

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-04-20
Meddelad i
StockholmMål nr
2024-16Ankomstdatum
2016-04-20**SÖKANDE**ABC Hemtjänst och omsorgsservice AB, 556919-6313
Box 32
135 21 Tyresö**MOTPART**Tyresö kommun
135 81 Tyresö**SAKEN**

Ansökan om rättelse av upphandling enligt lagen om valfrihetssystem

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 721983

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun (kommunen) avslag 21 januari 2016 ABC Hemtjänst och Omsorgsservice AB:s (bolaget) ansökan om att delta i kommunens valfrihetssystem för hemtjänst, ledsagarservice och avlösarservice enligt SoL och LSS. Som skäl för beslutet angav kommunen att sökande har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Kommunen hänvisade till de hävningsgrunder som har specificerats i meddelande om hävning daterat den 14 januari 2016.

Bolaget ansöker om rättelse av beslutet och anför bl.a. följande. Begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen tar sikte på ett agerande från leverantörens sida som tyder på att denne har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Att en del av ett kontrakt genomförts felaktigt eller bristfälligt kan eventuellt visa på att leverantören har en bristande yrkeskompetens men innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts. En bedömning måste göras i det enskilda fallet och det är inte tillåtet att ha nationella bestämmelser som innebär automatisk uteslutning då vissa förutsättningar är uppfyllda. Bolaget har inte gjort fel med avsikt och har aldrig agerat vårdslöst. Inga kunder har blivit skadade och alla kunder har fått en bra vård. Kommunen har gjort inspektioner hos andra leverantörer som har visat allvarligare brister men inte bedömt dessa som allvarliga fel i yrkesutövningen. Det ska finnas en likabehandling mellan alla leverantörer. Kommunen har inga tydliga bevis som kan styrka att bolaget har gjort sig skyldigt till de fel som påstås, tvärtom har kommunen gjort sig skyldig till allvarliga fel i myndighetsutövning.

Kommunen vidhåller sitt beslut i sak och tillägger bl.a. följande. Bolaget utgör ett av de fyra privata bolag som kommunen tecknade avtal med i mars 2014. I avtalet och i upphandlingen har kommunen följt de principer på likvärdighet och icke-diskriminering som följer av lagen (2008:962) om

valfrihetssystem, LOV. De krav som ställs är likalydande för samtliga privata bolag och samtliga krav är sakliga och proportionella. Mot bakgrund av de stora brister som kommunen upptäckte vid avtalsuppföljningen sa kommunen upp avtalet med bolaget den 29 september 2015. Eftersom bolagets ombud hävdade att bolaget inte hade mottagit uppsägningen i tid och att uppsägningen därmed inte var giltig valde kommunen att från och med 15 januari 2016 häva avtalet med bolaget. Bolaget kom den 20 januari 2016 in med en ny ansökan som var daterad den 12 januari 2016. Eftersom kommunen bedömde att det inte var möjligt för utföraren att på ett tillfredsställande sätt på så kort tid komma till rätta med bristerna som föranledde hävningen avsåg kommunen bolagets ansökan. Kommunen gav emellertid inte bolaget någon möjlighet att kommentera beslutet innan det fattades och kommunen återkallade därför beslutet. Den 9 februari 2016 skickade kommunen en skrivelse med besked om att kommunen avser att avslå bolagets ansökan och gav bolaget möjlighet att kommentera skrivelsen senast den 12 februari 2016. Bolaget hördes inte av och kommunen fattade ett nytt beslut om att avslå ansökan den 17 februari 2016. Den 19 februari 2016 gjorde kommunen en rättelse av beslutet.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kommunen har återkallat sitt avslagsbeslut av den 21 januari 2016 efter att bolaget har ansökt om rättelse i förvaltningsrätten. Kommunen har därefter, den 17 februari 2016, fattat ett nytt avslagsbeslut med i huvudsak samma avslagsgrunder. Bolagets ansökan om rättelse får därmed anses omfatta kommunens nya beslut.

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap 2 § LOV ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den

upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådan åtgärd som anges i 10 kap. 2 § LOV. Det är den som ansöker om rättelse som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOV. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOV.

Av 8 kap. 1 § LOV framgår att den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga sökande som uppfyller de krav som har angetts i annonsen och förfrågningsunderlaget och som inte har uteslutits med stöd av 7 kap. 1 §.

Av 7 kap. 1 § första stycket 4 LOV framgår att myndigheten får utesluta en sökande som har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2008/09:29 s. 86) anges att det av LOV inte kan framgå mer preciserat när en sökande får uteslutas på grund av t.ex. allvarliga fel i yrkesutövningen. Det måste i stället vara upp till den enskilda upphandlande myndigheten att i första hand avgöra när ett fel är så allvarligt att det ska föranleda uteslutning. Den rättspraxis som utvecklats beträffande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är vägledande även för LOV.

EU-domstolen fann i mål C-465/11 Forposta SA att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende. Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan därför i princip

anses utgöra ett fel i yrkesutövningen. Begreppet ska förstås så att det vanligtvis syftar på ett agerande från den aktuella ekonomiske aktörens sida som tyder på att denne har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. För att kunna slå fast att ett allvarligt fel har begåtts är det i princip nödvändigt att dessutom göra en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiske aktörens inställning.

Avtalsbrott kan utgöra ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan medföra uteslutning (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är dock tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att så är fallet (se HFD 2013 ref. 61).

Parternas inställning

Kommunen bedömer att de brister som tidigare har identifierats vid avtalsuppföljningen med bolaget kvarstår eftersom bolaget inte har visat upp någon kvalitativt godtagbar plan för att komma tillrätta med de brister som kommit fram. Vidare bedömer kommunen att bristerna i yrkesutövningen är av så pass allvarligt slag att det inte finns något bolaget kan göra för att vidta rättelse. Kommunen anser att bolaget har brutit mot avtalet i huvudsak enligt följande. Bolaget förstår inte tillämpningen av Lex Sarah eller den utredningsskyldighet som bolaget har i samband med risk för skada. Vidare har bolaget inte fört dokumentation om sina brukare enligt Socialstyrelsens riktlinjer och inte följt gällande arbetstidslagstiftning för sommarvikarier. Bolaget har inte heller iakttagit förbudet mot anhörganställning. Vidare har det kommit fram att utövare för bolaget har uttryckt sig rasistiskt vid två kända tillfällen. Kommunen har två gånger varnat bolaget för att det har använt sig av oetisk och vilseledande marknadsföring. Därutöver har bolaget även skickat vilseledande information till Pensionärernas Riksorganisation.

I januari 2016 fick kommunen vetskap om att bolaget i sin verksamhet kört brukare i privat bil som inte omfattas av bolagets försäkringar.

Bolaget uppger att kommunen flera gånger har kritiserat bolaget utan att uppge vad som är fel eller ge något underlag för vad som ska förbättras. Vid flera tillfällen har bolaget tillsammans med sitt ombud försökt medla med kommunen men blivit avvisade. Det som kommit fram om en eventuell Lex Sarah-anmälan gällde de telefonnummer till bolaget som fanns registrerade hos larmcentralen. Efter utredning med larmcentralen har det kommit fram att felet berodde på larmcentralens hantering. Det är därmed inte bolagets uppgift att göra en anmälan över händelsen. Vidare anför bolaget att kommunen inte har något att göra med hur arbetstidslagen tillämpas. Det finns ett kollektivavtal och arbetstidslagstiftningen respekteras. Däremot finns det undantag när det gäller korta perioder som t.ex. under semester-tider. På grund av att en person som skulle arbeta under sommaren tackade nej till arbetet fick bolaget hitta en nödlösning där de fast anställda fick två veckor semester. Kommunens påstående om att det saknas försäkringar för ledsagning i tjänstebil saknar grund. Vad gäller påståendet om vilseledande marknadsföring har kommunen inte varit tydlig med vad som är fel. Bolaget har kommit in med en åtgärdsplan men det bedömdes inte vara tillräckligt. Bolaget anför vidare att man tagit till sig av kritiken och anställt en ny resurs med lång erfarenhet inom akutvård och hemtjänst.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunen har haft rätt att inte godkänna bolaget som deltagare i kommunens valfrihetssystem. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunens beslut i huvudsak grundar sig på att bolaget inte har visat att det har kommit tillrätta med de brister som kommunen har identifierat vid uppföljningen av det

numera hävda avtalet med bolaget. Det går därför inte att bortse från de påtalade bristerna vid bedömningen.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att kommunen har gjort sannolikt att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Bolagets agerande är sådant att dess trovärdighet i professionellt avseende kan ifrågasättas. De avtalsbrott som bolaget har gjort sig skyldigt till är allvarliga i både sin karaktär och omfattning. Enligt avtalet får verksamheten inte bedrivas i strid med bestämmelser på de områden inom vilka bolaget bedriver sin kärnverksamhet. Vidare framgår också tydligt att verksamheten heller inte får bedrivas i strid med vad parterna i övrigt har kommit överens om i avtalet. Av utredningen i målet framgår att bolaget brutit mot avtalet på flera punkter. Bolagets agerande som har lett fram till dessa avtalsbrott måste åtminstone bedömas som vårdslöst. Förvaltningsrätten bedömer vidare att bolaget trots längre tids påpekanden om avtalsbrott inte heller bemött kritiken på något konstruktivt sätt och inte heller i sin ansökan på något tillräckligt sätt visat hur man har försökt komma till rätta med de brister som har påtalats. Det finns därför skäl att anta, på det sätt som kommunen gjort, att bristerna inte har åtgärdats och att det finns allvarliga fel i yrkesutövningen. Det åligger inte, såsom bolaget framhåller, den upphandlande myndigheten att i detalj redogöra för hur bolaget ska komma tillrätta med bristerna. Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet saknas det grund för att anta att kommunen skulle ha uteslutit bolaget utan att göra en individuell bedömning. Förvaltningsrätten bedömer inte att beslutet är oproportionerligt. Det har heller inte kommit fram några omständigheter som visar att kommunen begått några sådana fel i sin myndighetsutövning eller behandling av leverantörer som skulle föranleda någon åtgärd från förvaltningsrättens sida. Bolagets ansökan om rättelse ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Ann-Louis Söderman har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.