



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2020-11-09

Meddelad i Göteborg

Sida 1 (17)

Mål nr

5684-20

SÖKANDE

Stiftelsen Neuberghska Ålderdomshemmet, 857206-9972

Ombud: [REDACTED] och advokat [REDACTED]

MOTPART

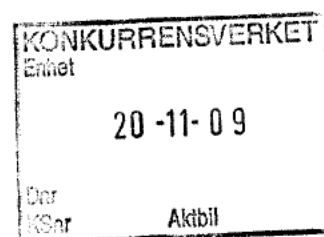
Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 717994

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

-

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs kommun (nämnden) genomför en ramavtalsupphandling av *Vård och omsorgsboenden i Göteborg, dnr 199/19*.

YRKANDEN M.M.

Stiftelsen Neuberghska Ålderdomshemmet (Neuberghska) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Neuberghska anför bl.a. följande.

Föremålet för upphandlingen är vård- och omsorgsboenden med biståndsbeslut om särskilt boende enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) som grund samt hälso- och sjukvård i äldreboende enligt hälso- och sjukvårdsavtal i Västra Götaland. Upphandlingen avser vård- och omsorgsboenden generellt inom kommunen. Neuberghska som har en särskild inriktning mot en minoritetsgrupp ingår sålunda i samma upphandling som de leverantörer som bedriver vård- och omsorgsboenden utan sådan inriktning. Förutsättningarna och kostnaderna är helt annorlunda för det slag av verksamhet som Neuberghska bedriver, vilket inte beaktas överhuvudtaget i upphandlingen.

Upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen, 4 kap. 2 § LOU, samt proportionalitetsprincipen

En upphandlande myndighet har ingen ovillkorlig rätt att ställa upp ett krav om takpris i en upphandling. Eftersom varje upphandling är unik måste det alltid göras en bedömning om samtliga uppställda krav är förenliga med de grundläggande principerna i LOU. Eftersom ett takpris objektivt sett alltid kommer att behandla leverantörer lika är det av stor betydelse att hänsyn även tas till den faktiska effekt som ett takpris får i det enskilda fallet.

Den pågående upphandlingen avser vård- och omsorgsboende i allmänhet. Upphandlingen innefattar inga specifika villkor som syftar till att hantera vård och omsorg till minoritetsgrupper eller de anbudsgivare som bedriver sådan verksamhet. Inom ramen för upphandlingen har de leverantörer vars verksamhet är riktad mot minoritetsgrupper därför ingen möjlighet att få ersättning för de särskilda merkostnader som vård och omsorg till dessa grupper är förknippad med. Med hänsyn till att äldreomsorg för personer som inte tillhör en nationell minoritet inte är förenad med motsvarande merkostnader är det enbart anbudsgivare som bedriver äldreomsorg inriktad på nationella minoriteter som påverkas negativt av det obligatoriska kravet om takpris. Vid tillhandahållandet av tjänsten till de boende är Neuberghska även skyldiga att säkerställa att boendet är tryggt och säkert samt tillgodose de rättigheter som den judiska minoriteten har enligt lag avseende bl.a. språk, upprätthållandet av kulturell identitet och att maten som serveras är kosher. Såvitt avser skyldigheten att tillhandahålla mat som är kosher följer detta även av det matprogram som Göteborgs stad föreskrivit och som utgör en del av villkoren i upphandlingen.

Kravet om takpris medför vidare att Neuberghska kommer att erhålla mindre förmånliga kommersiella villkor än de leverantörer som inte erbjuder äldreomsorg för personer som tillhör minoritetsgrupper. Villkor och obligatoriska krav i en upphandling får inte utformas på sådant sätt att det redan på förhand kan konstateras att leverantörer som tillhandahåller vissa delar av upphandlingsföremålet aldrig kommer att kunna delta i upphandlingen på samma villkor som övriga leverantörer.

Den omständigheten att grunden för avrop helt beror på beslut från socialnämnden medför vidare att föremålet för upphandlingen i hög grad är diversifierat och oförutsebart samtidigt som kostnaderna för att leverera de olika beställningarna i ramavtalet varierar. Variationerna i upphandlingsföremålet beror på att personer som tillhör nationella

minoriteter enligt lag har rätt till viss anpassad äldreomsorg och som redogjorts ovan är äldreomsorg inriktad för den nationella minoriteten judar förenad med betydande merkostnader. Med hänsyn till att föremålet för upphandlingen omfattar flera typer av äldreomsorg, med helt skilda förutsättningar och krav, är det inte förenligt med LOU att tillämpa ett fast takpris som gäller för hela upphandlingen.

Eftersom grunden för tilldelning i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ifrågasätts även att det obligatoriska kravet om takpris är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen. Om leverantörer som erbjuder äldreomsorg som är anpassad för personer som tillhör en minoritetsgrupp hade kunnat beakta merkostnader i anbudspriset är det inte säkert att de hade fått tilldelning eftersom övriga leverantörers anbud hade kunnat vara ekonomiskt mer fördelaktiga. Sådana leverantörer hade emellertid inte diskvalificerats enbart av den anledningen att deras merkostnader, som beror på vad som är föreskrivet i lag, är hänförlig till en nationell minoritetsgrupp.

Som alternativ till att ställa upp ett fast takpris hade nämnden kunnat tillämpa olika takpriser och därigenom accepterat vissa merkostnader för leverantörer som bedriver verksamhet inriktad mot olika minoritetsgrupper. Nämnden hade även kunnat tillämpa någon typ av poängsystem som efter förutbestämda kriterier konverterades till avdrag på det lämnade anbudspriset utifrån vilka möjligheter leverantörerna har att tillgodose äldreomsorg för nationella minoritetsgrupper. Genom dessa exempel synliggörs att Göteborgs stad på ett förhållandevis enkelt sätt hade kunnat uppnå syftet med upphandlingen och samtidigt utforma kravet på ett proportionerligt och likabehandlande sätt.

Den genomsnittliga kostnaden för ett år på äldreboende i Sverige uppgår till 871 000 kronor per år. Detta motsvarar en kostnad om 2 386 kronor per

dygn. Nämnden har valt att tillämpa ett obligatoriskt takpris om 2 150 kronor per dygn. Det är sannolikt förenat med högre kostnader att bedriva äldreomsorg eller annan verksamhet i storstadsregioner. Redan vid en jämförelse mellan Göteborg och Malmö föreligger en klar skillnad i kostnad för lokalhyra. Upphandlingar bör inte användas i syfte att pressa priser till nivåer som klart understiger vad Socialstyrelsen angett att den faktiska kostnaden för att bedriva äldreomsorg uppgår till. Utöver att det obligatoriska takpriset klart understiger den faktiska kostnaden för att bedriva äldreomsorg är upphandlingen dessutom utformad på ett sätt som leder till ytterligare prispress eftersom det inte funnits någon garanti för att erhålla tilldelning om takpriset accepteras. I sammanhanget kan det även ifrågasättas om den upphandlade äldreomsorgen till följd härav kommer att uppnå sådan kvalitet som krävs enligt lag.

I Sverige finns endast två äldreboenden som är inriktade på minoriteten judar och som uppfyller de krav som följer av lagen (2009:724) om nationella minoriteter och minoritetsspråk (minoritetslagen). Med undantag för Stockholm, eftersom det där återfinns ett boende med samma inriktning som Neuberghskas, ifrågasätts därför relevansen i den del av marknadsanalysen som avser andra kommuner. Härutöver framgår inte vad Inköp och upphandling har tagit för hänsyn då marknadsanalysen genomfördes eller om minoritetslagen beaktats.

Neuberghskas ökade kostnader under det rådande ramavtalet har delvis sin förklaring i att minoritetslagen infördes, vilket innebar högre krav på äldreomsorgen som tillhandahålls de boende på Neuberghskas äldreboende. Neuberghska har dessutom drabbats av ökade kostnader till följd av Göteborgs stads agerande. Neuberghska har inte längre rätt att;

- nyttja Göteborgs stads jourtjänst för sjuksköterskor under helger och nätter,
- använda Göteborgs stads medicinskt ansvarig sjuksköterska,

- hyra sjukgymnast och terapeut från Göteborgs stad.

Om avdrag görs för Neuberghskas merkostnader uppgår dess ersättning till 1 943 kr, dvs. 104 kr mindre än övriga leverantörer. Vid jämförelse med Attendo, som har högst pris utöver Neuberghska, och dessutom är den största leverantören med tydliga stordriftsfördelar, uppgår Neuberghskas ersättning till 132 kr mindre. Neuberghska kommer således att erhålla en betydligt lägre ersättning än övriga leverantörer efter avdrag för faktiska kostnader.

Upphandlingen strider mot principerna om förutsebarhet och transparens

I upphandlingsdokumenten är inte angivet hur Göteborgs stad avser att bedöma om uppskattat behov är uppfyllt eller vad detta innebär för frågan om vilket antal anbudsgivare som kommer att antas. Avsaknaden av sådana förutsättningar medför att Göteborgs stad kan avgöra detta utifrån eget godtycke. Vidare framgår inte hur tilldelning kommer att ske för det fall antalet anbudsgivare överstiger uppskattat behov och anbudsgivarna i övrigt angett samma pris, vilket är troligt då ett takpris tillämpas i upphandlingen.

Neuberghska riskerar att lida skada

Eftersom Neuberghska saknar möjlighet att uppnå kostnadstäckning för de merkostnader som deras verksamhet är förenad med är det uppenbart att Neuberghska kommer att lida skada med hänsyn till upphandlingens utformning och kravet om takpris. Dessutom ska poängteras att den nya lagen om valfrihetssystem endast är planerad att införas den 1 april 2021. Det råder dock delade meningar om så verkligen kommer att ske. På grund härav är det sannolikt att ramavtalet till upphandlingen kommer att förlängas. I sådant fall skulle Neuberghska vara part i ett avtal som innebär att de inte har rätt till ersättning för sina merkostnader under tre år, vilket skulle medföra omfattande skada.

Göteborgs stads tillämpning av LOU strider mot regeringsformen

Genom regeringsformen tillförsäkras såväl fysiska som juridiska personer vissa fri- och rättigheter (Åhman, SvJT 100 år, 2016 s. 464). Enligt 2 kap. 12 § regeringsformen får inte heller lagar och föreskrifter, eller dess tillämpning, innebära att någon missgynnas med hänsyn till dess etniska ursprung eller andra liknande förhållanden (jfr. prop. 1975/76:209 s. 100).

Enbart sådana leverantörer som erbjuder äldreomsorg för personer som tillhör nationella minoriteter kommer att missgynnas i upphandlingen. Om nämnden tillåts att ställa upp det obligatoriska kravet om takpris i upphandlingen kommer dess tillämpning av LOU att stå i strid med 2 kap. 12 § regeringsformen. Neuberghska är en stiftelse som drivs utifrån judiska värderingar, seder och bruk samt av personer som själva tillhör den nationella minoritetsgruppen och missgynnas därför på grund av dess etniska tillhörighet. Vidare är det huvudsakliga ändamålet med deras verksamhet att personer som tillhör den nationella minoriteten judar ska erhålla sådan äldreomsorg som de har rätt till enligt lag. Inom Göteborgsregionen är Neuberghska den enda leverantören som tillhandahåller äldreomsorg anpassad för den nationella minoriteten judar och som fullt ut tillgodoser dessa individers behov. Eftersom kravet om takpris riskerar att leda till att Neuberghska avhåller sig från att lämna anbud alternativt inte kan konkurrera på samma villkor som övriga leverantörer medför nämndens tillämpning av LOU även att medborgare i kommunen som tillhör den nationella minoriteten judar missgynnas. Det föreligger en faktisk och påtaglig risk för att dessa kommuninvånare fråntas sin lagstadgade rätt till äldreomsorg som är anpassad utifrån deras behov och kulturella identitet. Med anledning härav gör Neuberghska gällande att utformningen av upphandlingen står i strid med regeringsformen. Detta innebär att upphandlingen inte ska tillåtas att genomföras även om den bedöms förenlig med LOU. En annan tillämpning skulle innebära att

nämnden tillåts att diskriminera såväl Neuberghska som medborgare tillhörandes den nationella minoriteten judar.

Neuberghska har en så tydlig koppling till den judiska etniciteten att den, i nu aktuella situation, åtnjuter skydd enligt regeringsformen. Därtill tillförsäkras enskilda individer ett skydd mot att bli diskriminerade av en myndighets tillämpning av lagar och föreskrifter. Regeringsformen gäller vid tillämpning av alla lagar och föreskrifter, så även LOU. En upphandling får inte utformas så att den strider mot regeringsformen. En annan sak är att minoritetslagen måste tillämpas i frågor som rör den äldreomsorg som avropas från ramavtalet till upphandlingen.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Ett takpris står i inte i strid med LOU

LOU eller praxis innebär inget hinder mot att uppställa ett takpris i en upphandling, i syfte att tjänsterna ska rymmas inom den upphandlande myndighetens budget. Det satta takpriset är väl underbyggt och proportionerligt. Detta gäller även med beaktande av 18 a och 18 b §§ minoritetslagen.

En person ur en minoritetsgrupp har inte en ovillkorlig rätt till en viss biståndsinsats, exempelvis äldreboende just hos Neuberghska. Det är alltså riktigt att upphandlingen avser vård- och omsorgsboenden med biståndsbeslut om särskilt boende enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen. Upphandlingen är generell och avser inte några andra inriktningar än vad som anges under punkt 1.1.2.1 i upphandlingsdokumentet, dvs. att skillnad görs på funktionsnedsättning p.g.a. demenssjukdom eller inte. Leverantörerna utför alltså samma typ av tjänst och leverantörernas uppdrag är att verkställa biståndsbeslut. Av förarbetena till socialtjänstlagen följer att vid bedömningen av vilka biståndsinsatser som kommer i fråga, måste en

sammanvägning göras av olika omständigheter såsom den önskade insatsens lämplighet som sådan, kostnaden för den önskade insatsen i jämförelse med andra insatser samt den enskildes önskemål. Det finns inte en obegränsad frihet för den enskilde att välja sociala tjänster oberoende av kostnad (prop. 2000/01:80 s 91). I praxis (jfr RÅ 2010 not. 17) har också framkommit att kostnaden har betydelse för om en särskild önskad insats kan beslutas. Det finns inte någon generell rätt att välja insats men när det visat sig att den önskade insatsen, i det fallet plats specifikt på Judiska sjukhemmet, inte var dyrare än annat liknande boende, kunde den enskildes önskemål tillgodoses. Utöver den enskildes önskemål har alltså kostnaden för den önskade insatsen betydelse för om en viss insats kan beviljas efter biståndsbeslut. Mot denna bakgrund har det — utöver självklara budgetskäl — i sig funnits anledning för Inköp och upphandling att sätta ett takpris i upphandlingen.

Det finns ingen bestämmelse i LOU eller praxis som anger att en upphandlande myndighet inte skulle ha rätt att sätta ett tak för vad den kan betala för en viss insats. Snarare är det ett transparent sätt att visa vilka budgetramar som finns för insatsen. I enlighet med etablerad praxis är det nämligen i sig en grund för avbrytande om anbud ligger över den upphandlande myndighetens budget för tjänsten (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Även i den upphandling som låg till grund för nuvarande ramavtal tillämpades ett takpris (i det fallet 1 900 kr) och Neuberghska lämnade anbud. Inför nu aktuell upphandling har Inköp och upphandling gjort en marknadsanalys över hur prisbilden ser ut vad gäller snittpris i nuvarande ramavtal, andra kommuners ramavtal och nivån för LOV-ersättning hos ett antal kommuner. Mot den bakgrunden fastställdes ett takpris i nu aktuell upphandling till 2 150 kr. Beloppet, som bygger på en marknadsanalys, är väl underbyggt och proportionerligt.

Det ska tilläggas att det är fullt möjligt att inom LOU sätta ett fast pris i upphandlingar (jfr. artikel 67.2 i LOU-direktivet och prop. 2015/16:195, s. 788). Begränsning vad gäller prissättning enligt upphandlingslagstiftningen rör inte fasta priser, eller takpriser utan endast specifika regler för hur misstänkt låga priser ska hanteras. För låga priser finns särskilda regler (jfr 16 kap. 7 § LOU respektive 19 kap. 27 § LOU) och det är därmed inte tillåtet att åsidosätta dessa bestämmelser genom att tillämpa automatisk uteslutning under viss nivå, s.k. golvpris (jfr HFD 2018 ref. 50).

Motsvarande undersökningsåtgärder kring misstänkt höga priser finns som bekant inte i LOU eller praxis. Högsta förvaltningsdomstolen har i dom den 8 maj 2020 i mål nr 6102-19 slagit fast att uttalandena i golvprisdomen inte ska ha en extensiv tillämpning utan gäller just i förhållande till de särskilda bestämmelserna om onormalt låga anbud. Att sätta ett proportionerligt takpris är därmed inte i strid med LOU.

Upphandlingen har inga delområden utan det rör sig om en enhetlig tjänst. Det finns alltså ingen inriktning i upphandlingen som specifikt handlar om inriktning mot en viss minoritetsgrupp. Utvärderingen sker enligt pris, dvs. anbudsgivarna är fria att konkurrera med sitt pris nedåt medan ett takpris är satt i syfte att tillse att tjänsterna ryms inom den kommunala budgetramen.

Inget av detta står i strid med någon bestämmelse i LOU, de upphandlingsrättsliga principerna eller praxis. Eftersom tilldelning numera skett kan det också konstateras att takpriset de facto varit väl avvägt. Det finns stora prisskillnader över landet för kommunernas kostnader för äldreomsorg. I upphandlingen inkom 13 anbud och endast Neuberghskas anbud låg på takpriset. Det näst högsta anbudet var 75 kr under takpriset. Den genomsnittliga kostnadsbilden för en dygnsplats på äldreboende i Göteborg ligger inte på 2 386 kronor.

Upphandlingen står inte i strid med regeringsformen

Den som gör gällande en brist i en upphandling måste på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundar sig på (jfr. RA 2009 ref. 69).

Vad gäller grunden om tillämpning av LOU i strid med 2 kap. 12 § regeringsformen går resonemanget inte att närmare förstå, inte heller hur Neuberghska som juridisk person påstår sig diskriminerats. Resonemanget bygger i stället på en enskild persons rättighet utifrån Neuberghskas tolkning av minoritetslagen. Som Inköp och upphandling anført inledningsvis bör en sådan fråga lämpligen inte prövas i ett upphandlingsmål.

Antalet leverantörer som kommer tilldelas kan inte specificeras i förväg

Bedömningen av hur många anbudsgivare som ramavtal ska tecknas med avgörs utifrån den uppskattade volymen och anbudsgivarnas kapacitet. Detta tillvägagångssätt är vanligt förekommande i ramavtalsupphandlingar eftersom det inte på förhand går att känna till vilken kapacitet som kommer att offereras från enskilda anbudsgivare, vilket avgör hur många leverantörer som krävs för att täcka behovet i ramavtalet. Inköp och upphandling kan omöjligen känna till vilka anbudsgivare som lämnar anbud eller vilken kapacitet dessa anbudsgivare offererar. Än mindre kan det förutses om anbudsgivare med stor kapacitet skulle placera sig högt i utvärderingen (vilket innebär att avtal kan ingås med färre) eller om det är mindre aktörer med begränsad kapacitet som lämnar de mest fördelaktiga anbuden (vilket i så fall skulle innebära att avtal kan behöva ingås med fler). Det är därmed inte möjligt att ange något visst antal leverantörer på förhand, vilket inte heller krävs enligt LOU.

Denna fråga har, med nämnden (tidigare Upphandlingsbolaget) eller Göteborgs kommun som part, prövats flera gånger och i samtliga fall har domstolarna avfärdat liknande argument som Neuberghska nu framför (se Kamrarrätten i Göteborgs dom den 25 oktober 2011 i

mål nr 6541–6544-11, se även bedömningar i samma fråga kring invändningar om antalet antagna leverantörer från Förvaltningsrätten i Göteborg bl.a. dom den 31 maj 2016 i mål nr 1452-16, dom den 20 februari 2014 i mål nr 13770-13 och dom den 13 augusti 2015 i mål nr 4049-15).

Neuberghska har även anført att det skulle kunna inträffa att flera anbudsgivare lämnat samma pris (takpriset) och att det inte framgår hur dessa i så fall skulle särskiljas. Om det skulle inträffat är det enligt praxis tillåtet att tillämpa lottning för att särskilja anbud på samma pris (jfr RÅ 2009 ref. 60).

Neuberghska har inte visat på skada enligt LOU

Det är numera klarlagt att Neuberghska både lämnat anbud och blivit tilldelad i upphandlingen. Neuberghska har därmed inte visat att takpriset inneburit ett sådant hinder för att delta i upphandlingen som påstås i ansökan.

Inte heller har Neuberghska på något sätt kunnat konkretisera någon skada kring övriga felpåståenden som framförs (jfr HFD 2013 ref. 53). Det ska i sammanhanget påpekas att skadan ska avse Neuberghska som leverantör.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitet och likabehandling

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad den vill upphandla och på vilka villkor, under förutsättning att upphandlingen är förenlig med principerna i LOU. En upphandlande myndighet har en stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för upphandlingen (se RÅ 2010 ref. 78). Kraven måste utformas så att de är förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling och med upphandlingslagstiftningen i övrigt (se t.ex. HFD 2020 ref. 24). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och ickediskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. De obligatoriska kraven måste även vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten (jfr RÅ 2010 ref. 78). 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. Kravet ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (se prop. 2006/07:128 s. 132).

I det nu aktuella målet har nämnden valt att upphandla äldreboenden generellt utan att dela upp den i delområden för exempelvis brukare med särskilda behov. Det finns inte något grundläggande krav på upphandlande myndigheter att i den mån det är möjligt dela upp en upphandling i flera delar. När det gäller enskildas rättigheter enligt socialtjänstlagen och inom äldreomsorg enligt minoritetslagen är det kommunen som har det yttersta ansvaret för att dessa rättigheter tillgodoses. Av detta följer att det är kommunen som väljer på vilket sätt behoven ska tillgodoses, exempelvis huruvida det ska ske genom upphandling eller inom egen regi. Det finns ingen skyldighet för kommunen att upphandla äldreomsorg med särskild inriktning gentemot exempelvis enskilda som tillhör nationella minoriteter.

Avseende det takpris som gäller för den aktuella upphandlingen står det inte i och för sig i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller med bestämmelserna i LOU i övrigt att sätta ett takpris på upphandlingen. Priset får vidare anses ha en naturlig koppling till upphandlingsföremålet. Ett sådant krav får vidare anses såväl nödvändigt som ändamålsenligt då det säkerställer att priserna inte blir högre än den upphandlande myndigheten bedömer att den har råd med utifrån dess budgetamar. Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att kravet om takpris inte kan anses oproportionerligt. Vad Neuberghska har anfört om bland annat den genomsnittliga kostnaden för att bedriva äldreomsorg i Sverige medför ingen annan bedömning.

Det obligatoriska kravet om takpris är också likabehandlande då det gäller för samtliga deltagande leverantörer. Att en eller flera leverantörer har en annan kostnadsbild på grund av att de har en speciell inriktning på sin verksamhet medför ingen annan bedömning. Det finns ingen grundläggande rätt för leverantörer att få delta i en upphandling som till sin utformning är anpassad till deras verksamhets specifika inriktning.

Om regeringsformen och diskrimineringsförbudet

Diskrimineringsförbudet som kommer till uttryck i 2 kap. 12 § regeringsformen är riktat mot normgivaren då den förbjuder lagar eller andra föreskrifter som innebär att någon missgynnas därför att han eller hon tillhör en minoritet med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning. Förvaltningsrätten bedömer att LOU:s bestämmelser i tillämpliga delar inte bryter mot diskrimineringsförbudet i regeringsformen.

Förutsebarhet och transparens

Neuberghska har i målet anfört att det i upphandlingsdokumenten inte är angivet hur nämnden avser att bedöma om uppskattat behov är uppfyllt eller vad detta innebär för frågan om vilket antal anbudsgivare som kommer att antas och att avsaknaden av sådana förutsättningar medför att Göteborgs stad kan avgöra detta utifrån eget godtycke. Vidare anför Neuberghska att det inte framgår hur tilldelning kommer att ske för det fall antalet anbudsgivare överstiger uppskattat behov.

I upphandlingsdokument 1.1.7 Uppskattad volym anges följande:

”Den nedan angivna avtalsvolymen innebär en uppskattad volym baserad på omsättning av befintliga ramavtal, förväntade kvantiteter för beställarna och vad som framkommit i analysen inför upphandlingen. Detta värde utgör ramavtalets takvolym. Några garanterade volymer lämnas inte.

Om ramavtalets omsättning uppnår angiven takvolym eller detta förhållande förväntas inträffa inom en snar framtid har Inköp och upphandling rätt att säga upp ramavtalet till omedelbart upphörande. En sådan uppsägning påverkar inte giltigheten av kontrakt som ingåtts med stöd av ramavtalet dessförinnan.

Under avtalstiden kan förändringar komma att ske utifrån politiska beslut, verksamhets-/organisationsförändringar m.m. som kan påverka behovet, volymerna, antalet avtalsanvändare eller leveransställen.

Volymen under den sammanlagda avtalstiden uppskattas till cirka sexhundraåttio (680) miljoner SEK.”

Under rubriken 1.2.5 Avtalstyp framgår följande:

”Upphandlingen avslutas genom att Inköp och upphandling och de antagna leverantörerna tecknar ramavtal. Avsikten är att ramavtal ska tecknas med flera leverantörer.

Antalet leverantörer som ramavtal kommer tecknas med är beroende av antalet inkomna anbud och att de antagna leverantörerna har en kapacitet som svarar mot avtalsanvändarnas behov.”

Under rubrik 1.6.1 Grund för tilldelning av ramavtal framgår att vald utvärderingsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån pris. Under rubrik 1.6.2 Beskrivning av utvärderingsmodellen framgår följande: ”De anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav och är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån pris kommer att antas tills uppskattat behov är uppnått.”

Mot bakgrund av ovanstående anser förvaltningsrätten att det tillräckligt tydligt framgår hur tilldelningen kommer att gå till, och att det inte lämnats utrymme för godtyckliga bedömningar i samband med tilldelning. Liksom nämnden har anfört finns det möjlighet att tillämpa lottning vid tilldelningen för det fall flera leverantörer lämnar samma anbudspris (jfr RÅ 2009 ref. 60).

Förvaltningsrättens sammantagna bedömning

Förvaltningsrätten anser att det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Neuberghska har anfört. De har heller inte visat att de riskerar att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kristina Jarnevall
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen
Pelle Schager Stubelius.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

