



|                  |        |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET |        |
| 2019-11-26       |        |
| Avd              |        |
| Dnr              |        |
| KSnr             | Aktbil |

**SÖKANDE**

Hermods AB, 556044-0017  
Box 36  
101 20 Stockholm

Ombud: Advokaten Pontus Scherp och juristen William Svärd  
Norburg & Scherp Advokatbyrå AB  
Birger Jarlsgatan 15  
111 45 Stockholm

**MOTPART**

Borås Stad, Upphandlingsenheten  
501 80 Borås

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

**BAKGRUND**

Borås Stad (kommunen) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns "Utbildning i Svenska för invandrare" (ref: 2018-00105IN). Fyra leverantörer ( däribland inte Hermods AB) har lämnat anbud och samtliga har ansetts kvalificerade. Vid anbudsprövningens utvärderingsdel antogs anbudet från Exlearn Education AB som det kvalificerade anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Hermods AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

### Upphandlingsdokumenten

#### *Upphandlingsföremålet*

Upphandlingsföremålet omfattar ramavtal för tillhandahållande av tjänster i form av utbildning i svenska för invandrare (SFI) för den kommunala verksamheten i Borås Stad. Den utbildningen som upphandlas består av studievägarna 1 A, 1 B, 2 B, 2 C, 3 C och 3 D samt läs- och skrivinläring. Den nämnda läs- och skrivinläringen knyts inte till någon av kurserna A–D, utan utgör en egen del, som kan läsas fristående eller kombineras med någon av kurserna. Endast en anbudsgivare kommer att antas. Avsedd avtalsperiod är två år, med möjlighet till maximalt två års förlängning. Varken alternativa utföranden eller reservationer är tillåtna.

#### *Krav*

Genom anbudssvar accepterar anbudsgivaren samtliga föreskrivna krav och villkor i upphandlingsdokumenten. Anbudssvar innebär även ett intyg på att uppgifter i anbud och bilagor är sanningsenliga.

#### Undervisande personal (i lydelse enligt upplysning om upphandlingsdokumenten i form av publicerat svar nr 18)

Ordinarie undervisande lärare (d.v.s. inte vikarier som undervisar tillfälligt [se publicerat svar nr 39], förvaltningsrättens anm.) ska ha behörighet för att undervisa i SFI. Det innebär lärarlegitimation (eller inlämnad ansökan om lärarlegitimation som behandlas av Skolverket) samt minst 30 högskolepoäng i svenska som andraspråk. Undantag från kravet på behörighet kan göras för lärare som genomgår behörighetsgivande utbildning, efter överenskommelse med kommunen. Leverantören ansvarar för att erforderlig kompetens och kapacitet finns hos leverantören under hela avtalsperioden avseende samtliga tjänster som omfattas av detta avtal. Senast fyra veckor innan avtalsstart ska kontrakterad leverantör meddela kommunen:

- En personbeskrivning i form av CV på undervisande personal

- En kopia på lärarlegitimation/examensbevis på undervisande personal.  
Observera! Om personal byts ut får personen endast ersättas med personal som har likvärdig kompetens och erfarenheter.

#### Vite vid brist

För den händelse leverantören brister vid utförandet av uppdraget är denne skyldig att inom skälig tid vidta rättelse. Kommunen ska, utan dröjsmål efter det att man märkt bristen eller felet, skriftligen anmäla detsamma till leverantören samt uppmana denne att senast vid angivet datum avhjälpa bristen eller felet. Borås Stad äger rätt att förena en uppmaning att vidta rättelse med ett vite. Vitesbeloppet ska bestämmas med hänsyn till den avropade utbildningens totala kostnad vid ett fullföljt genomförande och utfaller om rättelse inte vidtagits inom den angivna tidsfristen. Utkrävande av vite innebär inte att kommunen avstår från eventuell rätt till skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207).

*Upplysningar om upphandlingsdokumenten i form av publicerade frågor och svar*

#### Undervisande personal

Fråga 39: Beträffande krav under punkten ”4.1.8 Undervisande personal”: Vi förstår att intentionen med upphandlingen är att säkerställa en hög leveranskvalitet genom höga kompetenskrav. Ni beskriver också hur egenregin har jobbat och lyckats med frågan. Dock är den sammanlagda tillgången på efterfrågad kompetensnivå (enligt Skolverket) inte i balans med efterfrågad volym (hur många lärare som behövs för att leverera uppdraget). Vi ser att ställda krav på lärarnas kompetens riskerar att få följder i form av att den externa leverantören tvingas att rekrytera från kommunens behöriga lärare. Detta kan komma att skapa en karusell som vi inte eftersträvar. Vi ser också redan nu att en extern leverantör inte har förutsättningar att upprätthålla efterfrågad nivå under avtalstiden. Med anledning av detta vill vi redan nu flagga för att intention och rådande förutsättningar inte är i balans. Tacksam för utveckling av stadens resonemang i frågan.

Svar 39: Vi är medvetna om att det kan finnas svårigheter att få tillräckligt många behöriga lärare. Det är dock vår ambition

att samtliga lärare ska vara antingen behöriga eller på väg att få behörighet (genom behörighetsgivande utbildning). Kravet på behörighet gäller ordinarie undervisande personal, d.v.s. inte vikarier som undervisar tillfälligt. Möjlighet att leva upp till kravet genom att läraren deltar i behörighetsgivande utbildning finns också. I övrigt måste frågan om dispens enligt skollagen prövas i varje enskilt fall och gälla under en begränsad period med ambitionen att rekrytera en behörig lärare.

Fråga 40: Av Skolverkets personalstatistik för komvux, SFI, i Borås stad, framgår att antalet tjänstgörande lärare är 46, varav 16 har lärarlegitimation, se:

[https://siris.skolverket.se/reports/rwservlet?cmdkey=common&geo=1&report=personal\\_amne2&p\\_flik=G&p\\_verksform=37&p\\_hman=&p\\_niva=S&p\\_amne=&P\\_VERKSAMHETSAR=2018&P\\_KOMMUNKOD=1490&P\\_LANKOD=14&p\\_solkod=&p\\_hmankod=\)](https://siris.skolverket.se/reports/rwservlet?cmdkey=common&geo=1&report=personal_amne2&p_flik=G&p_verksform=37&p_hman=&p_niva=S&p_amne=&P_VERKSAMHETSAR=2018&P_KOMMUNKOD=1490&P_LANKOD=14&p_solkod=&p_hmankod=)).

Under fråga 6 har kommunen också angett att upphandlad leverantör i dagsläget inte har några behöriga SFI-lärare. Mot den bakgrunden framstår kommunens krav på att undervisande lärare ska ha behörighet för undervisa i SFI, d.v.s. ha lärarlegitimation eller ha lämnat in ansökan om lärarlegitimation som behandlas av Skolverket, samt minst 30 högskolepoäng i punkten 4.1.8 i upphandlingsdokumenten som oproportionerligt och svåruppnåeligt. Av 2 kap. 18 § skollagen följer att en person som inte är legitimerad och behörig ändå får bedriva undervisningen, under förutsättning att det inte finns någon i huvudmannens organisation som uppfyller kraven. Om det saknas en lärare med legitimation och rätt behörighet inom organisationen kan huvudmannen alltså låta en annan lärare utan legitimation och rätt behörighet bedriva undervisningen, under förutsättning att denna person har tillräcklig kompetens och är lämplig för det. I förarbetena till bestämmelsen anges: ”Finns det ingen sådan person inom huvudmannens organisation bör huvudmannen göra ansträngningar för att rekrytera en legitimerad och behörig lärare eller förskollärare. Visar det sig sedan saknas sökande med legitimation och rätt behörighet får en annan lärare eller förskollärare tillfälligt bedriva undervisningen”. Gäller motsvarande undantag i denna upphandling?

Svar 40: Det kommer inte att medges någon generell dispens i upphandlingen utan utgångspunkten är att anordnaren ska göra det som krävs för att personalen ska vara behörig. I enskilda fall, när det saknas behöriga sökande, kan dispens medges utifrån de kriterier som anges i lagen (2 kap. 18 §).

Vite vid brist

Fråga 50: Under punkten 7.18.2.2 anges att "Borås Stad äger rätt att förena en uppmaning att vidta rättelse med ett vite. Vitesbeloppet ska bestämmas med hänsyn till den avropade utbildningens totala kostnad vid ett fullföljt genomförande och utfaller om rättelse inte vidtagits inom den angivna tidsfristen". Vi ber er konkretisera hur vitesvillkoren i praktiken kommer att användas om leverantör inte lyckas rekrytera behöriga och legitimerade lärare beroende på att tillgången på dessa lärare helt enkelt är för liten i kommunen?

Svar 50: I samband med att kommunen genomför kvalitetssäkring i verksamheten kontrolleras behörighet och andra krav i avtalet. I det fall man inte uppnår kraven i avtalet får anordnaren en viss tid på sig att åtgärda bristen utifrån en handlingsplan. I fallet med lärarbehörighet kan det då handla om både rekrytering av lärare och att lärare påbörjar fortbildning. Om anordnaren vidtagit tillräckliga åtgärder tillämpas inget vite. I tidigare fall har vite använts vid några tillfällen och vitesbeloppet har då bestämts med hänsyn till vidtagna åtgärder. Exempel: Vid ett tillfälle saknades fyra behöriga lärare. För två av lärarna hade vissa åtgärder vidtagits vilket gav 2 500 kr per lärare i vite. För två av lärarna hade inga åtgärder vidtagits, vilket gav 5 000 kr per lärare i vite.

**YRKANDEN**

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

**Bolaget**

*Inställning*

De i upphandlingsdokumenten föreskrivna villkoren avseende undervisande personal och vite vid brist strider mot LOU och har inte kunnat accepteras av bolaget. Bolaget har därför inte kunnat lämna anbud i upphandlingen,

trots att det haft intresse att göra så. Felet i upphandlingen medför därmed att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

*Undervisande personal*

Det råder nämligen stor brist på behöriga SFI-lärare i regionen. Skolverkets personalstatistik visar att endast 16 av 46 tjänstgörande SFI-lärare i Borås har lärarlegitimation. Såvitt bolaget kunnat utröna är majoriteten av dessa 16 legitimerade SFI-lärare anställda av kommunen. Det ska framhållas att bristen på behöriga SFI-lärare inte är isolerat till Borås. Siffrorna för Borås är i linje med siffrorna för hela riket, där i genomsnitt bara 39 procent av tjänstgörande SFI-lärare är legitimerade. Bristen på behöriga SFI-lärare illustreras också tydligt av att den nuvarande upphandlade leverantören av SFI - utbildning i Borås inte har någon behörig lärare över huvud taget, och att andelen behöriga lärare hos denna leverantör varierat mellan 16 och 22 procent under de senaste årens avtal med kommunen. Eftersom det finns så få behöriga SFI-lärare i Borås är det i praktiken omöjligt för en leverantör att rekrytera enbart behöriga lärare i tillräckligt stor utsträckning för att kunna fullgöra avtalet med kommunen. En teoretisk möjlighet skulle kunna vara att rekrytera de behöriga lärare som arbetar för kommunen. En sådan ordning skulle dock innebära att andelen behöriga lärare i kommunens verksamhet i egen regi minskade, vilket knappast kan vara kommunens avsikt.

Bolaget har förståelse för att kommunen vill att undervisningen ska hålla god kvalitet. Kravet på att samtliga lärare ska vara behöriga går dock långt utöver vad som är nödvändigt och proportionerligt för att uppnå syftet med upphandlingen, nämligen att ge vuxna invandrare grundläggande kunskaper i svenska språket. Undervisningen kan bedrivas även med en andel icke-behöriga lärare. Syftet med upphandlingen kan – och måste, under rådande lärarbrist – således uppnås även utan ett så strängt krav de i upphandlingsdokumenten föreskrivna villkoren medför.

Kravet på behöriga lärare är i de ursprungliga upphandlingsdokumenten formulerat som ett krav som måste upprätthållas under hela upphandlingen och avtalstiden. I senare publicerade frågor och svar har kommunen dock meddelat att kravet kan komma frånfallas i viss utsträckning. Därmed har kommunen även varit skyldig att kommunicera tydligt med alla potentiella leverantörer under vilka förutsättningar undantag kommer att göras. Kommunen har dock varken i de ursprungligen kommunicerade upphandlingsdokumenten eller i senare publicerade frågor och svar preciserat vilka konkreta förutsättningar som ska vara uppfyllda för att det undantag ska medges. Det har därför inte varit möjligt för presumtiva anbudsgivare att förutse vad kravet egentligen innebär och hur det kommer att tillämpas. De besked som lämnats från kommunen, både under upphandlingen och i förvaltningsrätten, får ändå tolkas som att kommunen åtminstone inte avser att tillämpa 2 kap. 18 § skollagen regelmässigt. Det står klart att kommunen avser att tillämpa andra, strängare kriterier för undantag från kravet på behöriga lärare än vad som finns i skollagen, men kommunen har inte förklarat på vilket sätt kriterierna skiljer sig. Kommunens krav på enbart behöriga lärare går således längre än lagstiftningen, varför det även av detta skäl är oproportionerligt.

Att kommunen har fått in anbud från ett fåtal leverantörer som påstår sig uppfylla kraven innebär inte att kravet är proportionerligt. Eftersom det i enlighet med det ovan anförda är i praktiken omöjligt att uppfylla kravet visar det, om något, att upphandlingsdokumenten är otydliga då olika leverantörer uppenbart gjort skilda tolkningar av kommunens vaga besked om eventuella undantag från kravet. Anbudet innebär således inte att leverantörerna i fråga faktiskt kan leva upp till kraven, utan torde bygga på en förhoppning om att undantag ska meddelas.

*Vite vid brist*

Ett avtalat vite kan generellt beskrivas som ett på förhand bestämt skadestånd. Syftet kan vara dels att förenkla beloppsbestämningen vid svåra skadeberäkningar, dels att vitet fungerar som påtryckningsmedel så att den andre parten fullgör sina förpliktelser (se Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I, 14 u., s. 340). Den vitesklausul som finns i upphandlingen är något helt annat. Enligt ordalydelsen tycks det stå kommunen fritt att besluta om vite eller avstå från det. Det finns inte heller några vitesbelopp angivna eller någon begränsning av antalet gånger det kan utgå. Det enda som anges är det oklara uttrycket att vitesbeloppet ska bestämmas ”med hänsyn till den avropade utbildningens totala kostnad vid ett fullföljt genomförande”, vilket inte ger någon ledning om tillämpningen. I publicerade frågor och svar ombads kommunen att förtydliga hur vitesregeln kommer att tillämpas när det visar sig att den vinnande leverantören på grund av bristen på legitimerade SFI-lärare inte kan uppfylla kravet i punkten 4.1.8. Kommunen svarade att om leverantören vidtagit s.k. tillräckliga åtgärder kommer något vite inte tillämpas. Kommunen gav också ett historiskt exempel från ett annat avtal. Av svaret framgår inte vad tillräckliga åtgärder innebär, hur vitet ska beräknas i det nu aktuella avtalet, hur ofta vite kan utgå eller under vilka omständigheter. Det går därför inte att avgöra om det vid en brist avseende kravet på behöriga lärare ska utgå ett vite varje för varje obehörig lärare oavsett hur länge eller i vilken omfattning de undervisar, om det är ett vite för varje dag, vecka eller undervisningstimme sådan lärare utför uppdraget, eller för den delen om vitet kommer att vara tusen kronor eller en miljon. Ännu mindre framgår hur vite ska beräknas vid andra brister i efterlevnaden av avtalet. Eftersom en vitesklausul är ett avsteg från de skadestandsregler som annars skulle gälla enligt dispositiv rätt måste det krävas att viteklausuler är särskilt tydliga. Viteklausuler är även då de är förutsebara betungande. Med de otydligheter och den ensidiga beslutanderätt som det nu aktuella villkoret är förenat med är villkoret direkt oskäligt. Eftersom det i upphandlingen inte är möjligt att förutse vare sig när eller till vilka belopp vite kan utgå, är det omöjligt för



en leverantör att på förhand förstå vad villkoret innebär. Dessutom är villkoret oproportionerligt betungande.

#### *Skaderekvisitet*

Bolaget vill ingå avtal om SFI-undervisning med kommunen, och var därför intresserat av att lämna anbud i upphandlingen. Bolaget var också aktivt i upphandlingen genom att bl.a. ställa flera frågor till kommunen rörande de brister i upphandlingsdokumenten som redogjorts för ovan. Eftersom det inte är möjligt att uppfylla det obligatoriska kravet på enbart behöriga lärare är det inte möjligt för bolaget eller någon annan leverantör att uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingen. Det var inte heller möjligt att med ledning av upphandlingsdokumenten bedöma under vilka förutsättningar kommunen avsåg att bevilja dispens från detta krav. Det var därför inte möjligt för bolaget att bedöma om kommunen skulle frånfalla kravet och därmed riskerna med avtalet. Det var inte heller möjligt för bolaget att bedöma vilka ekonomiska risker vitesbestämmelsen innebar, varför bolaget inte kunde beräkna ett pris på tjänsten och lämna anbud. Var och en av dessa brott mot LOU utestängde således bolaget från att delta i upphandlingen och därmed från möjligheten att tilldelas kontrakt avseende SFI-undervisning i Borås. Om upphandlingsdokumenten hade varit fritt från bristerna hade bolaget lämnat anbud i upphandlingen och haft en god chans att vinna kontraktet.

#### **Kommunen**

#### *Inställning*

Villkoren avseende undervisande personal och vite vid brist strider inte mot LOU. Det saknas således grund för att besluta om ett ingripande med stöd av LOU.

#### *Undervisande personal*

Kommunens krav är inte mer långtgående än tillämplig lagstiftning och kan således inte anses vara oproportionerligt. Vidare kan konstateras att kommunen i upphandlingen fått in fyra anbud som samtliga kan uppfylla kravet, vilket visar på att kravet inte omöjligt att uppfylla. Ett krav kan inte anses som oproportionerligt enbart för att en enskild leverantör saknar förmåga att uppfylla det.

Av såväl de ursprungligen publicerade upphandlingsdokumenten som av senare publicerade frågor och svar, framgår att undantag från kravet kan göras. Eftersom målsättningen är att all ordinarie undervisande personal ska vara behörig, är det dock olämpligt att definiera specifika förutsättningar under vilka undantag generellt kommer att medges. Det skulle även leda till att kommunen inte längre skulle ha möjlighet att medge undantag i andra situationer än de i förväg definierade. I stället ska de skäl för undantag som anges av leverantören prövas i varje enskilt fall, med hänsyn till de faktiska omständigheterna. Kravet är tydligt angivet på sätt att det klart framgår att all ordinarie undervisande personal ska vara behörig och att det är leverantören som ska uppfylla detta.

Av publicerade frågor och svar 40 (se ovan under rubriken BAKGRUND, förvaltningsrättens anm.) framgår det att det inte kommer att medges någon generell dispens i upphandlingen, utan att utgångspunkten är att anordnaren ska göra det som krävs för att personalen ska vara behörig. I enskilda fall, när det saknas behöriga sökande, kan dispens medges utifrån de kriterier som anges i lagen (2 kap. 18 §). Kommunen har således i upphandlingen öppnat för den efterfrågade typen av undantag, vilket dock kräver att anordnaren gjort allt den har kunnat för att ordna behöriga lärare. Mot bakgrund av att det framgår av upphandlingsdokumenten att det finns möjlighet till undantag, samt övergripande under vilka omständigheter undantag kan bli aktuella, är det direkt felaktigt att, som bolaget gör gällande, det skulle strida mot LOU att tillämpa möjligheten till undantag.

*Vite vid brist*

Syftet med föreskrifterna om vite är att kommunen ska kunna hantera brister av olika allvarlighetsgrad. Det har därför angivits att vitesbeloppet ska kunna variera beroende på vilken sorts brist som är aktuell. Ett proportionellt vite kan således bestämmas i varje enskilt fall. Det vore oproportionellt om samma vitesbelopp skulle tillämpas oavsett vilket krav som inte uppfylls eller vilka åtgärder leverantören vidtagit för att åtgärda felet. Kommunen har tillämpat denna klausul tidigare och det har inte uppstått några svårigheter avseende beloppsbestämning. Med att vitesbeloppet kunnat bestämmas utan några svårigheter avses närmare att det inte har funnits några invändningar från nuvarande leverantör mot de belopp kommunen begärt med tillämpning av kravet. Av svaret till fråga 50 (se ovan under BAKGRUND, förvaltningsrätten anm.) framgår det hur vitesbeloppen bestäms samt vilka belopp som har använts gällande avsaknaden av behöriga lärare. Vad gäller hur ofta vite kan utgå finns det inte någon begränsning i fråga om antalet gånger vitesklausulen kan åberopas. Vite ska således utgå för alla brister som inte åtgärdas inom skälig tid. Hade någon begränsning varit avsedd hade detta framgått av upphandlingsdokumenten. Att avtalsvillkoren har den innebörd som nu redovisats kan inte anses otydligt.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. 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. 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. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

#### *Avtalsvillkoret avseende undervisande personal*

Kravet i upphandlingen är utformat som ett avtalsvillkor som väsentligen ska uppfyllas vid fullgörandet av ramavtalet och således inte behöver vara uppfyllt vid anbudsprövningen i vidare mån än att avtalet accepterats utan reservation. Även avtalsvillkor ska dock uppfylla de krav som följer av främst de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Detta innebär bl.a.

att uppställda avtalsvillkor ska vara tydligt angivna i upphandlingsdokumenten och vara proportionerliga till sin innebörd.

Krav på behöriga lärare enligt skollagen (2010:800)

En kommun får med bibehållet huvudmannaskap överlämna uppgifter inom kommunal vuxenutbildning på entreprenad till enskild fysisk eller juridisk person (se 23 kap. 1–2 §§ skollagen). Om en kommun överlämnar uppgiften att bedriva undervisning på entreprenad, får kommunen överlämna den myndighetsutövning som hör till en lärares undervisningsuppgift. När det gäller kommunal vuxenutbildning får kommunen även överlämna den myndighetsutövning som hör till rektorns uppgifter (se 23 kap. 6 § skollagen).

Enligt 2 kap. 13 § första stycket skollagen får endast den som har legitimation som lärare eller förskollärare och är behörig för viss undervisning bedriva undervisningen. Vad som krävs för att få legitimation och behörighet regleras närmare i förordningen (2011:326) om behörighet och legitimation för lärare och förskollärare. I 2 kap. 18–20 §§ skollagen förskrivs dock bl.a. följande. Om det inte finns någon att tillgå inom huvudmannens organisation som uppfyller kraven enligt 13 § eller om det finns något annat särskilt skäl med hänsyn till eleverna eller barnen, får en annan lärare eller förskollärare bedriva undervisningen. En sådan lärare eller förskollärare ska vara lämplig att bedriva undervisningen, och i så stor utsträckning som möjligt ha en utbildning som motsvarar den utbildning som är behörighetsgivande. En person som avses i första stycket får bedriva undervisning under högst ett år i sänder. Om en person som avses i 18 § ska användas för att bedriva undervisning under längre tid än sex månader, ska huvudmannen först fatta beslut om detta. Endast den som har legitimation får anställas som lärare eller förskollärare i skolväsendet utan tidsbegränsning.

Därvid framgår av relevanta lagmotiv bl.a. följande. Undantag från huvudregeln om vem som får användas för undervisningen ska gälla för högst ett år

i sänder. Undantag som varar längre tid än sex månader ska beslutas av huvudmannen. Genom huvudmannens beslut om undantag för mer än sex månader kommer det att finnas dokumentation som visar i vilken utsträckning och var huvudmannen behöver placera lärare eller förskollärare som inte är behöriga för uppgiften. Det gör att huvudmannen kan ha kontroll över hur det ser ut i organisationen och bedöma vilka åtgärder, t.ex. i form av kompetensutveckling, som behöver vidtas. Det är således nödvändigt att det görs sammanställningar av personalläget på såväl huvudmanna- som skol- och förskolenivå. Det bör poängteras att syftet med tidsbegränsningen är att huvudmannen återkommande ska se till sin organisation som helhet i samband med tjänstefördelningen så att lärare och förskollärare i så stor utsträckning som möjligt placeras på tjänster som de är behöriga för [...] En person som inte är legitimerad och behörig enligt 13 § ändå får bedriva undervisningen, under förutsättning att det inte finns någon i huvudmannens organisation som uppfyller kraven eller om det finns något särskilt skäl med hänsyn till eleverna eller barnen. Om det saknas en lärare eller förskollärare med legitimation och rätt behörighet inom organisationen kan huvudmannen alltså låta en annan lärare eller förskollärare utan legitimation och rätt behörighet bedriva undervisningen, under förutsättning att denna person har tillräcklig kompetens och är lämplig för det. Finns det ingen sådan person inom huvudmannens organisation bör huvudmannen göra ansträngningar för att rekrytera en legitimerad och behörig lärare eller förskollärare. Visar det sig sedan saknas sökande med legitimation och rätt behörighet får en annan lärare eller förskollärare tillfälligt bedriva undervisningen. Det kan vidare vara så att den lärare eller förskollärare som är legitimerad och behörig är direkt olämplig att bedriva undervisningen och t.ex. är föremål för en anmälan till Lärarnas ansvarsnämnd. Även i ett sådant fall får en icke legitimerad och obehörig lärare eller förskollärare i stället användas för undervisningen (prop. 2010/11:20, s. 84–85).

Upphandlingsdokumentens krav

Avtalsvillkor som innebär att leverantören blir bunden av krav motsvarande dem som anges i 2 kap. skollagen och som är direkt tillämpliga för kommunen i egenskap av huvudman, kan inte anses otillåtna enligt LOU. Vad gäller möjligheten att ställa krav utöver sådana som motsvarar de i 2 kap. skollagen angivna finner förvaltningsrätten till en början att den statistik från Skolverket som åberopats av bolaget sannolikt ger en korrekt bild av tillgången på legitimerade och behöriga lärare, d.v.s. att det både i allmänhet inom riket och lokalt i Borås stad (kommunen, inte endast tätorten, avses) råder en påtaglig brist på sådana lärare. Det finns därför skäl att vara restriktiv i bedömningen huruvida krav som är mer långtgående/mer betungande än krav av nyss nämnda slag ska kunna anses proportionerliga och därmed godtagbara.

Huvudregeln enligt såväl skollagen som upphandlingsdokumenten är att den som bedriver undervisningen ska vara legitimerad och behörig. I denna del är avtalsvillkoret i upphandlingen således tillåtet enligt LOU. Avseende möjligheterna till undantag från huvudregeln skiljer sig däremot utformningen av avtalsvillkoret i upphandlingen från reglerna i skollagen på sätt att i reglerna i skollagen anges att om vissa förutsättningar är uppfyllda så får undantag göras. I förevarande upphandling anges för det första att ett särskilda undantag görs för personer som ansökt om legitimation, men vars ansökan ännu inte har prövats. Vidare kan efter överenskommelse med kommunen ett särskilt undantag göras för personer som genomgår behörighetsgivande utbildning. Avseende vilka möjligheter till undantag som gäller generellt anges inte uttryckligen att undantag kommer att göras när förutsättningar motsvarande dem som anges i skollagen är uppfyllda. Istället anges att det inte kommer att medges någon generell dispens, men att dispens kan ges i enskilda fall, när det saknas behöriga sökanden, utifrån de kriterier som anges i lagen. Därutöver framgår att det krävs beslut från huvudmannen i förväg i samtliga fall, istället för endast avseende fall där en lärare som inte

har legitimation och rätt behörighet ska användas för att bedriva undervisning under längre tid än sex månader (jfr 2 kap. 19 § skollagen).

#### Brott mot LOU

Avtalsvillkoret avseende undervisande personal har avgörande betydelse för möjligheterna att delta i upphandlingen och lämna konkurrenskraftiga anbud. Mot bakgrund av vad som upplysts om den bristande tillgången på legitimerade lärare med rätt behörighet har det inte funnits skäl att klart definiera under vilka omständigheter lärare som saknar legitimation och rätt behörighet får användas och inte utan starka och klart definierade skäl ställa mer långtgående eller mer betungande krav än sådana som motsvarar dem som följer av skollagen, till skollagen anslutande författningar och relevanta lagmotiv.

Kommunen kan inte anses ha utformat avtalsvillkoret avseende undervisande personal i enlighet med det utan har mera vagt hänvisat till prövning i det enskilda fallet. Kraven på legitimerade lärare i 2 kap. skollagen är inte direkt tillämpliga på enskilda som utför uppgifter inom den kommunala vuxenutbildningen med bibehållet huvudmannaskap för kommunen. Det har därför ålegat kommunen att i upphandlingen specificera under vilka förutsättningar undantag från villkorets huvudregel om att legitimerade lärare med rätt behörighet ska användas för undervisningen kommer att beviljas. Då kommunen inte gjort detta har en avgörande förutsättning för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud lämnats obestämd och kommunen har därmed inte uppfyllt det tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

#### *Avtalsvillkoret avseende vite vid brist*

I enlighet med vad bolaget anför framgår de grundläggande förutsättningarna för avtalsvillkorets tillämpning inte av upphandlingsdokumenten. Det finns ingen närmare specifikation av när vite kommer att utkrävas, hur vitet



i förekommande fall kommer att beräknas och inte heller hur många gånger och i så fall med vilket tidsintervall vite kommer att påföras. Även denna bestämmelse får anses ägnad att påverka leverantörernas, i vart fall bolagets och sannolikhet även övriga leverantörers, möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Inte heller i denna del har kommunen således uppfyllt det tydlighetskrav som följer av de grundläggande bestämmelserna i LOU.

*Skaderekvisitet*

Bolaget har visserligen inte lämnat anbud i upphandlingen. De i upphandlingsdokumenten intagna avtalsvillkoren om undervisande personal respektive vite vid brist, som utformats i strid med LOU enligt bedömningen ovan, har dock sannolikt haft sådan betydelse för bolagets möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud att bolagets beslut att inte lämna anbud varit direkt hänförligt till dessa fel. Det kan därmed anses sannolikt att bolaget skulle ha lämnat ett anbud om upphandlingsfelen inte hade förekommit och att bolaget då skulle ha haft möjlighet att tilldelas ramavtal efter genomförd anbudsprövning. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU genom att utforma avtalsvillkoren om undervisande personal respektive vite vid brist i strid med de krav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och att

detta medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

*Val av åtgärd*

Felet i upphandlingen är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Rättelse är därför inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns således skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



## 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 beslutets datum.

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 rätts-tillämpningen.
- 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](http://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.