



KLAGANDE

Göteborgs Stad Upphandlings AB, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

Ombud: Stadsjurist Linda Widenström
Göteborgs stadskansli
404 82 Göteborg

MOTPART

AB FOSU – Friskvård och Social utveckling, 556592-1029
Brännkyrkagatan 36
118 22 Stockholm

Ombud: Advokat Daniel Tornberg
Advokatfirman Konsultbyrån för Marknadsrätt AB
Kungsgatan 48
111 35 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Göteborgs dom den 16 juni 2009 i mål nr 3215-09,
se bilaga A

SAKEN

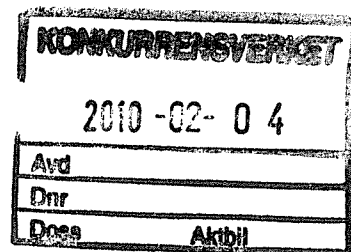
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stad Upphandlings AB (upphandlingsbolaget) yrkar att kammarrätten ska upphäva länsrättens dom och anför i huvudsak följande. Utredningen visar att AB FOSU (FOSU) vid ett flertal tillfällen gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta har drabbat både den enskilde klienten och beställande stadsdelsförvaltning/kommun. Det har därmed funnits



grund att utesluta FOSU från den aktuella upphandlingen. Det ska särskilt påpekas att familjevård för vuxna inte är en tillståndspliktig verksamhet. Verksamheten står därför inte under länsstyrelsens tillsyn. Det yttersta ansvaret för insatsen och dess kvalitet vilar därmed enligt socialtjänstlagen (2001:453) på kommunen. Upphandlingsbolaget har inte något förtroende för FOSU:s sätt att sköta verksamheten.

FOSU anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och anför bl.a. följande. Upphandlingsbolaget har inte visat att FOSU gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen. I samtliga fyra åberopade ärenden har FOSU agerat korrekt och professionellt så fort bolaget fått kännedom om förhållandena. FOSU har svårt att se att några fel i yrkesutövningen överhuvudtaget har begåtts. Genom att utesluta FOSU från upphandlingen har upphandlingsbolaget agerat i strid med de i 1 kap. 9 § LOU grundläggande principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet.

Kammarrätten har den 22 januari 2010 hållit muntlig förhandling i målet. Vittnesförhör har därvid på upphandlingsbolagets begäran hållits med Yvonne Johansson, Jennifer Bolin och Greger Andersson. På begäran av FOSU har vittnesförhör hållits med Leif Olofsson, Romy Nilsson, Frede Petersen och Fredrik Forslund.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

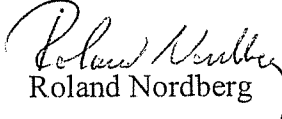
Frågan i målet är om upphandlingsbolaget har visat att FOSU gjort sig skyldigt till så allvarliga fel i sin yrkesutövning att det funnits grund för uteslutning från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § 4. LOU.

Med hänsyn till de konsekvenser en tillämpning av bestämmelsen får för en anbudsgivare anser kammarrätten i likhet med länsrätten att den bör tillämpas restriktivt och endast om det är klart visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen.


Kammarrätten kan konstatera att parterna i huvudsak är överens om händelseförloppet i de fyra ärenden som upphandlingsbolaget har hänvisat till. Det synes vidare ostridigt att några av de situationer som uppkommit vid de aktuella familjehemsplaceringarna är att se som allvarliga. I ett av fallen har en medlem i familjehemmet utnyttjat vårdtagaren för ekonomiska syften, i ett annat fall har en medlem i familjehemmet bidragit till att vårdtagaren vistats i en olämplig vårdmiljö, varvid vårdtagaren gjort sig skyldig till våldshandling. Det har emellertid inte visats att händelserna kan härledas till att bolaget eftersatt sin utredningsskyldighet vid rekryteringen av dessa familjehem, eller att bolaget brustit i givna vårddirektiv. I samtliga fall rör det sig om vård av vuxna missbrukare och det står enligt kammarrättens mening klart att sådan vård kan vara förenad med avsevärda komplikationer. I målet har vidare inte annat framkommit än att FOSU har agerat när bolaget fått kännedom om den problematik som uppkommit och vidtagit erforderliga åtgärder.

Vid en samlad bedömning finner kammarrätten att upphandlingsbolaget inte i något avseende har visat att FOSU gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap. 2 § 4. LOU. Upphandlingsbolaget har således inte haft fog för att utesluta FOSU från den aktuella upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Roland Nordberg


Berit Nilsson


Niclas Falkendal
referent


/Sofia Olin

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2009-06-16
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3215-09 E
Rotel 11

SÖKANDE

AB FOSU - Friskvård o Social Utveckling, 556592-1029
Brännkyrkagatan 36
118 22 Stockholm

Ombud:

Advokaten Daniel Tornberg
Advokatfirman Konsultbyrån för Marknadsrätt AB
Kungsgatan 48
111 35 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stad Upphandlingsbolag AB, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan på det sättet att länsrätten förklarar att 10 kap. 2 § 4 punkten LOU inte utgör hinder mot att bolaget deltar i den fortsatta upphandlingen.

Länsrättens interimistiska beslut den 5 maj 2009 gäller inte längre.

BAKGRUND

Göteborgs Stad Upphandlingsbolag AB (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling avseende ramavtal gällande familjevård för vuxna missbrukare för tiden april 2009 till december 2011 med möjlighet till två års förlängning. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling. Av tilldelningsbeslut den 21 april 2009 framgår att Upphandlingsbolaget valt att teckna avtal med sex leverantörer, dock inte med AB FOSU, som hade uteslutits från deltagande i upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § 4 punkten LOU.

Länsrätten beslutade den 5 maj 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

AB FOSU (bolaget) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om samt att bolaget därvid ska tillåtas delta i upphandlingen. Som skäl för sin begäran anför bolaget i huvudsak följande. Upphandlingsbolaget har felaktigt uteslutit bolaget från upphandlingen då upphandlingsbolaget som skäl för uteslutandet uppgett att bolaget gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen. Denna bedömning har skett utan erforderligt underlag och utan iakttagande av proportionalitetsprincipen. Upphandlingsbolaget kan inte anses ha visat att allvarliga fel har begåtts och bolaget har inte beretts möjlighet att bemöta dessa påståenden. Upphandlingsbolaget har därigenom brustit i sin skyldighet att iaktta de i 1 kap. 9 § LOU grundläggande kraven på likabehandling, transparens och proportionalitet. Genom att uteslutas från möjligheten att i konkurrens med andra företag delta med anbud i den aktuella upphandlingen riskerar bolaget att lida skada.

Upphandlingsbolaget anser inte att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. I samband med att upphandlingen annonserades började det komma in kritiska synpunkter på bolagets verksamhet från ett flertal stadsdelsförvaltningar och kommuner. Bolaget informerades om detta den 20 februari 2009. Den 10 mars 2009 meddelades bolaget om vilka stadsdelar och kommuner som var berörda samt vilka som var handläggare i ärendena. Med detta nöjde sig bolaget och ett möte bokades in den 12 mars 2009 för att bolaget skulle få tillfälle att bemöta kritiken. Tidigt på morgonen den 12 mars ställde bolaget in mötet. Upphandlingsbolaget gjorde då bedömningen att hanteringen av de ärenden som kommit in var av sådan art att något förtroende inte längre finns för bolagets verksamhet och att grund för att utesluta anbudet med stöd av 10 kap. 2 § p.4 LOU förelåg. Bolaget har gjort sig skyldiga till allvarliga fel i yrkesutövningen och detta har drabbat både den enskilde klienten och beställande stadsdelsförvaltning/kommun. Att utesluta bolaget mot bakgrund av detta står helt i samklang med proportionalitetsprincipen. I åtminstone två av de aktuella ärendena har bolaget kommit i konflikt med handläggaren. Bolaget har getts möjlighet att bemöta kritiken men har valt att inte göra det vare sig per telefon, e-post eller genom att komma till avtalat möte. Även bolagets juridiska ombud har fått konkret information om ärendena men valt att inte bemöta kritiken. Upphandlingsbolagets agerande följer både likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.

I en bilaga till yttrandet redogör Upphandlingsbolaget för fyra ärenden där en enskild varit placerad i ett av bolaget anordnat familjehem och vilka problem som förelegat i vardera ärende.

Bolaget har härefter anfört bl.a. följande. Bolaget "nöjde sig" inte med den knapphändiga information som lämnades via e-post utan inväntade det aktuella mötet för att där förhöra sig ytterligare om kritiken och bemöta densamma. På grund av sjukdom ställdes mötet in och bolaget bad då om en

ny mötestid. Efter tillfrisknande bad man således om ett nytt möte men Upphandlingsbolaget svarade då att ”nu får vi avvakta och se när det passar eftersom vi befinner oss mitt i upphandlingen”. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att ett möte fortfarande var aktuellt men att det inte passade för tillfället. Det har därmed ålegat Upphandlingsbolaget att fullfölja detta och ge bolaget tillfälle att bemöta de eventuella invändningarna. I nästa e-postmeddelande uppgav Upphandlingsbolaget att bolaget uteslutits ur upphandlingen. Det är således direkt felaktigt att bolaget har haft möjlighet att bemöta kritiken men valt att inte göra så. Bolagets juridiska ombud har fått del av uppgifterna först efter det att bolaget uteslutits från upphandlingen. Genom att utesluta bolaget utan föregående kommunikering har Upphandlingsbolaget brutit mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU om att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och om att upphandlingen ska genomföras på ett öppet sätt. Genom att inte kommunicera uppgifterna har Upphandlingsbolaget även agerat i strid med 16 och 17 §§ i förvaltningslagen. Bolaget har under perioden 2005-2009 haft sammanlagt 64 inskrivna klienter i Göteborgs Stad. Upphandlingsbolagets uppfattning är att bolaget har begått allvarligt fel i fyra av dessa. Bolaget har agerat på ett korrekt sätt i sin yrkesutövning utifrån förutsättningarna även i dessa fyra fall. I samtliga fall har bolaget agerat för att få rätsida på den problematik som uppkommit så snart bolaget har fått kännedom om den. Bolaget har ett väl utarbetat program för denna typ av arbete och besitter med sin långa erfarenhet stor kunskap på området. Upphandlingsbolaget har således agerat i strid med kraven på likabehandling, transparens och proportionalitet genom att utesluta bolaget från upphandlingen utan erforderligt underlag och utan möjlighet för bolaget att bemöta skälen till uteslutandet.

Bolaget har i sitt yttrande även redogjort för sin uppfattning av vad som hänt i de fyra ärenden som Upphandlingsbolaget hänvisar till.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 10 kap. 2 § punkten 4 LOU anges att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Länsrättens bedömning

Det länsrätten nu har att ta ställning till är om Upphandlingsbolaget har visat att bolaget har gjort sig skyldigt till så allvarliga fel i sin yrkesutövning att grund för uteslutning föreligger enligt 10 kap. 2 § punkten 4 LOU.

I förarbetena till bestämmelsen ges ingen närmare beskrivning om vad som ska omfattas av bestämmelsen och det saknas också vägledande praxis. Med hänsyn till de konsekvenser en tillämpning av bestämmelsen får för en anbudsgivare anser länsrätten dock att bestämmelsen bör tillämpas

restriktivt och endast om det är klart visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarliga fel vid yrkesutövningen.

Den kritik som Upphandlingsbolaget har framfört mot bolagets verksamhet är i och för sig mycket allvarlig. Kritiken har dock bemötts av bolaget, som menar att bolaget agerat korrekt även i de fyra fall som medfört kritik mot bolagets verksamhet.

Länsrätten anser sig kunna konstatera att det har förekommit brister i bolagets verksamhet. Frågan om dessa brister kan betecknas som allvarliga fel har efter bolagets bemötande blivit mera svårbedömd. Bedömd utifrån den utredning som nu finns i målet, och utifrån de beviskrav som länsrätten menar bör ställas för en uteslutning enligt 10 kap. 2 § punkten 4 LOU, anser länsrätten det inte visat att bolaget har gjort sig skyldigt till så allvarliga fel i sin yrkesutövning att bolaget kan uteslutas från upphandlingen. Bolagets ansökan bör bifallas på det sättet att bolaget tillåts delta i upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Olle Holmstedt

/LR

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

