



SÖKANDE

Livsvalet i Uppsala AB, 556742-9104
Rättikgatan 13
754 49 Uppsala

MOTPART

Uppsala kommun, Kommunledningskontoret
Upphandling
753 75 Uppsala

Ombud: Stadsjuristen Mats Sandmark

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling avseende HVB platser, dnr 09-018/044.945

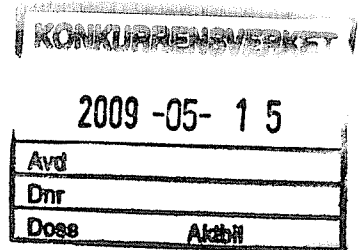
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut den 20 april 2009.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Livsvalet i Uppsala AB, 556742-9104, (bolaget) begär överprövning av Uppsala kommuns (kommunen) upphandling avseende HVB platser. Bolaget yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar i andra hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Kommunen har i den pågående upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt andra bestämmelser i 1 kap. 10 och 11 §§ LOU. Detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen genomförs med sista anbudsdag den 22 april 2009. Bolaget har ansökt om tillstånd för verksamhet med HVB platser och denna ansökan är nu under behandling hos länsstyrelsen, som är tillståndsgivande myndighet. Bolaget kommer inte att hinna få tillståndet beviljat innan anbudstidens utgång, men kommer sannolikt att erhålla tillstånd kort därefter. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen angivit att anbudsgivare måste ha tillstånd att bedriva HVB verksamhet. I andra likvärdiga upphandlingar använder upphandlande enhet kravet att tillstånd för verksamhetens bedrivande måste föreligga vid avtalstecknande. Bolaget har under upphandlingen ställt frågan om detta är ett diskvalificerande skall-krav och erhållit följande besked: ”Med anledning av den korta tid mellan sista dag för att lämna anbud och avtalets driftstart kvarstår kravet om att tillstånd beviljat av länsstyrelsen ska bifogas med anbudet. Denna upphandling kan inte jämföras med upphandlingar avseende drift av vårdboende.”

Bolaget anför vidare. Kommunens krav i nu aktuellt avseende strider mot de grundläggande principerna för upphandling. 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 iakt-

tas. Dessa nu angivna principer tar sig uttryck på olika sätt i LOU. En anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt bestämmelser i det land i vilket verksamheten är etablerad har rätt att leverera den tjänst som kontraktet är avsett för, får inte uteslutas från att delta i en offentlig upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller juridisk person. Grupper av leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna ett anbud och att lämna ett anbud. Den upphandlande myndigheten får inte ställa upp villkor om att sådana grupper ska ha en bestämd juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Bolaget anför vidare. Eftersom det särskilt anges i förarbetena att avsikten bakom den nya bestämmelsen inte är att åstadkomma någon ändring av rättsläget vad gäller vilka principer som ska gälla är begreppet affärsmässighet alltså relevant. Genom det nu aktuella kravet förhindrar nyetablerade verksamheter att delta i upphandlingen, vilket medför att de är uteslutna under i vart fall två års tid. Detta är givetvis inte affärsmässigt och det skadar såväl leverantören som den upphandlande enheten. För utländska leverantörer utan verksamhet i Sverige är det inte möjligt att delta i upphandlingen. De ovan anförda exemplen visar att det uppställda kravet medför att leverantörerna inte behandlas likvärdigt och att kravet är diskriminerande, konkurrensbegränsande och allt annat än öppet. Kravet står heller inte i proportion till den tidsvinsteffekt som enligt kommunen är syftet med kravet.

Bolaget anför vidare. Bolaget har investerat närmare sex miljoner kronor i en fastighet i syfte att bedriva HVB-hemsverksamhet. Om bolaget utesluts från upphandlingen medför detta att bolaget i princip inte kan bedriva någon verksamhet med lokal förankring eftersom den uppdragsgivare verksamheten riktas mot är just den upphandlande enheten. Vård på HVB-hem

kostar för den upphandlande enheten någonstans mellan 2 300 till 4 500 kronor per dygn och boende. Det är således en fråga om mycket stora ekonomiska värden och i princip förhindras nyetablering då eventuella nyetableringar inte kan ske anpassat efter när en upphandling kan förväntas genomföras. De ekonomiska skadeverkningarna för bolaget kan inte överblickas för det fall bolaget inte tillåts delta i upphandlingen och i förhållande till den skada som kan drabba kommunen framstår bolagets skada som avsevärt större.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Kommunen har i aktuell upphandling uppställt ett krav på att leverantören vid anbudstillfället ska ha ett tillstånd för HVB. Kravet har uppställts mot bakgrund av de föreskrifter om enskild verksamhet som uppställs i 7 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453), SoL, som stadgar att ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ får inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva verksamhet i form av 1. hem för vård eller boende. Av förarbetena till LOU, prop. 2001/02:142 s. 21 f., framgår att en upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Kvalifikationskriterier är de kriterier som visar att en leverantör är en lämplig anbudsgivare. Av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på en leverantör än vad som erfordras för den enskilda upphandlingen. Endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet att genomföra kontraktet får ställas. Detta får anses innebära att kommunen har rätt att uppställa krav på att leverantören har de tillstånd som följer av lag för att få bedriva den verksamhet som ska upphandlas. Att tillståndet ska föreligga vid tidpunkten då anbudet lämnas kan inte heller anses strida mot de grundläggande principerna för upphandling. Skälet till att kravet uppställts framgår av det svar som kommunen lämnat bolaget. Kravet är vanligt förekommande vid denna typ av upphandlingar.

Vid kommunens senaste upphandling av aktuellt slag uppställdes motsvarande krav och cirka 130 leverantörer lämnade anbud som uppfyllde kravet. Kravet kan mot denna bakgrund inte anses på ett otillbörligt sätt styra mot en viss leverantör.

Bolaget anför i yttrande bland annat följande. Proportionalitetsprincipens innehåll såsom det formulerats av kommunen vitsordas. Detta innebär att kvalifikationskriterierna inte ska vara högre än vad som erfordras. I detta fall saknas all anledning att ha något annat krav än att anbudsgivaren ska ha tillstånd vid tidpunkten för avtalstecknande. De svar kommunen lämnat i upphandlingen är svåra att förstå, eftersom kravet i detta avseende varit uppställt från början samtidigt som upphandlingens procedur måste följa bestämmelserna i LOU. Det är inget speciellt med denna upphandling såvitt avser sista dag för avlämnande av anbud i förhållande till driftstart. Det är till exempel så att från tilldelningsbeslut ska löpa tio dagar innan avtal skrivs. Det föreligger inte någon relevant tidsfaktor av något slag. Det vitsordas också att endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra avtalet får ställas. Bolaget har den kapacitet som erfordras i förevarande fall men ännu inte erforderligt tillstånd för bedrivande av aktuell verksamhet. Det nu aktuella kravet styr mot en viss grupp leverantörer, det vill säga de leverantörer som redan har erhållit tillstånd. Denna grupp leverantörer må vara hur stor som helst utan att det påverkar förbudet mot diskriminering. Detta förbud medför att nyetablerade verksamheter diskrimineras och inte kan delta i upphandlingen och att leverantörerna inte behandlas likvärdigt trots såväl kapacitet som tillstånd föreligger vid tidpunkten för avtalstecknande.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 15 kap. 12 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 7 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) stadgas bland annat följande. Ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ får inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva verksamhet i form av hem för vård eller boende.

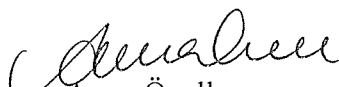
Länsrättens bedömning

Livsvalet i Uppsala AB har begärt överprövning av Uppsala kommuns upphandling avseende HVB-platser. Bolaget har begärt överprövning då

kommunen har ställt krav på anbudslämnare att de måste ha tillstånd för att driva HVB-hem redan vid anbudslämnandet. Bolaget anser att detta strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet. Kommunen har i yttrande angett att man inte anser att kravet strider mot någon av ovan nämnda principer samt att kravet finns på grund av den korta tid som föreligger mellan sista dag att lämna anbud samt driftstarten.

I målet är ostridigt att tillstånd från Länsstyrelsen krävs för att bedriva den aktuella verksamheten. Frågan länsrätten har att ta ställning till är om kravet på tillstånd kan ställas redan vid tidpunkten för anbudslämnandet. Länsrätten konstaterar, såsom bolaget anfört i yttrande, att den tid som föreligger mellan anbudslämnandet och driftstarten som kortast kan vara tio dagar. Det föreligger således ingen speciell tidsfrist som motiverar kravet i upphandlingen. Anbudet ska vara inkommet senast den 22 april 2009 och avtalstiden gäller den 1 juli 2009 – den 30 juni 2011. Länsrätten anser dock, med beaktande av möjligheten för kommunen att genomföra en effektiv upphandling, att tillstånd är en ovillkorlig förutsättning för att bedriva sådan verksamhet som upphandlingen avser och att det enligt LOU är myndigheten som i vissa fall kan begära kompletteringar, att tillstånd ska innehas vid tiden för lämnande av anbud. Kravet på tillstånd vid anbudslämnande inskränker visserligen möjligheten att utnyttja befintliga konkurrensmöjligheter. Möjligheten att utnyttja konkurrensmöjligheter väger dock i detta fall enligt länsrättens mening inte tyngre än kommunens intresse att genomföra en effektiv upphandling. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Anna Önell

assessor

AL



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

