psykiskt störda personer) och 85312400-3 (Annan omsorg än den som tillhandahålls av boendeinstitutioner). I förfrågningsunderlaget, som nås via länk på Valfrihetswebben, anges vid sökning den 15 maj 2017 CPV-kod 85311000-2 (Social omsorg med inkvartering). I målet är således klarlagt att Kommunen numera inte hänvisar till någon av de CPV-koder som enligt 1 kap. 1 § LOV är undantagna lagens tillämpningsområde. Förvaltningsrätten finner inte heller att den CPV-kod som används i förfrågningsunderlaget (85311000-2 – Social omsorg med inkvartering), framstår som missvisande eller att de tjänster som Kommunen har beslutat ska ingå i valfrihetssystemet i praktiken motsvarar sådana tjänster som avser i CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2. Det är

vidare förvaltningsrättens uppfattning att Spifa inte heller kan antas lida eller komma att lida skada till följd av de CPV-koder som Kommunen valt att hänvisa till, vilket är en ytterligare förutsättning för att rätten ska kunna besluta om rättelse.

Valfrihet

Spifa anför bl.a. följande. Ett valfrihetssystem enligt LOV innebär att det är den enskilde som utan inskränkning ges rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten. Kunden/klienten/brukaren ska således ha möjlighet att helt själv välja mellan de "auktoriserade" leverantörerna. I förevarande fall tillåts inte den enskilde göra detta val, vilket bl.a. framkom vid ett möte med företrädare för Kommunen den 11 november 2016. Det har också i senare e-postkorrespondens framkommit att begreppet valfrihet får en annan innebörd vid tillämpningen av LOV inom individ- och familjeomsorgen jämfört med inom t.ex. hemtjänsten.

Kommunen invänder bl.a. följande. Socialtjänsten företräder brukaren i myndighetsprocessen i föräldrarnas ställe och i ansvaret ligger att matcha individuella behov med insats på bästa möjliga sätt. Bistånd beviljas enligt socialtjänstlagen och detta gäller på samma sätt som inom äldreomsorgen. Socialtjänsten har även ansvar för att utreda alla familjehem som placeringar görs i. Individen kan ha önskemål om och välja specifik familjehemsorganisation. Individen har möjlighet att välja familjehemsorganisation som utförare, förutsatt att den konsulentstödda familjehemsorganisationen har fått ramavtal, är godkänd och utredd och att bistånd har beviljats enligt socialtjänstlagen. Kommunen beslutar därefter om placering i utrett och godkänt familjehem hos berörd familjehemsorganisation, som matchar individuella behov.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning.

Grundprincipen för ett valfrihetssystem är att den enskilde väljer vilken, av den upphandlande myndigheten godkänd och kontrakterad, leverantör som

ska utföra den upphandlade tjänsten. Enligt förvaltningsrättens mening är det ofrånkomligt, särskilt med tanke på det ansvar som åligger Kommunen enligt socialtjänstlagen, att brukare inom socialtjänsten inte tillåts ha full valfrihet vad gäller själva tjänsteinnehållet, utan att detta val görs av biståndshandläggaren utifrån vilka behov den enskilde bedöms ha. I anbudsfrågan anges att information om avtalade utförare kommer att finnas på beställarens hemsida och att handläggarna opartiskt kommer att informera om vilka utförare som finns att välja på utifrån informationsmaterialet i samband med en placering (punkten 1.6). I anbudsfrågan anges vidare att den placerade kan meddela utförare eller handläggare hos beställaren om önskemål att göra omval av utförare samt att handläggaren har beslutanderätt (punkten 1.8). I målet har inte framkommit annat än att den enskilde biståndsberättigade individen kan välja specifik familjehemsorganisation som utförare, förutsatt att vald familjehemsorganisation är godkänd och utredd och matchar den enskildes behov. Det är således förvaltningsrättens bedömning att förfarandet är att anse som ett valfrihetssystem i den mening som avses i LOV.

Rättegångskostnader

Några regler om fördelning av rättegångskostnader finns inte i förvaltningsprocesslagen (1971:291). Huvudregeln i förvaltningsprocessen är att vardera parten bär sina egna kostnader, såvitt annat inte är särskilt föreskrivet. Någon laglig grund eller andra skäl för avsteg från denna princip föreligger enligt förvaltningsrättens mening inte i förevarande mål. Spifas yrkande om ersättning för rättegångskostnader ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).

Karin Forslund Johansson
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.