



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-07-25
Meddelad i Uppsala

Mål nr
1614-11 E
Enhet 1

SÖKANDE

Tunstall AB, 556387-8551

Ombud:

Advokat Fredrik Schultz
White & Case Advokataktiebolag
Box 5573
114 85 Stockholm

MOTPART

1. Tierps kommun
815 80 Tierp

2. Svenska Trygghetsjouren AB
Derbyvägen 18
212 35 Malmö

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Tierps kommuns upphandling ”Trygghetstelefoner och larmmottagning”,
ref. nr 2010/16, del B

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Tunstall AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 11 april 2011 upphör därmed
att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-07-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Tierps kommun (härefter kommunen) har genomfört upphandling av "Trygghetstelefoner och larmmottagning", ref. nr 2010/16 (upphandlingen). Ett av de bolag som lämnat anbud avseende del B (larmmottagning) är Tunstall AB (härefter bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 11 mars 2011 har Svenska Trygghetsjouren AB (härefter STJ) antagits som leverantör av larmmottagningstjänster.

Förvaltningsrätten har den 11 april 2011 interimistiskt förordnat att upphandlingen i del B (larmmottagning), i avvaktan på att förvaltningsrätten avgör målet slutligt eller förordnar på annat sätt tills vidare inte får avslutas.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i beslut den 7 juni 2011 i mål nr 471-11 uttalat sig om partsställning och talerätt i mål om offentlig upphandling. Med hänsyn till den princip HFD uttalade och med beaktande av situationen i förvarande mål har förvaltningsrätten bedömt att STJ intar ställning som bolagets motpart vid sidan av kommunen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen i del B och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att kommunen ska förkasta STJ:s anbud och därefter utvärdera övriga anbud ånyo.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har brutit mot transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU genom att frångå ställda skall-krav i förfrågningsunderlaget. Vid en korrekt utvärdering av anbuderna hade bolaget tilldelats det aktuella kontraktet. Om bolaget haft kännedom om de kriterier kommunen tillämpat hade bolaget vidare kunnat anpassa sitt anbud och sänka abonnemangsavgiften.

Av anbudsformuläret framgår under position B att ”Personal som mottar larm ska ha kompetens motsvarande omvårdnadsprogrammet eller undersköterskeutbildning...”. STJ har i sitt anbudsformulär markerat med kryss att skall-kravet är uppfyllt och även bifogat dokument som påvisar att STJ:s anställda uppfyller det ställda kompetenskravet.

Under hösten 2010 genomförde Solna stad en upphandling avseende larmmottagning. Vid en genomgång av beskrivningen av personalen i anbudet till Solna stad framgår att larmoperatör 19 saknar den krävda medicinska kompetensen. Detsamma gäller den personal som anges under ”Personal – övrig service” då det framgår att denna personal också arbetar som larmoperatör. Utifrån STJ:s anbud till Solna stad kan den slutsatsen dras att kommunen har antagit ett anbud som inte uppfyller det ställda kompetenskravet i förfrågningsunderlaget och härigenom frångått förfrågningsunderlaget vid sitt tilldelningsbeslut.

I den broschyr som STJ ingivit som en del av sitt anbud presenteras 20 personer som larmoperatörer under rubrikerna ”Vi besvarar era larm” och ”Det är vi som är nattpersonal”. Vid en jämförelse på basis av tilltalsnamnen mellan de i målet ingivna 26 betygen och de 20 personerna i broschyren framgår emellertid att det bara är nio personer i broschyren som återfinns i betygen. Av övriga 17 personer vars betyg ingivits i målet är det således maximalt sex personer som kan ha avsetts i anbudet utan att ha presenterats i broschyren. Följaktligen är det 11 personer som är helt nya inom ramen för upphandlingen.

Enligt STJ:s personalbeskrivning ska det vidare finnas fem anställda som gått kommunens vårdutbildning/vårdprogram medan övriga 21 anställda uppges vara undersköterskor. Vid genomgång av betygen framgår emellertid att tio personer läst kommunala vuxenutbildningar. Av det sagda framgår således att de examensbevis som getts in i målet till del inte avser

de personer som angavs i STJ:s anbud. Eftersom det i förfrågningsunderlaget krävs att personalen har en särskild kompetens samtidigt som anbudsgivaren ska bifoga dokument som visar att anbudsgivarens anställda uppfyller kraven på utbildning är det den personal som presenteras i anbudet och ingen annan som ska ha den relevanta kompetensen. Då STJ inte har kunnat visa att den personal som avsetts i STJ:s anbud är den som faktiskt kommer att arbeta med den upphandlade tjänsten och att samma personal har den efterfrågade kompetensen, har kommunen frångått skall-kravet i förfrågningsunderlaget och detta även om förvaltningsrätten skulle komma fram till att de 26 personer för vilka kommunen inkommit med examensbevis/motsvarande uppfyller det ställda kompetenskravet.

Vid en närmare granskning av de examensbevis/motsvarande som kommunen har givit in kan bolaget konstatera att kriterierna (bolaget åberopar 5 kap. 4 § första stycket, 5 kap. 17 § samt bilaga 1 till skollagen (1985:1100) samt 7 kap. 8 § första stycket gymnasieförordningen (1992:394)) för yrkesexamen samt slutbetyg inte gäller för samtliga inom STJ:s personal. Inledningsvis noterar bolaget att det avseende minst två personer inte finns något slutbetyg. Dessa personer är LL och AM för vilka ingivits samlade betygsdokument. Vad avser LL framgår det av betygsdokumentet att hon har läst kurser om 2 310 poäng varav hon har erhållit betyget icke godkänd i kurser om 380 poäng. Hon har vidare betyget icke godkänd i matematik A om 110 poäng. Eftersom hon inte har godkända betyg på en utbildning som omfattar minst 2 250 gymnasiepoäng och inte heller godkänt betyg i matematik om 100 poäng kan inte gymnasieexamen utfärdas. Det faktum att dessa två anställda inte har erhållit slutbetyg visar att de inte har fullgjort sina utbildningar. I vart fall kan inte LL anses ha den relevanta kompetensen eftersom hon inte har erhållit yrkesexamen. Nämnade personer kan knappast tillgodoräkna sig kompetens i ämnen där de erhållit betyget icke godkänt, t.ex. i det högst relevanta ämnet sjukvård (omfattande 200 poäng). Att ha påbörjat en utbildning men inte fullföljt

den kan inte leda till att vederbörande tillgodoräknas samma kompetens som om utbildningen hade fullföljts med godkända betyg. Bolaget noterar för övrigt att det är flera personer, för vilka examensbevis/motsvarande ingivits, som erhållit betyget icke godkänt i ämnen som kommunen bör anse som relevanta, bl.a. RW i ämnet "Etik och livsfrågor" samt LL i ämnet "Teknik inom omsorg". MJ erhöll betyget 2 i ämnet "Vårdkunskap" och betyget 1 i ämnet "Farmakologi".

Det är inte upp till kommunen att avgöra om vissa ämnen är relevanta eller inte då frågan om kompetens inte är ett utvärderingskriterium enligt förfrågningsunderlaget. Enligt förfrågningsunderlaget är kompetens ett skallkrav som innebär kompetens "motsvarande omvårdnadsprogrammet eller undersköterskeutbildning". Genom att behandla ett skallkrav som ett utvärderingskriterium frångår kommunen förfrågningsunderlaget och ändrar härigenom förutsättningarna för upphandlingen.

För att kunna iaktta objektivitet och icke-diskriminering vid anbudsförfrågan är det absolut nödvändigt att inte avvika från vad som krävs i förfrågningsunderlaget. Det är därför viktigt att kraven är klart och entydigt beskrivna i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte några invändningar mot att termen "motsvarande" använts i förfrågningsunderlaget. Däremot invänder bolaget mot hur kommunen applicerat termen vid anbudsutvärderingen eftersom kommunen synes ha satt ribban lägre för den kompetens som sägs vara "motsvarande" än vad som är objektivt motiverat och förutsebart/transparent. Det fel som har begåtts av kommunen är således att utvärderingen har gjorts utifrån verksamhetens behov. Kommunen skulle rätteligen ha gjort utvärderingen utifrån förfrågningsunderlaget och inte beaktat några andra omständigheter. Kommunen har gått utanför ramen för utvärderingen av skallkravet och tillämpat en relativ utvärdering av huruvida kravet varit uppfyllt. Om syftet hade varit att göra en relativ utvärdering av kompetenskravet borde kommunen inte ha använt ett skallkrav.

Kommunens kompetensbedömning är således felaktig eftersom STJ:s personal inte har den i förfrågningsunderlaget efterfrågade kompetensen. Kommunen har antagit ett anbud där ett skall-krav inte är uppfyllt, i stället för att rätteligen lägga det åt sidan under anbudsutvärderingen.

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkande och anför bl.a. följande. Det finns andra utbildningar där icke vårdämnena till stora delar är borttagna. Dessa utbildningar, ofta anordnade av komvux, innehåller de vårdämnena som kommunen anser vara nödvändiga och bedöms därför motsvara omvårdnadsprogrammet eller undersköterskeutbildning när det gäller kursinnehåll inom vård och omsorg. Att som kommunen använda termen "motsvarande" vilket gjorts i det aktuella kravet, är nödvändigt för att kravet ska bli proportionerligt och likabehandlande eftersom allt annat än just rena undersköterskeexamina såsom de som läst vårdämnena vid exempelvis Komvux annars skulle uteslutas på orättfärdiga grunder.

STJ har i sitt anbud lämnat uppgifter om att samtliga operatörer uppfyller kommunens skall-krav angående utbildning. Kommunen har från STJ tagit in examensbevis/motsvarande från de personer som avses i anbudet. Vid kontroll av inkommet material gör kommunen bedömningen att samtliga uppfyller nämnda skall-krav. Att som bolaget hävda att larmoperatör nummer 19 saknar den krävda kompetensen saknar, enligt kommunens mening, relevans. Vilken person som är bakom respektive nummer torde variera från tid till annan. I den upphandling av Solna stad vilken bolaget refererar till, gjordes bedömningen att såväl bolaget som STJ uppfyllde ställda krav på utbildning.

Bolaget hänvisar i sin inlägga bl.a. till den broschyr som bifogats STJ:s anbud. Kommunen har inte lagt någon som helst vikt vid denna broschyr. En trycksak har ofta ett ytterst kort bäst före datum och personuppgifter i den

kan därför sakna aktualitet. För kommunens del är det väsentliga de larmoperatörer som anges i bilaga 6 i anbudet. Dessa larmoperatörer nämns inte vid namn utan endast som lo1, lo2 och så vidare. Någon koppling mellan dessa personer, personerna i broschyren och de personer som kommunen tagit in examensbevis/motsvarande på, behöver inte nödvändigtvis finnas.

Någonstans måste en gräns dras för hur långt en upphandlande myndighet ska gå i sitt kontrollerande av anbudet. Att en anbudsgivare medvetet skulle uppge andra personer än de egna anställda ter sig synnerligen orealistiskt. Om en anbudsgivare uppger felaktiga uppgifter i anbud är detta dessutom grund för hävning enligt kommunens avtalsvillkor.

Kommunen har utvärderat de inkomna anbuden efter vad som står i förfrågningsunderlaget och inte på något sätt, som bolaget påstår "... satt ribban lägre...". Förfrågningsunderlaget bygger naturligtvis på verksamhetens behov. Kommunen har inte efterfrågat någon särskild yrkesexamen eller att man har ett slutbetyg från något utbildningsprogram. Viktigare har varit att larmoperatörerna har kunskap om hur man bemöter människor och löser de problem och behov som uppstår. Och kunskap om detta får man bland annat genom att läsa ämnen inom områdena vård och omsorg. Det är ur den synvinkeln som utvärderingen har skett. Att utvärderingen "gått utanför ramen", som bolaget påstår, är således helt felaktig.

Bolaget säger att det för minst två personer, LL och AM, inte finns något slutbetyg. Kommunen menar här att ett samlat betygsdokument med all önskvärd tydlighet visar vad de aktuella personerna har läst. För ovan nämnda personer framgår det av deras betygsdokument att de har läst de vårdämnena som kommunen anser vara relevanta.

LL har betyget icke godkänt i några ämnen, exempelvis organisation och ledarskap, historia och teknik inom omsorg, omvårdnad eller tandvård,

vars innehåll inte direkt har med hennes uppdrag som larmoperatör att göra. Kommunen gör bedömningen att hon, med de övriga ämnen hon läst, vilket innefattar bland annat flera omsorgs- och vårdrelaterade ämnen exempelvis omvårdnad, psykologi och social omsorg, har den kompetens som krävs för att arbeta som larmoperatör.

Det är riktigt att AM har erhållit betyget icke godkänt i ämnet sjukvård. Någon direkt sjukvård ska larmoperatörerna inte utföra utan större vikt lägger kommunen här vid ämnen som har att göra med bemötande och att kunna göra sig en bild av en persons situation. AM har betyget godkänd eller väl godkänd i följande ämnen; folkhälsokunskap, medicinsk grundkurs, omvårdnad, psykiatri, vård- och omsorgsarbete, psykologi, etik- och livsfrågor och social omsorg. Kommunen gör bedömningen att AM med dessa ämnen väl uppfyller kommunens krav på kompetens och att han kan utföra ett fullgott arbete som larmoperatör

Kommunen har således visat att utvärderingen gjorts på korrekta grunder samt att kommunen inte frångått något skall-krav och därmed heller inte brustit i transparens. Kommunen har därmed även visat att bolaget inte lidit skada. Bolagets talan ska därför enligt kommunens mening avslås.

STJ

STJ anför bl.a. följande. Det finns klara skillnader mellan anbudet som är lämnat till Solna stad respektive kommunen. STJ ändrar skrivningen i sina anbud efter hand och en ändring är uppenbar i detta fall. Larmoperatör 19 i anbudet till Solna stad är inte densamme som larmoperatör 19 i anbudet till kommunen. STJ försöker vara uppdaterade i anbudsskrivningen och det går därför inte att jämföra två anbud på det sätt bolaget gjort. När det gäller "Personal-övrig service" så har omorganisationer inom företaget gjorts. Tjänsten finns inte mer i det utförandet och är givetvis därför inte med i anbudet till kommunen.

Att utgå från att broschyren ska vara helt och hållet uppdaterad till dags dato är inte rimligt. Broschyren som lämnades i samband med kommunens upphandling är inte fullständig av olika skäl. Det är helt uppenbart då antalet larmoperatörer skiljer sig stort mellan broschyren och anbudet. Broschyren kan aldrig ses som ett faktiskt underlag utan bör ses som informationsmaterial.

STJ har använt olika benämningar för utbildningarna. STJ vill dock påpeka att kommunens vårdutbildning/vårdprogram är jämställt undersköterskeutbildning och de räknas således som undersköterskor.

När det gäller bolagets granskande av utvalda anställda så rekryterar STJ sina anställda med stor omsorg. STJ begär givetvis betyg för att säkerställa undersköterskekompetens men gör även ingående interna tester som de sökande måste klara innan anställning. Det är mycket viktigt för STJ att anställa personer med hög empatikänsla, hög stresstolerans, servicemedvetenhet, lojalitet och kunnande. Samtliga de personer bolaget nämner besitter dessa egenskaper.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt uppgift anser kommunen att upphandlingen påbörjades den 15 juni 2010 då kommunen fick en upphandlingsanmodan. Det råder dock osäkerhet om när upphandlingsförfarande beslutades. Enligt förvaltningsrättens mening ska därför LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 tillämpas.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

I 16 kap. 2 § första stycket LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I de administrativa villkoren, under rubriken "skall-krav" anges följande.

Se anbudsformuläret under respektive del. Endast anbud från entreprenörer som uppfyller samtliga krav kommer att gå vidare till den ekonomiska utvärderingen.

I förfrågningsunderlaget, specifikation anges under Del B, larmmottagning, följande.

Se anbudsformuläret för de skall-krav som ställs avseende larmmottagning.

I anbudsformuläret anges följande under "skall-krav del B larmmottagning".

Markera med kryss om skall-kravet uppfylls eller ej

B. Personal som mottar larm skall ha kompetens motsvarande omvårdnadsprogrammet eller undersköterskeutbildning och ha två års arbetserfarenhet från sjukvård, omsorg och/eller äldrevård.

Bifoga till anbudet följande

B. Till anbudet skall bifogas dokument som visar att anbudslämnarens anställda uppfyller kraven på utbildning.

STJ:s anbud

I STJ:s anbudsformulär har STJ kryssat i att personalen uppfyller kompetenskravet. Vidare har STJ i anbudsformuläret hänvisat till bilaga 6 vad gäller dokument som visar att de anställda uppfyller kraven på utbildning.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det inte klart av bolagets senaste yttranden huruvida bolaget frånfallit tidigare åberopade omständigheter till stöd för sin talan eller inte. Förvaltningsrätten prövar därför vad som anförts i sin helhet.

Bolaget har gjort gällande att STJ inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav avseende kompetens. Bolaget menar att den personal som presenterats i bilaga 6 till STJ:s anbud inte är densamma som omfattas av ingiven betygsdokumentation då det av bilaga 6 framgår att fem personer har läst kommunens vårdutbildning/vårdprogram och 21 personer är undersköterskor medan det av betygsdokumentationen framgår att tio personer har läst kommunala vuxenutbildningar. Bolaget har även som jämförelse åberopat av STJ ingiven broschyr och STJ:s anbud i en annan upphandling. Vidare menar bolaget att ingiven betygsdokumentation inte uppfyller kompetenskravet då två personer inte erhållit slutbetyg utan bara samlade betygsdokument och ytterligare personer, varav tre personer exemplifierats, fått betyget icke-godkänt i ämnen som kommunen borde bedöma som relevanta. Slutligen menar bolaget att den innebörd kommunen ger ordet ”mot-svarande” inte är objektivt motiverad och förutsebar/transparent.

STJ:s anbud

STJ har vad gäller dokumentation avseende personalens kompetens i sitt anbud hänvisat till bilaga 6. Det är således denna bilaga 6 som ingår i anbudet. Huruvida STJ därutöver gett in en broschyr saknar enligt förvaltningsrättens mening betydelse. Avseende vad som anförts om larmoperatör 19 och ”Personal övrig service” så har STJ uppgett att larmoperatör 19 i

anbudet till Solna Stad inte är densamme som larmoperatör 19 i anbudet till kommunen och att omorganisation gjorts varför tjänsten "Personal övrig service" inte är med i anbudet till kommunen. Det finns därmed inte skäl att i denna del jämföra det tidigare anbudet med anbudet i nu aktuell upphandling.

När det gäller bolagets invändning att de personer för vilka examensbevis ingetts inte är desamma som anges i STJ: anbud, bilaga 6, med hänvisning till att i bilaga 6 angivna utbildningar inte motsvarar de i examensbevisen, har STJ förklarat att olika benämningar för utbildningarna har använts och att kommunens vårdutbildning/vårdprogram är jämställt undersköterskeutbildning och att de därför räknas som undersköterskor. Mot detta har bolaget inte invänt. Det finns därmed, enligt förvaltningsrättens mening, inte skäl att ifrågasätta att de ingivna examensbevisen avser de personer som presenteras i bilaga 6 till STJ:s anbud.

Skall-kravet avseende kompetens/utbildning

Av förfrågningsunderlaget framgår att med efterfrågad kompetens avses utbildning. Skall-kravet på att kompetens/utbildning ska motsvara omvårdnadsprogrammet eller undersköterskeutbildning ska enligt förvaltningsrättens mening förstås så att eventuell annan utbildning godtas om den innehållsmässigt motsvarar någon av dessa utbildningar. Detta oavsett om utbildningen erhållits i form av fristående kurser eller i annan form. I detta avseende är det aktuella kravet enligt förvaltningsrättens mening tillräckligt tydligt utformat för att LOU:s krav på transparens och förutsägbarhet ska vara uppfyllt.

Frågan är då om STJ, med avseende på i anbudet presenterad personal, uppfyllt skall-kravet avseende kompetens/utbildning.

Förvaltningsrätten instämmer i vad bolaget anfört om att kurser i vilka en person inte erhållit betyget godkänt inte ska tillgodoräknas den personens kompetens. Emellertid framgår av i målet exemplifierade personers betygsdokument att de erhållit betyget godkänt eller högre i flertalet kurser som innehåller just sjukvårds/omvårdnadsmoment. Såvitt förvaltningsrätten kan bedöma svarar dessa kurser sammantaget mot kravet på kompetens/utbildning ”motsvarande” omvårdnadsprogrammet eller undersköterskeutbildning. Huruvida slutbetyg enligt vad som föreskrivs i skollagen erhållits eller inte kan inte tillmätas avgörande betydelse. Förvaltningsrätten finner således att det i målet inte är visat att STJ inte uppfyllt förfrågningsunderlagets skall-krav avseende kompetens/utbildning. Det finns därmed inte skäl att ingripa i upphandlingen varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

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



Linda Åslin
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Christina Kans.

