



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-05-04
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2974-10 E

Enhet 1

2010-05-05

Avg	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE
AB Sisypnos, 556330-3030

Ombud:
Anbudsjuristen Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART
Heby kommun
744 88 Heby

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Upphandlingen av HVB-hem för asylsökande ensamkommande barn och ungdomar, Heby kommun

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att rättelse ska ske av Uppsala kommuns upphandling av HVB-hem för asylsökande ensamkommande barn och ungdomar på så sätt att ny utvärdering sker där AB Sisypnos anbud beaktas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 19 mars 2010 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Heby kommun (kommunen) har begärt in anbud i offentlig upphandling av HVB-hem för asylsökande ensamkommande barn och ungdomar.

Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande och upphandlingen skulle tilldelas det mest kvalitativa alternativet. I tilldelningsbeslut den 12 mars 2010 antogs Parangons AB:s anbud.

AB Sisyphos (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten upphäver kommunens tilldelningsbeslut och ålägger kommunen att rätta utvärderingen på så sätt att bolagets anbud kvalificerar sig till utvärderingen. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Tillgång till fastighet

Bolaget har uppfyllt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Bolaget har varit i kontakt med ett flertal fastighetsägare inom de aktuella orterna och kan med kort varsel starta upp verksamheten. Efter att anbudet lämnats in kontaktade kommunen bolaget och begärde komplettering med en adress där verksamheten skulle bedrivas. Bolaget kompletterade anbudet med den adress bolaget bedömt som mest lämplig och vilken de fått löfte att hyra. Kommunen anser att bolaget inte har kvalificerats för utvärdering med motiveringen att bolaget inte hade tillstånd att driva ett HVB-hem på den angivna adressen, då bolaget vid anbudstillfället inte hade tillgång till fastigheten eller tillstånd att driva HVB-hem där. Kommunen har inte i förfrågningsunderlaget uppställt något krav på att anbudsgivarna i sina anbud ska visa ett faktiskt förfogande över en fastighet eller att anbudsgivaren redan vid anbudstillfället måste ha ansökt om att bedriva ett HVB-hem i Heby kommun. Det framgår klart och tydligt att entreprenören ska kunna erbjuda boende, men inte att denne redan vid tidpunkten för anbudslämnningen skulle kunna visa en äganderätt eller nyttjanderätt till en fastighet i området. Bolaget anser sig tveklöst kunna erbjuda boende. Skulle det enty-

dig ha angivits att entreprenören ska äga eller ha ett giltigt hyresavtal för boendet hade bolaget haft möjlighet att agera annorlunda vid inlämnandet av anbudet. Förfrågningsunderlaget var dock inte utformat på det sättet, varför sådana lösningar inte föranleddes. Att kommunen i efterhand kontaktar anbudsgivarna och begär att en adress ska uppges och att anbudsgivarna ska ha tillstånd att bedriva HVB-hem på adressen är att likställa med att ändra i förfrågningsunderlaget och uppställa nya skall-krav.

Tre anbudsgivare har hänvisat till samma lokal som bolaget, vilket styrker att lokalen är ändamålsenlig och att hyresvärden har för avsikt att upplåta lokalen för den verksamhet som upphandlas. Det styrker även att samtliga anbudsgivare har tolkat förfrågningsunderlaget såsom bolaget tolkat det. Det är möjligt att anskaffa en lokal inom rimliga tidsramar och det är andra faktorer som är avgörande i tidshänseende. Problemet är att kommunen anser sig ha uppställt ett skall-krav som inte framgått på det sätt som kommunen avser i förfrågningsunderlaget.

Oproportionerligt och diskriminerande skall-krav

Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att kommunens krav i förfrågningsunderlaget kan tolkas som att anbudsgivarna redan vid anbudsgivandet skulle ha tillgång till en fastighet samt tillstånd, anser bolaget att det är orimligt att kräva att anbudsgivare inför ett anbud ska binda upp sig på ett hyreskontrakt med lång uppsägningstid, utan någon som helst garanti för att få driva verksamheten. Det är oproportionerligt att kräva att anbudsgivare ska hinna teckna hyreskontrakt och söka tillstånd, med de kostnader som följer, på så pass kort tid. Rättspraxis visar tydligt att det anses vara ett orimligt krav att en anbudsgivare ska åta sig stora etableringskostnader i förväg utan någon garanti för att anbudsgivaren tilldelas kontraktet. Ett krav på förfogande över en fastighet och tillstånd är diskriminerande mot anbudsgivare som inte idag bedriver verksamhet inom kommunen. Med den korta anbudstiden och den korta tiden mellan tilldelningsbeslut och

avtalsstart, innebär ett krav på hyreskontrakt och tillstånd att endast anbudsgivare med etablerad verksamhet i kommunen kan lämna anbud. Enligt EU-rättsliga principer får upphandlare inte utforma förfrågningsunderlaget eller utföra utvärdering på ett sätt som är diskriminerande mot nystartade företag, företag som inte redan finns på marknaden eller utvecklingsföretag. Bolaget hänvisar till Kammarrätten i Stockholms mål nr 2831-03 och EG-domstolens mål C-234/03.

Risk för skada

Genom kommunens åsidosättande av LOU har bolaget lidit skada då dess anbud inte har utvärderats. Vid en korrekt utförd upphandling hade bolaget haft en god chans att erhålla kontraktet då det offererade priset är mycket ekonomiskt fördelaktigt och anbudet står sig mycket väl i konkurrensen i övriga kriterier. Bolaget kunde därmed ha varit den anbudsgivare som erbjudits kontraktet om anbudet blivit godkänt i kvalificeringsfasen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets talan och anför till stöd härför bl.a. följande.

Tillgång till fastighet

I förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska kunna erbjuda boende. Förutsättningen är tillräckligt tydlig och bör inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren ska ha tillgång till en fastighet vid tiden för anbudsinlämningen. Kravet är uppställt under rubriken förutsättningar, vilket bör ge anbudsgivaren information om att kravet är en förutsättning för bedrivande av verksamheten. Vidare finns det i avsnitt 3.1.1 en skrivelse om att samtliga ska-krav ska besvaras och vara uppfyllda om anbudet ska prövas. Kravet på boende är ett ska-krav och ska därför vara uppfyllt vid tiden för anbudsinlämningen. Den omständigheten att två andra anbudsgivare hänvisat till samma fastighet som bolaget har i sig inte lagts till grund för uteslutning av bolaget. Däremot föranledde denna omständighet en mer noggrann

kontroll av hur det verkligen förhöll sig med bolagets tillgång till den aktuella fastigheten. Denna kontroll visade att bolaget inte hade tillgång till fastigheten som varken ägdes eller hyrdes av bolaget. Bolaget har heller inte i sitt anbud eller i lämnade kompletterande uppgifter givit någon information om den option för att hyra fastigheten som bolaget hänvisar till. Kommunen har inte, vare sig vid muntlig kontakt eller skriftligen, angett att tillstånd för bedrivande av HVB-hem krävdes vid anbudsinlämningen och därmed föranlett uteslutning av bolaget som anbudsgivare.

Oproportionerligt och diskriminerande skall-krav

Kommunen har iakttagit de tidsgränser som anges i LOU och kommunens skyndsamma hantering av upphandlingen bottenar i det stora behovet av HVB-platser för ensamkommande barn och ungdomar. Annonseringstidens längd är inte avgörande för en eventuell nyetablering från bolagets sida utan själva kärnfrågan är istället huruvida kommunen kan uppställa krav på att bolaget vid anbudsinlämningen har tillgång till en fastighet. Kravet innebär ofrånkomligen en viss begränsning av nyetablering. Denna begränsning och den negativa effekt som kan tänkas uppstå är dock enligt kommunens mening nödvändig och det aktuella kravet är varken olämpligt eller onödigt ingripande med hänsyn till det syfte och de intressen som kravet syftar till att tillvarata. Bakgrunden är kommunens förutsättningar och företagsklimat. Eftersom Heby kommun är en landsbygdskommun med få företag och där nyetableringar är mindre vanliga bedömdes att det var nödvändigt att utvidga området för upptagande av anbud i så stor utsträckning som möjligt för att locka etablerade verksamheter i andra kommuner att lämna anbud. Kravet på ett rimligt pendelavstånd med en restid på maximalt 30 – 45 minuter till skola innebär att det är fullt möjligt för företag med tillgång till lämpliga fastigheter även i angränsade kommuner att lämna in anbud som uppfyller uppställda ska-krav.

Syftet med upphandlingen är att köpa platser på ett boende till barn och ungdomar som är i behov av hjälp omgående. Kravet på geografiskt läge är av avgörande betydelse för den tjänst som kommunen avser att köpa in och därför ansågs det innebära en alltför stor osäkerhet att fatta ett beslut om tilldelning utan att kravet på tillgång till en fastighet, vilket är väsentligt och grundläggande för kommunen, kunde kontrolleras. Kommunen har på andra sätt försökt möjliggöra för nyetablerade företag eller företag som avser att göra en omläggning av sin verksamhet att lämna anbud. Detta har skett genom att ge den anbudsgivare som tilldelats kontraktet en tidsfrist på tre månader från och med verksamhetens start för att skaffa erforderliga tillstånd för verksamhetens bedrivande. Det ställdes inte heller några krav på att anbudsgivaren vid anbudsinlämningen skulle ha tillgång till inventarier, anställd personal eller liknande resurser. Anbudsgivare som är intresserade av att etablera en verksamhet i området är inte enbart beroende av att vinna just denna upphandling av HVB-boende eftersom det torde finnas en marknad för att sälja HVB-platser även till andra aktörer. Detta är en omständighet bland andra som gör att kommunens krav på tillgång till en fastighet vid anbudsinlämningen i förevarande fall inte framstår som orimligt eller oproportionerligt.

Förvaltningsrätten förordnade genom interimistiskt beslut den 19 mars 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges följande. Enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

3.1.2 Kompletterande frågor

Upplysningar eller ytterligare handlingar erhålls av den upphandlande enheten. En sådan begäran ska vara skriftlig och göras i så god tid att samtliga anbudsgivare ska kunna delges motsvarande upplysning/handlingar senast tre dagar före anbudstidens utgång. Endast skriftlig kompletterande uppgift lämnad av beställaren under anbudstiden är bindande för både beställare och anbudsgivare.

3.1.7 Anbudsprövning

Efter anbudsöppning sker granskning och prövning av de anbud som inkommit i rätt tid. Inkomna anbud kommer att utvärderas i två steg:

Steg 1. Kvalificeringsfasen är en prövning av anbudsgivaren.

Steg 2. Kontroll av att samtliga ska-krav är ifyllda samt utvärdering av urvalskriterierna.

4 Föreskrifter för entreprenören

4.1 Förutsättningar

För barn och ungdomar i skolåldern ska Entreprenören kunna erbjuda boende, i enlighet med detta förfrågningsunderlag, som är beläget inom rimligt pendelavstånd till någon av Heby kommuns grundskolor och/eller angränsande kommuners gymnasieskolor. Med rimligt pendelavstånd avses en restid på maximalt 30 – 45 minuter med skolskjuts och/eller allmänna kommunikationer.

I e-post från kommunen till bolaget anges bl.a. följande. Inför utvärderingen av inkomna anbud i upphandlingen av HVB för ensamkommande barn och ungdomar i Heby kommun kvarstår viss oklarhet kring ett av skullkraven (avsnitt 4.1).

För att kunna avgöra om detta krav uppfylls behöver vi information om var er verksamhet är belägen. Ange adressen till den fastighet där verksamheten ska bedrivas i svar via mail, brev eller fax senast den 11 mars.

I svar den 11 mars 2010 kompletterade bolaget sitt anbud med en adress.

I tilldelningsbeslutet den 12 mars 2010 anges bl.a. följande. Anbud inkom från sju anbudsgivare. Samtliga anbudsgivare uppfyller leverantörskraven. Bolaget och fem ytterligare anbudsgivare uppfyller inte alla övriga skakrav då anbudsgivarna inte har tillgång till en fastighet för bedrivande av verksamheten i enlighet med uppställda skakrav. Två anbudsgivare hade tillgång till en fastighet och har utvärderats vidare.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen brutit mot någon bestämmelse eller princip i LOU och om dessa eventuella brott föranleder att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. För ingripande från förvaltningsrättens sida krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Skall-kravet "ska kunna erbjuda boende"

Vid genomförande av ett upphandlingsförfarande gäller att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ska redovisa de krav som ställs på anbudsgivarna och redogöra för hur utvärderingen av anbuderna ska gå till. I det allmänna kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. För varje krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyller kraven.

Kravet på affärsmässighet i den offentliga upphandlingen kan enligt förvaltningsrättens mening inte innebära att varje brist som en anbudsgivare kan göra gällande i ett förfrågningsunderlag eller en utvärdering – och vars frånvaro skulle ha kunnat medföra att anbudsgivaren gett sitt anbud ett annat innehåll – utgör grund för åtgärd LOU. En sådan ordning skulle snabbt få orimliga konsekvenser för den offentliga upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

I aktuellt förfrågningsunderlaget anges bland annat följande skall-krav. För barn och ungdomar i skolåldern ska Entreprenören kunna erbjuda boende, i enlighet med detta förfrågningsunderlag, som är beläget inom rimligt pendelavstånd till någon av Heby kommuns grundskolor och/eller angränsande kommuners gymnasieskolor. Med rimligt pendelavstånd avses en restid på maximalt 30 – 45 minuter med skolskjuts och/eller allmänna kommunikationer.

Bolaget har tolkat ovan angivna lydelse som att det är tillräckligt för entreprenören att ange huruvida denne kan erbjuda boende. I anbudet angav bolaget därför ingen adress för verksamheten. Då det var flera av anbudsgivarna som agerat på detta sätt bad kommunen dem att komplettera anbudet med adressen för den tilltänkta verksamheten. Bolaget kompletterade därför sitt anbud med den adress där de avsåg att bedriva verksamheten, och menar också att bolaget tveklöst har kunnat erbjuda detta boende. Kommunen diskvalificerade emellertid bolagets anbud då meningen ”ska kunna erbjuda boende” enligt kommunen innefattar ett krav på äganderätt eller nyttjanderätt till en fastighet redan vid anbudslämnandet, vilket bolaget inte hade visat. Bolaget kvalificerade sig därför inte till utvärderingsfasen.

Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det i formuleringen ”ska kunna erbjuda boende” inte inbegripas ett krav på äganderätt eller nyttjanderätt

till en fastighet redan vid anbudslämnandet, och någon beskrivning av hur detta krav ska redovisas återfinns heller inte i förfrågningsunderlaget. Den tolkning som kommunen hävdar har varit avsedd framgår därmed inte av förfrågningsunderlaget och får betraktas som oförutsebar. Att bolaget vid tidpunkten för anbudslämnandet inte har visat en äganderätt eller nyttjanderätt till en fastighet kan med beaktande härav inte leda till att skall-kravet ifråga inte är uppfyllt. Kommunen har därmed inte haft fog för sitt beslut att förkasta anbudet på angiven grund.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolagets anbud felaktigt har uteslutits. Kommunen har därmed brutit mot 1 kap. 9 § LOU och bolaget får till följd av detta antas ha kunnat komma att lida skada. Felet har inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet och det får därför anses tillräckligt att förordna om rättelse. Rättelse ska ske genom en ny utvärdering där bolagets anbud ingår. Bolagets överklagande ska således bifallas.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad bolaget i övrigt anfört som grund för sitt överklagande.

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



Linda Åslin
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Anna Ljung.

