

KLAGANDE

Stiftelsen Öjersjöhemmet, 857202-2153
Box 169
433 23 Partille

Ombud: Advokaten Per Gunnarsson
Advokatfirman Wåhlin HB
Box 11909
404 39 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Göteborg dom den 29 april 2008 i mål nr 3189-08,
bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Stiftelsen Öjersjöhemmet (Stiftelsen) yrkar att kammarrätten förordnar att den upphandling som företagits av Göteborgs Stad, Upphandlingsbolaget, avseende "Kollektivboende i avvaktan på lägenhet" ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras. I andra hand yrkas att upphandlingen får fortsätta först sedan rättelse har vidtagits. Till stöd för sin talan anför Stiftelsen bl.a. följande. Upphandlingskontoret har i bilaga till förfrågningsunderlaget avseende den aktuella upphandlingen angett vissa kvalificeringskrav. Stiftelsen har accepterat dessa krav och beskrivit personalens kompetens i bilagan "Drogfritt boende". Upphandlingsbolaget har uteslutit Stiftelsen från upphandlingsförfarandet och fattat ett tilldelningsbeslut utan att beakta Stiftelsens anbud. Upphandlingskontoret angav inledningsvis att skälet varit att Stiftelsens föreståndartjänst var va-

kant vid tiden för upphandlingen och senare angavs att skälet varit att Stiftelsen inte haft anställd personal med högskolekompetens. Av den personalförteckning som finns i Stiftelsens anbud framgår att Stiftelsen har personal som uppfyller kvalifikationskravet på högskolekompetens. Därutöver skulle Stiftelsen per den 1 maj 2008, då ramavtalet skulle börja gälla, ha ytterligare kvalificerad personal. Sedan tidigare har Stiftelsen haft en högskoleutbildad socialpedagog som föreståndare, men denna slutade sin tjänst strax före anbudsförfarandet. En rekryteringsprocess påbörjades och innan avtalet skulle börja tillämpas, anställdes en kvalificerad sökande med erforderlig kompetens. Att under en viss tid vara utan en person till följd av personalomsättning kan inte vara diskvalificerande när rekrytering påbörjats och också slutförts innan avtalet skulle börja tillämpas. Flera av de anställda som även var anställda under det nu aktuella upphandlingsförfarandet har relevant utbildning. En anställd har genomgått behandlingsassistentutbildning med påbyggnadskurs i tolvstegsmodellen med kognitiv inriktning och en anställd har genomgått Nordhemspoliklinikens nio månader långa utbildning i missbruksförebyggande arbete. Dessa utbildningar är högre och mer adekvata än en mentalskötartutbildning, som anges som en godtagbar utbildning. En anbudsgivare i ett upphandlingsförfarande ska uppfylla de krav som är uppställda av den upphandlande enheten när kontrakt skrivs. Det finns inget krav på att samtliga krav praktiskt sett ska vara uppfyllda på dagen för anbuds lämnande eller under anbudsförfarandet, utan det är tillräckligt att kraven uppfylls när avtalet ska börja tillämpas. Personalomsättning måste alltid accepteras även under upphandlingsförfarande. Arbetsgivaren kan tillse att motsvarande kompetens finns i organisationen, vilket Stiftelsen har visat under anbudsförfarandet. Av personalförteckningen framgår att ett flertal anställda har haft vad som bör betraktas som i vart fall ”utbildning som bedöms likvärdig” enligt förfrågningsunderlaget. Kravet på att inte någon post fick vara vakant innebär ett brott mot proportionalitetsprincipen. Upphandlingsbolagets tilldelningsbeslut skulle vara av avgörande betydelse för Stiftelsens faktiska rekrytering. Stiftelsen måste ha sin framtida verksamhet klar för sig innan nyanställningar sker.

Till styrkande av sin talan har Stiftelsen givit in och åberopat CV:n för den sökanden till föreståndaretjänsten som Stiftelsen har anställt och som har erforderlig kompetens.

Upphandlingsbolaget motsätter sig Stiftelsens yrkanden och anför bl.a. följande. Vilka krav som en upphandlande myndighet ställer på den vara eller tjänst som är föremål för upphandlingen förfogar den upphandlande myndigheten själv över så länge kraven är proportionerliga. Stiftelsen har i svarsblanketten kryssat i att de accepterar ställda krav i kravspecifikationen vilket innebär att de ska ha någon i personalgruppen med den efterfrågade kompetensen. Till ett möte den 1 februari 2008 ombads Stiftelsen att inkomma med en förteckning över personalens namn, kompetenser och arbetstider. Vid mötet framkom att de tjänster Stiftelsen själv angav skulle ha högskolekompetens var vakanta vid det tillfället. En upphandlande myndighet kan endast ta hänsyn till det som framgår av anbudet. I denna typ av upphandling är det ytterst viktigt att ställa krav på personalens kompetens och att personal med den efterfrågade kompetensen finns på plats. Eftersom det inte ingår några behandlingsinsatser är verksamheten inte tillståndspliktig och någon tillsyn från Länsstyrelsen sker inte. Staden vill därför tillförsäkra sig att det finns kompetens hos den personal som finns i boendet och som ska arbeta med en redan mycket utsatt grupp av människor. I upphandlingen har det inte krävts att all personal ska vara tillgänglig vid anbudets inlämnande. Stiftelsen har dock trots den långa anbudstiden inte meddelat att någon av de vakanta tjänsterna var tillsatt.

Till styrkande av sin talan har Upphandlingsbolaget givit in och åberopat bl.a. kallelse till möte den 1 februari 2008 med anledning av Stiftelsens anbud och personalförteckning för Stiftelsen.

DOMSKÄL

Av förfrågningsunderlaget med bilagor framgår i relevanta delar följande. I bilaga 4 "specifikation inklusive kravspecifikation" under rubriken "Kvalificeringskrav på tjänsten: insatser och dokumentation" framgår det bl.a. att "I personalgruppen som arbetar med målgruppen skall finnas högskolekompetens och erfarenhet av missbruksarbete". Vidare kan det under rubriken "Kvalificeringskrav på tjänsten: personalens kompetens" utläsas bl.a. att "I personalgruppen skall finnas någon med högskoleutbildning som t ex. socialpedagog, vårdpedagog, aktiveringspedagog med KY-utbildning, mentalskötare eller annan utbildning som bedöms likvärdig".

Frågan i målet är dels om skall-kravet i förfrågningsunderlaget avseende krav på personal med högskolekompetens ska vara uppfyllt vid anbuds-givningen eller först då kontraktet ska uppfyllas, dels om den utbildning som Stiftelsen i sin personalförteckning uppgett att viss personal har är att betrakta som likvärdig med högskoleutbildning.

Av utredningen i målet framgår att Stiftelsen i sitt anbud under rubriken "Drogfritt Boende" har uppgett att den har personal som är bl.a. socialpedagog och mentalskötare och under rubriken "Personalförteckning" har Stiftelsen vidare uppgett att befattningen föreståndare och två tjänster som avser behandlingsassistenter är vakanta. Under upphandlingsförfarandet har enligt Stiftelsen en rekryteringsprocess pågått och en person som uppfyller kraven på högskoleutbildning har anställts som föreståndare innan upphandlingskontraktet skulle uppfyllas. Således är enligt Stiftelsen kravet på att någon i personalen har högskoleutbildning uppfyllt. Upphandlingsbolaget har uppgett att det i upphandlingen inte har krävts att all personal ska vara tillgänglig vid anbudets inlämnande. Då Stiftelsen inte vidarebefordrat informationen om den pågående rekryteringsprocessen till Upphandlingsbolaget har man emellertid utgått från att Stiftel-

sen inte uppfyllde de ställda kraven avseende högskoleutbildning hos personalen när tilldelningsbeslutet meddelades. Upphandlingsbolaget anser därmed att Stiftelsen inte uppfyllt det uppställda skallkravet. Vad avser kravet i förfrågningsunderlaget att det i personalgruppen ska finnas någon med högskoleutbildning eller ”annan utbildning som bedöms likvärdig” har Stiftelsen i kammarrätten uppgett att två personer i personalen har sådana utbildningar. En anställd har genomgått behandlingsassistentutbildning med påbyggnadskurs i tolvstegsmodellen med kognitiv inriktning och en anställd har genomgått Nordhemspoliklinikens nio månader långa utbildning i missbruksförebyggande arbete. De aktuella personerna har varit anställda under hela upphandlingsförfarandet och därmed skulle Stiftelsen i vart fall uppfylla de ställda kraven på kompetens hos personalen oavsett när de vakanta tjänsterna tillsatts. Kammarrätten kan dock konstatera att det av den personalförteckning som Stiftelsen lämnat in i samband med sitt anbud inte framgår att mer än två personer av personalen har behandlingsassistent- och tolvstegsutbildning respektive utbildning till drogterapeut. Dessa utbildningar är enligt Stiftelsen högre och mer adekvata än en mentalskötarutbildning som anges som en godtagbar utbildning. Varken längden på de angivna utbildningarna eller någon information om vad utbildningarna innefattar framgår emellertid av anbudshandlingarna.

Kammarrättens bedömning

Det finns inte något uttalat krav i LOU och det följer inte heller av de allmänna EG-rättsliga principerna att alla skallkrav avseende den upphandlande tjänsten ska vara uppfyllda då anbudet ges in i ett upphandlingsförfarande. I förevarande fall finner kammarrätten dock att Stiftelsen, genom att underlåta att underrätta Upphandlingsbolaget om den pågående och avslutade rekryteringsprocessen avseende tjänsten som förstärkning till det aktuella hemmet, har lämnat Upphandlingsbolaget i tron att skallkravet inte är, eller kommer att bli uppfyllt. Vad gäller frågan om delar av personalen har haft likvärdiga utbildningar med de som ef-

terfrågas i förfrågningsunderlaget kan konstateras att det är först i kammarrätten som Stiftelsen utförligare har redogjort för vilka utbildningar som personalen har. Av den ingivna personalförteckningen framgår i detta avseende endast att en anställd är utbildad till behandlingsassistent med tolvstegsutbildning och att en annan anställd är drogterapeut. När det gäller tjänsten som behandlingsassistent krävs det ingen formell utbildning, utan man får se till varje individs bakgrund. Av de tillkomna uppgifterna om personalens utbildningar framgår att två anställda har genomgått behandlingsassistentutbildning med påbyggnadskurs i tolvstegsmodellen med kognitiv inriktning respektive Nordhemspoliklinikens nio månader långa utbildning i missbruksförebyggande arbete. Enligt kammarrättens uppfattning innebär de nämnda uppgifterna om personalens kompetens inte att det är visat att utbildningarna kan bedömas motsvara de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Sammanfattningsvis finner kammarrätten att Stiftelsen inte visat att den uppfyller ställda skall-krav och Upphandlingsbolaget har därför haft fog för att utesluta Stiftelsen från att delta vid den slutliga utvärderingen.

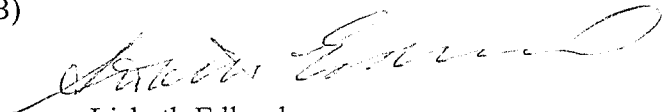
DOMSLUT

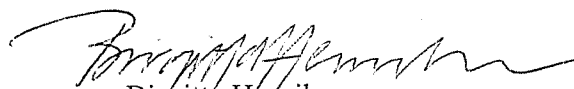
Kammarrätten avslår överklagandet.

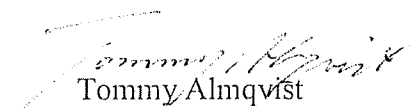
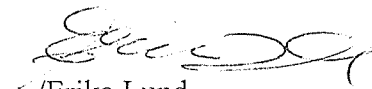
Det interimistiska beslutet den 30 april 2008 ska inte längre gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga B)


Lisbeth Edlund


Birgitta Henriksson
referent


Tommy Almquist

/Erika Lund

SÖKANDE

Stiftelsen Öjersjöhemmet, 857202-2153
Öjersjövägen 20
433 50 Öjersjö

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Göteborgs Stad, Upphandlingsbolaget (kommunen) har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende ramavtal för Flexibelt Bostöd med tillsvidareboende i lägenhet, Akut boende, Kollektivboende i avvaktan på lägenhet (dnr 160/07). Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling. I tilldelningsbeslut den 15 april 2008 meddelade kommunen i vilka leverantörer ramavtal skulle tecknas. Beslutet hade fattats utifrån att anbudet var de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna.

Stiftelsen Öjersjöhemmet (Öjersjöhemmet) har ansökt om överprövning och yrkar att länsrätten ska besluta om åtgärd enligt LOU. Öjersjöhemmet yrkar även att länsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Till stöd för sin talan anför Öjersjöhemmet bl.a. följande. Öjersjöhemmet lämnade ett anbud den 31 oktober 2007. Stiftelsen har under lång tid bedrivit den efterfrågade verksamheten och hade inga farhågor om att inte omfattas av det ramavtal som upphandlades om priset var rätt. Öjersjöhemmet har inte nåtts av skriftligt besked om orsaken till beslutet. Handläggaren har förklarat att orsaken är att föreståndartjäns-

ten var vakant vid tiden för upphandlingen. Detta strider mot proportionalitetsprincipen då det måste anses höra till arbetets natur att människor byter arbete och att det uppstår vakans på tjänster. Tjänsten är numera tillsatt av kompetent personal och att de således i god tid före det önskade avtalets ingång löst sitt problem. Trots att Öjersjöhemmet på muntlig anmodan från handläggaren inom en timma inkom med uppgift om föreståndaren ignorerades uppgiften. Konsekvensen av beslutet blir att Öjersjöhemmet sannolikt tvingas stänga verksamheten.

Kommunen anför bl.a. följande. För att anbudet ska vara kvalificerat ska det finnas någon med högskoleutbildning i personalgruppen. Av Öjersjöhemmets handlingar framgår ingenstans att det finns personal med högskoleutbildning. Brev daterat den 16 april 2008 har skickats till Öjersjöhemmet och av det framgår att skälet till att Öjersjöhemmet inte antagits är att de inte har anställd personal med högskolekompetens. – Kommunen anser att yrkandet om interimistiskt beslut ska avslås. Den skada Öjersjöhemmet skulle kunna lida står inte i rimlig proportionalitet till den skada kommunen kan komma att lida om avtalet inte träder i kraft den 1 maj 2008 och därmed försvårar placeringar av hemlösa.

Öjersjöhemmet anför bl.a. följande. För att få delta i upphandlingen krävdes att man uppfyllde de krav som kommunen ställde. Ett av dessa krav var att det i personalgruppen ska finnas någon med högskoleutbildning. Öjersjöhemmet har accepterat dessa krav och dessutom beskrivit personalens kompetens i den bilaga som heter ”Drogfritt boende” där det anges att de har personal som är utbildad socialpedagog. I början av diskussionen hävdade kommunen att de inte uppfyllde kvalifikationskravet då det saknade föreståndare och nu att de inte har kompetens personal.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 7 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i LOU och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna grunder som sökanden tar upp.

Av förfrågningsunderlaget med bilagor framgår i relevanta delar följande. I bilaga 4 ”specifikation inklusive kravspecifikation” anges under rubriken ”Kvalificeringskrav på tjänsten: insatsen och dokumentation” bl.a. att i personalgruppen som arbetar med målgruppen ska finnas högskolekompetens och erfarenhet av missbruksarbete. Vid rubriken ”Kvalificeringskrav på tjänsten: personalens kompetens” anges att i personalgruppen ska finnas någon med högskoleutbildning som t.ex. socialpedagog, vårdpedagog, aktiveringspedagog med KY-utbildning, mentalskötare eller annan utbildning som bedöms likvärdig. Övrig personal ska ha kompetens i form av omvårdningsprogrammet på gymnasiet eller likvärdig utbildning. Lång erfarenhet räknas som likvärdig (med lång erfarenhet menar vi minst fem års erfarenhet av likvärdigt arbete och målgrupp). Det är viktigt att den – för upphandlingen – efterfrågade kompetensen finns hos bostödspersonalen och inte endast hos den administrativa ledningen. – Under ”Anvisningar för svarsblankett” anges vid rubriken ”Kvalificering” att de krav som listas här skall uppfyllas för att anbudet skall kunna delta i utvärderingen.

Länsrätten, som företar målet till omedelbart avgörande, gör följande bedömning.

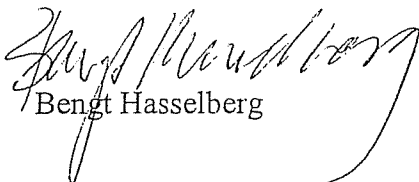
Vad gäller frågan om kommunen har åsidosatt kravet på affärsmässighet kan följande konstateras. Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Öjersjöhemmet åberopar som grund att kommunen åsidosatt proportionalitetsprincipen. Frågan är då huruvida kommunen har ställt större krav på leverantören eller tjänsten än som behövs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Kravet ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Kommunen har i nu aktuellt förfrågningsunderlag uppställt kravet på högskolekompetens hos viss personal. Öjersjöhemmet har i den till anbudet bifogade personalförteckningen angivit att tre tjänster för vilka krävs utbildning till socionomer respektive socialpedagog är vakanta. Bland tillsatta tjänster framgår inte att någon har högskolekompetens. Öjersjöhemmet uppfyllde vid anbudstidens utgång därmed inte det i förfrågningsunderlaget uppställda kvalifikationskravet att det skulle finnas personal med högskoleutbildning.

Prövningen inskränker sig endast till en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden framfört finns anledning att vidta åtgärder som anges LOU. Det har i målet inte visats att det av kommunen uppställda kravet på personalens kompetens har åsidosatt kravet på affärsmässighet och att kommunen genomfört upphandlingen i strid mot LOU. Yrkandet om åtgärd enligt LOU av upphandlingen kan då inte bifallas. Vid denna utgång saknas det anledning att pröva yrkandet om inhibition.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b)


Bengt Hasselberg

/ MG



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.