



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 17

DOM
 2015-04-10
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 28348-14

KONKURRENSVERKET

2015-04-13

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

SÖKANDE

Sollentuna kvinnojour, 802411-4343
 Box 818
 191 28 Sollentuna

Ombud: Sveriges Kvinno- och Tjejjourers Riksförbund, SKR
 Ölandsgatan 49D
 116 63 Stockholm

MOTPART

Botkyrka kommun
 147 85 Tumba

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Sollentuna kvinnojours ansökan om överprövning
 av Botkyrka kommuns upphandling.

Dok.Id 574529

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

08:00-16:30

BAKGRUND

Botkyrka kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende ramavtal för skyddade boenden för våldsutsatta personer (Dnr 2014:197) genom ett förenklat förfarande. Kommunen har bjudit in till anbudsgivning i upphandling av skyddade boenden avseende personer som är 18 år eller äldre som är utsatta för våld och/eller hot om våld i nära relationer samt deras eventuella medföljande barn oavsett kön eller ålder. Enligt förfrågningsunderlaget har syftet med upphandlingen varit att invånare från Botkyrka kommun som är i behov av skydd ska kunna erbjudas plats på ett skyddat boende med lämplig inriktning.

YRKANDEN OCH UTVECKLING AV TALAN

Sollentuna kvinnojour ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om på grund av att upphandlingen är konkurrensbegränsande och uppställda skall-krav strider mot proportionalitetsprincipen. Sollentuna kvinnojour har vidare angett att förfrågningsunderlaget utformning brister i transparens och likabehandling vad avser grund för tilldelning.

Till stöd för sin talan anför Sollentuna kvinnojour i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget står att kommunen har för avsikt att sluta ramavtal med 25-30 skyddade boenden i och utanför Stockholms län inom fyra kategorier.

- Kategori 1 – Skyddade boenden för kvinnor utsatta för hedersrelaterat våld/förtryck.
- Kategori 2 – Skyddade boenden för män utsatta för hedersrelaterat våld/förtryck.

Allmänna avdelningen.

- Kategori 3 – Skyddat boende för par, både kvinnor och män utsatta för hedersrelaterat våld/förtryck.
- Kategori 4 – Skyddade boenden för kvinnor utsatta för hot och våld, med eller utan medföljande barn oavsett ålder eller kön.

Uppställda krav i upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen
Av såväl förarbetena till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som fastlagd praxis framgår att principen om proportionalitet innebär att samtliga krav som ställs i upphandlingsförfarandet måste stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. När det gäller frågan om ett aktuellt krav strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU kan konstateras att principen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kommunen har i aktuell upphandling uppställt vissa krav som inte kan anses säkerställa förverkligandet av syftet med upphandlingen och kravet går därmed utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte, vilket är att säkra kommunens behov av skyddade boenden för våldsutsatta personer som är i behov av skydd. Till följd av de oproportionerliga skalkraven har Sollentuna kvinnojour varit förhindrade att lämna anbud i upphandlingen och har därmed gått miste om ett eventuellt framtida kontrakt med kommunen.

Krav avseende tillgänglighet m.m.

Kommunen har uppställt krav på att det skyddade boendet ska vara anpassat för att ta mot en person som är rullstolsbunden (punkt 2.3.5). Av punkt 2.3.5 att framgår att samtliga förutsättningar ska vara uppfyllda.

- Entré är tillräckligt rymlig.
- Eventuell hiss är tillräckligt stor.
- Minst ett boenderum är anpassat.

Allmänna avdelningen

- Minst en toalett och ett duschrum är anpassat.
- Kök och gemensamhetsutrymmen kan nås med rullstol.

Detta krav är oproportionerligt och därmed i strid med LOU. Det är inte lämpligt att uppställa ett generellt krav på funktionshinderanpassning då det i en stor grad avviker från de krav som ett skyddat boende normalt sett kan anses tillgodose. Kommunens krav avseende tillgänglighet enligt punkt 2.3.5 är orimligt i förhållande till de fyra kategorier av skyddat boenden som kommunen har ställt upp. Det framgår ingenstans i förfrågningsunderlaget att det finns möjlighet att frånga detta krav. Följden av ett krav på funktionshinderanpassat boende är att en leverantör som i övrigt uppfyller kraven i upphandlingen är utesluten från att delta p.g.a. att boendet inte är funktionshinderanpassat. Genom detta krav lägger kommunen ett sådant dubbelt ansvar på en leverantör som kommunen istället hade kunnat hantera genom att uppställa en särskild kategori med skyddade boenden för funktionshindrade, så som man gjort avseende personer utsatta för hedersrelaterat våld.

Kraven i punkt 2.3.8 angående kost och matlagning går långt utöver vad som är syftet med upphandlingen. Kravet att det skyddade boendet ska tillhandhålla måltidsservice och mat är ett missriktat krav som inte utgår från de definitioner och beskrivningar som finns i dagsläget av skyddat boende och om vilka behov målgruppen har. Kommunen har ställt upp krav som inte kan anses säkerställa att syftet med upphandlingen uppfylls. Kravet är oproportionerligt då det går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen. Sollentuna kvinnojour ställer sig frågande om kommunen utvärderat innebörden av ett så långtgående krav som tillhandahållandet av mat på det skyddade boendet.

Kommunen tillämpar Socialstyrelsens Kvalitetsindikationer för skyddade boende (2013-11-26) som krav i kravspecifikationen. Det är inte lämpligt

att uppställa samtliga utvecklingsindikatorer som skall-krav då de i stor grad avviker från vägledning om skyddat boende – Fristad från våld (Socialstyrelsen 2013) – och det inte står i proportion till upphandlingens syfte.

Kategori ett, två och tre omfattar enbart vuxna. Att endast en av fyra kategorier av skyddat boende omfattar barn trots att de ofta utgör den största andelen personer som behöver skydd anses inte stå i proportion till behovet. Antalet skyddade boenden med platser för personer utan särskilda behov motsvarar inte behovet. Att tre av fyra kategorier skyddade boenden omfattar personer utsatta för hedersrelaterat våld/förtryck är inte rimligt.

Uppdelningen av antalet skyddade boenden i olika kategorier strider mot socialtjänstlagen. Enligt 5 kap. 11 § socialtjänstlagen (2001:453) ska socialnämnden särskilt beakta att kvinnor som är eller har varit utsatta för våld eller andra övergrepp av närstående kan vara i behov av stöd och hjälp. Att enbart i kategori ett och fyra specifikt ange kvinnor frångår lagen.

Kommunen har som tilldelningsgrund angett lägsta pris (1.2.3.5 i förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter) och har angett att varje anbudsgivare inom respektive kategori rangordnas efter såväl lägsta pris som de skyddade boendenas geografiska placering. Tilldelningsgrunden lägsta pris innebär att myndigheterna endast får utvärdera anbud med hänsyn till det offererade priset, inga andra faktorer får vägas in. Samtliga anbud som klarar kvalificeringskravet ska således utvärderas utifrån lägsta pris där lägsta pris ska tilldelas kontraktet. Genom att låta geografisk placering påverka rangordningen har kommunen frångått tilldelningsgrunden lägsta pris. Kommunen har varken angett vad som avses med geografisk placering eller hur geografisk placering värderas. Det anges dock att kommunen tillmäter geografisk placering stor vikt vid rangordningen av leverantörer. Vid lika anbudssumma anges inte vilken geografisk placering som kommer prioriteras vid rangordningen. Förfrågningsunderlaget brister mot likabe-

handlingsprincipen och är heller inte transparent vad gäller angiven tilldelningsgrund. Det är omöjligt utifrån förfrågningsunderlaget att avgöra vad kommunen tillmäter betydelse i utvärderingen. För att en potentiell anbudsgivare ska kunna bedöma om ett konkurrenskraftigt anbud kan lämnas måste tillräcklig information om vad som krävs för att tilldelningen av kontrakt till anbudsgivaren ska kunna ske. Detta har inte varit möjligt med hänsyn till hur förfrågningsunderlaget är utformat.

Kommunen har formulerat syftet med upphandlingen utifrån Socialstyrelsens definition av skyddat boende. Det går därför inte att bortse från Socialstyrelsens beskrivning av skyddade boenden när kontraktsföremålet ska beskrivas. Kommunens frihet att utforma kraven i upphandlingen begränsas således av hur kontraktsföremålet formuleras och de måste vara ändamålsenliga i förhållande till vad som upphandlas.

Sollentuna kvinnojour har inte lämnat anbud i upphandlingen på grund av att kraven inte anses stå i proportion till upphandlingens syfte. Genom de oproportionerligt utformade kraven på funktionshindersanpassning och måltidskrav har kommunen uteslutit Sollentuna kvinnojour från möjligheten att delta i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget har därtill varit utformat på ett så otydligt sätt att det inte har gått att förutse hur anbuden kommer att utvärderas, vilket har inneburit betydande osäkerhet för Sollentuna kvinnojour att delta i upphandlingen. Sollentuna kvinnojour kommer att lida avsevärd skada framöver då man inte längre kommer kunna ha möjlighet att ta mot våldsutsatta kvinnor från kommunen under de två eventuellt fyra års tid som ramavtalet löper.

Botkyrka kommun bestrider Sollentuna kvinnojours yrkanden om åtgärder enligt LOU, anför i huvudsak följande grunder. De uppställda kraven strider inte mot proportionalitetsprincipen då de motsvarar kommunens bedömda aktuella och kommande behov. Kommunen har heller inte brustit

Allmänna avdelningen

enligt principerna om transparens och likabehandling då förfrågningsunderlaget får anses tillräckligt tydligt.

Kraven som ställs i upphandlingen är proportionella och har en tydlig affärsmässig koppling till kontraktsföremålet och strider därmed inte mot proportionalitetsprincipen.

Den första januari 2015 införs bristande tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning som en ny form av diskriminering i diskrimineringslagstiftningen. Funktionshinder är inte samma sak som funktionsnedsättning. Funktionshinder är hinder för personer med funktionsnedsättning där individen missgynnas genom att åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning. Ställda krav avseende tillgänglighet kan därför inte anses oproportionerliga.

Kravet att tillhandahålla tre mål mat om dagen är inte oproportionerligt då detta är något som har bedömts att det behövs. Under anbudsstiden kom det in frågor kring kravet som besvarades vilket förtydligade kravet. Kommunen kräver inte att maten serveras eller tillagas av utföraren, kravet är endast att det ska finnas mat tillgängligt på boendet.

Kommunens tillämpning av Socialstyrelsens kvalitetsindikationer är inte oproportionerliga eftersom de motsvarar kommunens behov av kvalitet och säkerhet för i upphandlingen aktuella målgrupper.

Kraven som ställs avseende antal platser i skyddade boenden inom respektive kategori motsvarar kommunens behov och kan därför inte anses oproportionerliga.

Allmänna avdelningen

Utvärderingsprocessen beskrivs övergripande under punkt 1.2.3.5 och beskrivs i detalj under punkt 3.5.1 i förfrågningsunderlaget. Avsteg från fastställd rangordning ska endast kunna ske enligt beskrivningen i punkt 3.5.2 i förfrågningsunderlaget. Kommunen har beskrivit hur anbuden kommer att utvärderas så pass tydligt att man inte kan anses ha brutit gällande principerna om transparens och likabehandling.

De behov av placeringar som är föremål för upphandlingen innebär inte att de avtal som tecknas kommer täcka kommunens totala behov av placeringar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter 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. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att myndigheten har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Den upphandlande myndigheten har, inom ramarna för de grundläggande principerna, en mycket stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag. Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillväga-

Allmänna avdelningen

gångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132). Ett förfrågningsunderlag ska vara så tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten bedömer att förfrågningsunderlaget i de delar Sollentuna kvinnojour har anmärkt mot inte kan anses vara så tydligt formulerat eller annars uppvisa sådana brister att det finns anledning att göra bedömningen att förfrågningsunderlaget står i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU eller gemenskapsrätten. Sollentuna kvinnojour har genom vad som anförts i den delen inte förmått visa att sådant förhållande föreligger.

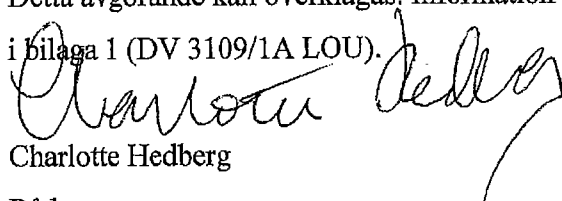
Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (se prop. 2006/07:128 s. 132).

Av praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är lämplig och effektiv åtgärd för att nå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Botkyrka kommun har angett att de har ett behov att upphandla skyddade boenden till de angivna personkategorierna med bl.a. möjligheter till mat på boendena samt tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Förvaltningsrätten anser att dessa krav inte är oproportionerliga. Något mindre ingripande alternativ som i tillräcklig utsträckning motsvarar kommunens behov har inte visats målet. Vidare finner inte förvaltningsrätten att de uppställda kraven är överdrivna jämfört med det eftersträvade syftet. Kommunen har t.ex. angett att det endast krävs att det finns tillgång till mat. Kommunen har därtill angett att upphandlingen inte täcker hela kommunens behov av skyddade boenden. Kommunen har vidare tydligt beskrivit hur anbuden kommer att utvärderas och förvaltningsrätten anser därför att utvärderingen inte strider mot LOU eller några EU-rättsliga principer. Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt LOU, vilket innebär att ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Charlotte Hedberg

Rådman

Handläggare har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Beijs.



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.

