



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-08-28
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 13832-13

SÖKANDE

Stockholms Stadsmission, 802003-1954
 Stortorget 3
 103 17 Stockholm

MOTPART

Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd i Stockholms stad
 Box 3424
 165 23 Hässelby

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 3 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen av fritidsverksamhet, dnr
 2.2.2-182-2013, ska göras om.

Dok.Id 387586

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd i Stockholms stad (stadsdelsnämnden) genomför en upphandling av fritidsverksamhet genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Syftet med upphandlingen är att för stadsdelsnämndens räkning driva fritidsverksamhet för barn och unga. Upphandlingen är indelad i anbudsområde A som omfattar tre fritidsgårdar och en option för en fritidsgård samt anbudsområde B som omfattar en s.k. parklek. Anbud kan avse ett eller två anbudsområden och avtal kommer att tecknas med en leverantör per anbudsområde. Vidare framgår att stadsdelsnämnden kommer att anta de anbudsgivare som har lämnat det kvalitetsmässigt och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Stockholms Stadsmission (stadsmissionen) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Stadsmissionen har inte fått tillräcklig information om förutsättningarna för den verksamhet som upphandlingen avser och har trots gedigen erfarenhet inte kunnat lämna ett anbud som är realistiskt och uppfyller samtliga kvalificeringskrav.

Stadsdelsnämnden ställer som krav i avsnitt 3.9 att leverantören ska namnge inte bara tilltänkt verksamhetschef, utan även fyra fritidsledare. För varje fritidsledare ska arbetsgivarens namn anges samt utbildning och erfarenhet redovisas. I praktiken innebär kravet att anbudsgivaren måste anställa personerna för att uppnå kravgränsen. Vid en eventuell verksamhetsövergång kan befintlig personal välja att stanna kvar i verksamheten, vilket innebär dubbla personalkostnader för anbudsgivaren. Upphandlingen omfattar totalt 10,75 årsarbetare och ersättningen för driften av verksamheten uppgår till totalt 7,8 miljoner kronor. Kravet står inte i rimlig proportion till det som upphandlas och strider därför mot proportionalitetsprincipen. Vidare står de sammanlagda kraven som anges i avsnitt 3.9.2 på verksamhetsansvarig inte i proportion till upphandlingen.

Kraven diskvalificerar alla anbudsgivare som inte har en organisation satt. För att en upphandling ska ge ett brett utbud av anbud bör nuvarande formulering om verksamhetschefens kompetens kompletteras med att anbudsgivaren ska kunna erbjuda jämförbar, men delvis annorlunda kompetens.

Upphandlingen brister även avseende öppenhet och förfrågningsunderlaget är inte tillräckligt klart och tydligt. Uppgifter avseende personalkostnader och andra driftskostnader har inte lämnats. Information om exempelvis lönenivån på verksamhetens befintliga personal är nödvändig för att ett anbud baserat på verkliga kostnader ska kunna lämnas. Uppgifter endast om ersättningsnivån omöjliggör en realistisk kalkyl, vilket har lett till att anbud inte har kunnat lämnas utan en potentiellt stor ekonomisk risk. Nuvarande leverantör har all nödvändig information. Leverantörerna har således inte getts likvärdiga förutsättningar att beräkna anbuden i upphandlingen.

De kvalitetskriterier med tillhörande mål och bedömningsgrunder som anges i avsnitt 5 borde förtydligas för att de ska vara förutsebart för leverantörer vad som är av största vikt vid valet av leverantör.

Stadsmissionen har genom frågor bett om ett förtydligande men svaren har lett till ännu större förvirring om vad som ska utvärderas.

Stadsdelsnämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Stadsmissionens påstående om att endast befintlig leverantör uppfyller ställda krav är oriktig och saknar grund. Stadsdelsnämnden har inom ramen för anbudsområde A endast ställt krav på att fyra fritidsledare ska vara namngivna av totalt ca 25 anställda som ska utföra uppdraget. Detta gäller endast de fritidsledare med funktionsansvar och vars arbetsuppgifter innebär ett arbetsledaransvar med schemaläggning samt säkerställande av trygghet för anställda och besökare. Krav på namngivna fritidsledare har

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

varit motiverat för prövningen om anbudsgivare uppfyller ställda krav på bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet vid driftsstart och om antagen leverantör har tillräcklig personell resurs för att utföra uppdraget enligt tjänstebeskrivningen i förfrågningsunderlaget. Något krav på att personal ska ha varit anställd hos leverantören vid tidpunkten för anbudets inlämnande har inte ställts i förfrågningsunderlaget. Inte heller framgår det av förfrågningsunderlaget att fritidsledare eller verksamhetsansvarig ska vara anställd av leverantören vid avtalsstart då möjlighet att nyttja annan leverantörs kapacitet står öppen för antagen leverantör. Det har inte förelegat hinder att namnge befintlig personal under förutsättning att namngiven personal uppnår ställda krav i upphandlingen.

Krav på att verksamhetsansvarig ska namnges har varit nödvändigt för att kunna pröva om personen uppfyller ställda krav på yrkesmässiga kvalifikationer omfattande de utbildnings- och erfarenhetskrav som ställs. Det framgår av LOU att upphandlande myndigheter ges möjlighet att ställa krav och efterfråga uppgifter om ledande personer, särskilt de som ska ansvara för tillhandahållandet av efterfrågade tjänster. Krav på namngiven verksamhetsansvarig har varit nödvändigt och proportionerligt utifrån den verksamhet som upphandlas. Det är inte ett brott mot proportionalitetsprincipen att kräva att en namngiven personell resurs har erfarenhet av motsvarande uppdrag. Som ett led i den minst ingripande åtgärden har kravet utformats på så sätt att referensuppdrag av mindre omfattning accepterades som referensuppdrag vilket definierats i förfrågningsunderlaget. Kraven som ställs på "en verksamhet av motsvarande karaktär" utgör en miniminivå utifrån förevarande verksamhets förutsättningar och kan därmed inte anses vara ett oproportionerligt krav i upphandlingen.

Skyldigheter avseende övertagande av befintlig personal för antagen leverantör omfattas i första hand av lag och inte av ställda krav i förfrågningsunderlaget. Utredning om kriterierna och förutsättningarna för

verksamhetsövergång avgörs slutligen mellan entreprenörerna. Därmed ligger frågan om verksamhetsövergång helt utanför upphandlingen. Stadsdelsnämnden har dock en skyldighet att upplysa leverantörer om denna omständighet vilket har skett korrekt i upphandlingsfasen.

Stadsdelsnämnden har endast utifrån befintlig information möjlighet att tillhandahålla uppgifter angående den sammantagna ersättningssumman om 7,8 miljoner kronor (6,7 miljoner kronor för anbudsområde A samt 1,1 miljoner kronor för anbudsområde B). Ersättningen ska täcka samtliga kostnader med anledning av kontraktet. Den omständigheten att leverantörer inte behöver ange priser i upphandlingen medför att Stadsmissionen inte kan påvisa att de lidit eller riskerar att lida skada trots vissa brister avseende avsaknaden av specificerade driftskostnader för de olika fritidsgårdarna.

Syftet med utvärderingskriterierna är att låta anbudsgivare komma in med en beskrivning som ska bedömas utifrån hur väl uppställda mål uppfylls. För att säkerställa likabehandling av anbudsgivarna och undvika risken för skada har valet gjorts att inte exemplifiera vilka förslag som kan bidra med mervärde utifrån bedömningsgrunderna. Exemplifiering skulle kunna riskera att någon anbudsgivares unika metod eller arbetssätt skulle delges andra leverantörer, vilket skulle sätta konkurrensen ur spel. Förfrågningsunderlagets uppräknade mål med tillhörande bedömningsgrunder samt beskrivning av modell för utvärdering är tillräckligt tydlig för att alla omsorgsfulla anbudsgivare ska ges möjlighet att erhålla kvalitetspoäng utifrån tre definierade kriterier. Stadsmissionen har inte kunnat visa på vilket sätt leverantören lidit eller riskerar att lida skada vid tillämpningen av utvärderingsmodellen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har anfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att den lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget inför en upphandling. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Krav på personal

Stadsmissionen har anfört att kravet att fyra fritidsledare ska namnges och de sammanlagda kraven på verksamhetsansvarig inte står i rimlig proportion till upphandlingen och därför strider mot proportionalitetsprincipen. Stadsmissionen anser vidare att kraven diskvalificerar anbudsgivare som inte redan har en sådan organisation.

Stadsdelsnämnden har gjort gällande att kravet på namngivna fritidsledare har varit motiverat för prövningen om anbudsgivaren uppfyller ställda krav på bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet vid driftsstart och om leverantören har tillräckligt med personal för att utföra uppdraget.

Stadsdelsnämnden har vidare anfört att kravet innebär att endast fyra fritidsledare ska namnges för anbudsområde A av totalt 25 anställda samt gäller de fritidsledare med funktionsansvar, arbetsledaransvar, ansvar för schemaläggning och säkerställande av trygghet för anställda och besökare.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.9.5 framgår att anbudsgivaren i anbudet ska inkomma med namngiven fritidsledare för respektive verksamhet som anbudet avser. För anbudsområde A ska anbudsgivaren inkomma med minst fyra fritidsledare som uppfyller angivna krav. Vidare anges att fritidsledare ska ansvara för den dagliga verksamheten på plats, vilket innebär bemanning samt att säkerställa trygghet för anställda och besökare.

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att det är viktigt att anbudsgivaren har tillräckligt med kompetent personal för att kunna utföra uppdraget på ett tryggt och säkert sätt samt att verksamheten kan utföras utan avbrott. Vad stadsdelsnämnden har anfört visar dock inte att det är en lämplig åtgärd att ställa krav på att fyra fritidsledare ska namnges. Detta mot bakgrund av antalet årsarbetsjänster som omfattas av anbudsområdet och särskilt med beaktande av skyldigheterna vad gäller nuvarande personal vid en eventuell verksamhetsövergång. Kravet kan inte heller anses nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet. Genom kravet begränsas kretsen av anbudsgivare till att omfatta anbudsgivare som redan har en stor personalstyrka. Möjligheten för anbudsgivare att använda sig av underleverantörer eller att ange befintlig personal är inte tillräcklig för att undvika de negativa effekter som kravet innebär. Enligt förvaltningsrättens mening finns det mindre ingripande åtgärder för att uppnå det angivna syftet. Sammantaget finner förvaltningsrätten att kravet på att fyra fritidsledare ska namnges strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

När det gäller de krav som har ställts på verksamhetsansvarig anser förvaltningsrätten däremot att de har ett naturligt samband med upphandlingen samt är både lämpliga och effektiva för att uppnå dess syfte. Det har inte heller visats föreligga mindre ingripande alternativ och den negativa effekten kan inte anses oproportionerlig.

Otydligheter i förfrågningsunderlaget

Stadsmissionen har anfört att upphandlingen brister i öppenhet och likabehandling. Stadsmissionen anser att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt klart och tydligt när det gäller kostnader för driften av verksamheten. Stadsmissionen har vidare anfört att kvalitetskriterierna i utvärderingen borde förtydligas för att det ska bli förutsebart vad som är av största vikt vid valet av leverantör.

Stadsdelsnämnden har invänt att det endast är möjligt att redovisa en fast ersättningssumma som ska täcka samtliga kostnader, och att det inte varit möjligt att specificera kostnaderna för de olika fritidsgårdarna. Vidare har anförts att uppräknade mål med tillhörande bedömningsgrunder och beskrivning av modell för utvärdering är tillräckligt tydlig för att alla omsorgsfulla anbudsgivare ges möjlighet att erhålla kvalitetspoäng.

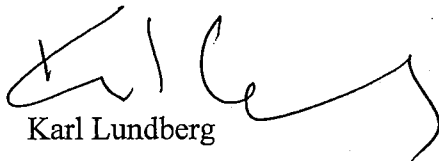
Uppgifter om bl.a. driftskostnader och personalkostnader är visserligen av betydelse för bedömningen av leverantörens förutsättningar att driva verksamheten. Av förfrågningsunderlaget och tillhörande information framgår dock antalet anställda och årsarbetstjänster. Vidare framgår den ersättning som ska täcka fasta kostnader fördelad på anbudsområde A och anbudsområde B. Mot bakgrund av att priser inte behöver anges i upphandlingen och att den efterfrågade informationen inte har varit tillgänglig för nämnden anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget får anses tillräckligt klart och tydligt i det avseendet. Det är inte heller visat att stadsdelsnämnden har brutit mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten anser vidare att kvalitetskriterierna med mål och bedömningsgrunder är tillräckligt tydligt utformade och förutsebara.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att kravet avseende namngivna fritidsledare strider mot proportionalitetsprincipen. Möjligheterna att lämna anbud har därigenom begränsats och stadsmissionen får därmed anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget och har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Karl Lundberg

Rådman

Theresa Winnberg Elliot har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.