



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2017-01-02
Meddelad i Malmö

Mål nr
10854-16

SÖKANDE

Temabo AB, 556733-9147
Folkskolegatan 26
117 35 Stockholm

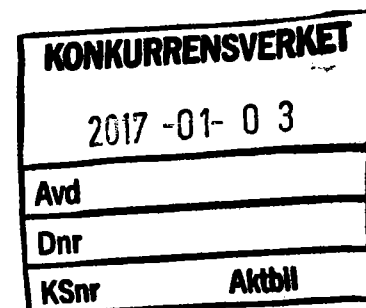
Ombud: advokaterna Angelica Ågren och Per Ågren
7Wise Advokatbyrå
Kungsgatan 56
111 22 Stockholm

MOTPART

Östra Göinge kommun
Storgatan 4
280 60 Broby

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Östra Göinge genomför med ett förenklat förfarande en upphandling av ”Drift av särskilt boende och korttidsvård” (dnr KS 2016/01200). Av tilldelningsbeslut den 12 oktober 2016 framgår att kommunen har beslutat att teckna kontrakt med Vardaga Äldreomsorg AB i upphandlingen. Av upphandlingsprotokollet daterat den 11 oktober 2016 framgår att Temabo AB:s anbud förkastats i upphandlingen med motiveringen att Temabo AB inte uppfyller krav på teknisk kapacitet eftersom anbudsgivaren inte har något referensuppdrag som gäller korttidsboende.

YRKADEN OCH INSTÄLLNING

Temabo AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att Temabo AB:s anbud anses kvalificerat i anbuds förfarandet och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Under rubriken ”Teknisk kapacitet” i anbudsunderlaget ställdes följande krav på anbudsgivaren:

”Anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av likartade uppdrag. Med likartade uppdrag avses drift av särskilt boende och korttidsvård. Anbudet ska innehålla en förteckning över minst tre referensuppdrag från de senaste tre åren, inklusive kontaktuppgifter till uppdragsgivaren: namn på referensperson, telefonnummer och e-postadress. Referenten ska vid eventuell kontakt från Östra Göinge kommun kunna vitsorda att anbudsgivaren utfört uppdraget med god kvalitet och god samarbetsförmåga. Referensuppdragen ska beskrivas avseende uppdragets omfattning, innehåll och resultat. För nystartade företag eller företag som inte har tre referensuppdrag gäller kravet anbudsgivarens chef”.

Temabo AB har ingående kompetens och erfarenhet av vård- och omsorgsboenden. Temabo AB har därför i sitt anbud bekräftat att bolaget uppfyller kravet på tidigare erfarenhet av likartade uppdrag och teknisk kapacitet.

Temabo AB bedriver i egen regi, d.v.s. verksamheter som Temabo AB både driver och äger på obestämd tid, korttidsboenden med minst fem korttidsplatser (kommunen har ställt krav på minst fem korttidsplatser). Östra Göinge kommun har emellertid nekat referens från korttidsboenden som anbudsgivaren driver och äger i egen regi och istället krävt referens från korttidsboenden som drivs i entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun, se svar på fråga 11. På grund av att upphandlande myndighet nekat referens från korttidsboenden som drivs i egen regi har Temabo AB istället uppgivit referens från entreprenadverksamhet. Annan referens för korttidsboende hade i annat fall kunnat lämnas. Bergsunds vård- och omsorgsboende är formellt sett ett permanentboende med bedrivs i praktiken som ett korttidsboende p.g.a. att boendetiden i genomsnitt är 2,5 månad. Boendet fick 2014 kvalitetsutmärkelse av Stockholms stad och Temabo AB erhöll goda referenser från äldreomsorgschefen på Södermalms stadsdelsförvaltning.

Östra Göinge kommun har felaktigt gjort bedömningen att Temabo AB inte uppfyller kravet på teknisk kapacitet. Skälet till förkastandet av Temabo AB:s anbud anges vara att Temabo AB inte uppfyller kravet på teknisk kapacitet då bolaget inte har något referensuppdrag som gäller korttidsboende. Den referens genom Bergsunds vård- och omsorgsboende som Temabo AB lämnat borde dock rätteligen ha bedömts såsom ”drift av särskilt boende och korttidsvård”, d.v.s. korttidsboende genom entreprenadverksamhet, med hänsyn till att boendetiden i genomsnitt uppgår till 2,5 månader.

För det fall förvaltningsrätten inte anser att lämnad referens motsvarar kravet på korttidsverksamhet genom entreprenadverksamhet ska kravet på erfa-

renhet av korttidsboende genom entreprenadverksamhet anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Kravet på att referensuppdraget ska gälla korttidsboenden i entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun är obehövligt i den aktuella upphandlingen och får endast till följd att konkurrensen begränsas. Genom att bedriva korttidsboenden såväl i egen och i praktiken även i entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun besitter Temabo AB sådan kunskap och erfarenhet som kommunen efterfrågar i anbudsformuläret.

Genom att uppställa krav på att anbudsgivaren tidigare ska ha bedrivit korttidsboenden i entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun diskrimineras vidare sådana anbudsgivare som inte tidigare deltagit i sådana upphandlingar. Icke-diskrimineringsprincipen förutsätter att viss hänsyn tas till olika förutsättningar. Det bör således inte uppställas krav på lång erfarenhet av korttidsboenden inom just entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun då det finns möjlighet att bedriva korttidsboende på annat sätt och därmed uppfylla kravet på teknisk kapacitet. Om ingen sådan hänsyn tas sker ett gynnande av sådana anbudsgivare som redan deltagit och upphandlat likartat avtal.

Att, som kommunen påstår, skillnaden mellan att bedriva korttidsboende i egen regi och på entreprenad skulle vara flera, bestrids. Enligt Temabo AB – som har erfarenhet av att bedriva såväl korttidsboende i egen regi, permanentplatser på entreprenad samt i praktiken även korttidsplatser på entreprenad – föreligger inte sådana skillnader som motiverar att korttidsboende måste ha bedrivits på just entreprenad för att säkerställa att anbudsgivaren behärskar den aktuella tjänsten. Den skillnad kommunen framhåller är att korttidsboenden i egen regi saknar den bredd som kommunen kräver och att kommunen uppställer krav på bl.a. växelvård, rehabilitering och palliativ vård. Bolaget har erfarenhet inom samtliga dessa vårdtyper och det framgår

därför ännu tydligare att kommunens kvalificeringskrav förhindrat kvalificerade anbudsgivare att delta i förfarandet.

Det har således inte varit nödvändigt att kombinera kravet på erfarenhet av korttidsboende och kravet på erfarenhet av drift av vård- och omsorgsboende på entreprenad. Kommunen har kunnat säkerställa att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet av att kunna utföra de aktuella vård- och omsorgstjänsterna utan att uppställa det kombinerade kravet på tidigare erfarenhet av korttidsboende på entreprenad.

På grund av Östra Göinge kommuns överträdelse av LOU har Temabo AB:s möjligheter att erhålla kontraktet eliminerats.

Östra Göinge kommun bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Under rubriken teknisk kapacitet under avsnitt 2.7.2 i de administrativa föreskrifterna framgår följande.

”Anbudsgivaren ska ha tidigare erfarenhet av likartade uppdrag. Med likartade uppdrag avses drift av särskilt boende och korttidsvård. Anbudet ska innehålla en förteckning över minst tre referensuppdrag från de senaste tre åren”

I svar på fråga 11 i Frågor och svar framgår att anbudsgivarna måste inkomma med referenser för korttidsboenden som drivs på entreprenad, och att det alltså inte räcker med referenser för korttidsboenden som drivs i egen regi.

Temabo AB anger Bergsunds vård- och omsorgsboende i Stockholm som en referens för att de bedriver korttidsboende. Vid kontroll av referenser anger referenten att boendet enligt avtal bara innehåller heldygns- och permanentplaster samt att inga platser är upphandlade som korttidsboende.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Då Östra Göinge kommun ställt krav på att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av boende med korttidsvård på entreprenad, och Temabo AB i sitt anbud inte inkommit med uppgifter som styrker detta, har kommunen rätteligen diskvalificerat Temabo AB. Att Temabo AB hävdar att deras boende är ett korttidsboende innebär inte att så är fallet.

Temabo AB gör gällande att Östra Göinge kommun brutit mot proportionalitetsprincipen i och med att kommunen ställt krav på tidigare erfarenhet av att driva korttidsboende i entreprenadverksamhet. Den aktuella upphandlingen handlar om drift av vård- och omsorgsboende. Östra Göinge kommun anser att det ligger inom rimlighetens gränser att då ställa krav på att utföra- ren har erfarenhet av den typ av verksamhet som upphandlingen gäller. Det rör sig i sammanhanget om vård och omsorg av sjuka och äldre och att i ett sådant fall ställa krav på erfarenhet kan knappast vara oproportionerligt.

Skillnaderna mellan att bedriva den här typen av verksamhet i egen regi och på entreprenad är flera. Den verksamhet kommunen upphandlar ska täcka ett brett vårdbehov och utföras med varaktighet. Kommunen ställer därför krav på bredd i verksamheten avseende bl.a. växelvård, rehabilitering och pallativ vård. Kommunen bedömer att det finns en skillnad i att driva verksamhet i egen regi då den vanligtvis saknar den bredd kommunen kräver. Genom denna upphandling önskar kommunen täcka en stort bredd av de vårdbehov som är förknippade med korttidsvård. Denna bredd återfinns sällan på korttidsboenden som drivs i egen regi. Detta eftersom det då ofta bara finns enstaka platser som vanligtvis avropas när specifikt vårdbehov föreligger. För att säkerställa att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet av att utföra vård- och omsorgstjänster som omfattar den bredd av vårdbehov som kommunen efterfrågar har kommunen bedömt att anbudsgivaren måste ha genomfört minst ett (1) sådant uppdrag tidigare. Anbudsgivaren får då visa att den behärskar den här typen av tjänster med allt vad det innebär med tillgänglighet, planering och bredd i den vård som genomförs. Genom att

ställa ovan nämnda krav kan kommunen säkerställa att anbudsgivaren kan tillhandahålla en sammanhållen vårdinsats till de som ska vårdas på korttidsboendet.

Kravet är förhållandevis lågt ställt. Kommunen har ställt krav på minst en (1) referens från de senaste tre (3) åren som avser just kombinationen särskilt boende och korttidsboende på entreprenad (se svar på fråga 40 tillsammans med fråga 11 i Frågor och svar). Kommunen kräver alltså att anbudsgivarna under de senaste tre (3) åren ska ha bedrivit den typen av verksamhet som nu upphandlas. Det står givetvis Temabo AB fritt att betrakta detta som ett högt ställt krav, men när det gäller vård- och omsorg är det viktigt att kommunen vet att anbudsgivaren faktiskt har den kunskap och kapacitet som krävs, vilket Temabo AB inte har förmått visa. Kraven kommunen ställer har en klar och tydlig koppling till kontraktsubjektet och är därför att betrakta som proportionerliga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p.4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Ett anbud som inte uppfyller ställda krav i en upphandling får inte antas utan måste förkastas. Upphandlande myndighet har stor frihet när det gäller vilka krav som ställs i en upphandling, under förutsättning att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU beaktas.

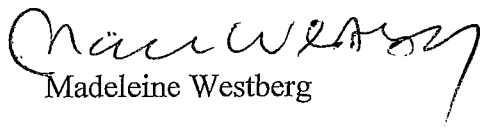
Det är ostridigt att Östra Göinge kommun i upphandlingen, under avsnitt 2.7.2 i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter och genom förtydliganden i svaren på frågorna 11 och 40 i Frågor och svar, har uppställt som krav att anbudsgivarna med en referens ska styrka att de tidigare har bedrivit kombinationen särskilt boende och korttidsboende i entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun.

Temabo AB gör gällande att bolaget ska anses uppfylla kravet. Av handlingarna i målet framgår dock att Temabo AB inte uppfyller kravet ifråga. Bolagets angivna referensobjekt, Bergsunds vård- och omsorgsboende i Stockholm, kan inte anses omfatta korttidsboende, även om den genomsnittliga boendetiden är kort. Östra Göinge kommun har således haft fog för att förkasta anbudet från Temabo AB.

Frågan är därmed om aktuellt krav, såsom Temabo AB i andra hand gör gällande, strider mot proportionalitetsprincipen. Av proportionalitetsprincipen följer bl.a. att de krav som en upphandlande myndighet ställer måste ha en klar koppling till upphandlingsföremålet och inte får vara högre ställda än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt i den enskilda upphandlingen.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det aktuella kravet, att minst ett referensobjekt ska avse kombinationen särskilt boende och korttidsboende i entreprenadverksamhet på uppdrag av kommun, har en klar koppling till upphandlingsföremålet, eftersom det är just detta som upphandlas. Mot bakgrund av de skillnader som Östra Göinge kommun framhåller normalt sett föreligger mellan att bedriva särskilt boende och korttidsboende i egen regi och på entreprenad, anser förvaltningsrätten vidare att kravet framstår som såväl lämpligt som effektivt för att uppnå syftet med detsamma, dvs. att säkerställa att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet av att utföra vård- och omsorgstjänster som omfattar den bredd av vårdbehov som kommunen efterfrågar. Kravet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara otillåtet konkurrensbegränsande. Enligt förvaltningsrättens bedömning strider kravet därmed inte mot proportionalitetsprincipen. Vad Temabo AB åberopat visar inte heller att upphandlande myndighet handlat i strid med övriga grundläggande principer eller mot LOU i övrigt. Temabo AB:s ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)


Madeleine Westberg

Anna Aktermo har föredragit målet