


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
DOM
2019-09-30
Meddelad i Linköping
Mål nr
4014-19**SÖKANDE**

Gauhar omsorg AB, 556997-5690

MOTPART

Motala kommun

SAKEN

Rättelse enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV)

KONKURRENSVERKET	
20190930	
And	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Motala kommun (kommunen) tillämpar valfrihetssystem enligt LOV vad gäller hemtjänst. Gauhar omsorg AB (Gauhar omsorg) har ansökt om godkännande för deltagande inom det aktuella valfrihetssystemet.

Den 25 april 2019 beslutade kommunen att utesluta Gauhar omsorg från deltagande i valfrihetssystemet inom hemtjänst med stöd av 7 kap. 1 § 4 LOV. Gauhar omsorg godkändes inte heller som leverantör i det aktuella valfrihetssystemet med motiveringen att samtliga krav i förfrågningsunderlaget inte var uppfyllda. Som skäl för beslutet angavs bl.a. följande. B.H. är ägare och styrelseledamot i Gauhar omsorg. Hon är även ägare och styrelseledamot i Livskvalité 1 AB (Livskvalité). Den 14 september 2017 hävde kommunen avtalet med Livskvalité på grund av att bristerna i verksamheten var så pass omfattande att utföraren riskerade en god och säker vård för den enskilde. Båda bolagen företräds av B.H. och bedömningen är att hon har haft ett sådant ansvar för felen som begåtts att dessa ska beaktas vid prövningen av Gauhar omsorgs förutsättningar att fullgöra erbjudna åtaganden inom valfrihetssystemet. Med beaktande av

Dok.Id 390716

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se
Telefax
Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

allvarligheten i felen och att de förflutit kort tid sedan dessa begicks finns skäl att utesluta Gauhar omsorg från att delta i valfrihetssystemet.

Livskvalité har också polisanmälts för bedrägeri.

Gauhar omsorg ansöker om rättelse och yrkar att det ska godkännas som leverantör inom valfrihetssystemet beträffande hemtjänst.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Gauhar omsorg

Verksamhetsansvarig i Livskvalité var C.B. och det var därmed hon som var ansvarig för de påtalade bristerna i verksamheten. Vidare ska det framhåvas att det inte förekom sådana omfattande brister i verksamheten som kommunen gör gällande, utan det var fråga om vanliga brister som finns i alla verksamheter. Det mottogs inte heller några klagomål från kunderna eller anhöriga till kunderna vad gäller tjänsterna, vilket påvisar att utförda tjänster medförde goda intryck. Därutöver är Livskvalité och Gauhar omsorg två helt skilda bolag. Det är därmed inte möjligt att dra slutsatsen att alla som har arbetat för Livskvalité skulle vara olämpliga för att arbeta inom vården. Livskvalité har inte mottagit någon kallelse från polisen utan kommunens polisanmälan saknar helt grund. Det föreligger inte skäl för uteslutning.

Kommunen

Av avsnitt 3.2 i förfrågningsunderlaget följer att som allvarligt fel i yrkesutövningen betraktas bl.a. hävning av avtal eller kontrakt som

kommunen eller annan kommun tecknat inom verksamhetsområdet eller motsvarande verksamhetsområde med utföraren de senaste fem åren.

Den 14 september 2017 hävde kommunen avtalet med Livskvalité på grund av att uppmärksammade fel och brister var så betydande att utföraren riskerade en god och säker vård för den enskilde. Livskvalité har även polisanmälts avseende misstanke om bedrägeri i två fall. Dessa ärenden är ännu inte avgjorda.

B.H. är ägare och styrelseledamot i både Livskvalité och Gauhar omsorg. Hon har därmed ett bestämmande inflytande i båda bolagen. Som ägare och styrelseledamot i Livskvalité har hon det övergripande ansvaret för verksamheten. Genom sin roll har hon alltså haft ett sådant ansvar för felen som Livskvalité begått vad gäller fullgörande av avtalade förpliktelser att dessa ska beaktas vid prövning av Gauhar omsorgs förutsättningar att fullgöra erbjudna åtaganden. Felen har varit allvarliga och med beaktande av att kort tid förflutit sedan dessa begicks finns det skäl att anta att felen skulle kunna upprepas. Det finns därmed grund för att utesluta Gauhar omsorg med stöd av 7 kap. 1 § 4 LOV. Härvid ska det även påpekas att Inspektionen för vård och omsorg återkallade Livskvalités tillstånd att bedriva verksamhet avseende personlig assistans enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade. Av beslutet om återkallelse av tillståndet framgår att C.B. bedömdes inte vara lämplig att bedriva verksamhet med personlig assistans. Sådan verksamhet får betraktas liknande hemtjänst med tanke på dokumentationskrav o.s.v. B.H. har haft kännedom om att C.B. inte varit lämplig men likväl valt att kvar henne som verksamhetsansvarig. Av beslutet framgår också att B.H. inte ansågs lämplig att bedriva verksamhet för personlig assistans.

Det har även funnits grund att inte godkänna Gauhar omsorg som leverantör inom valfrihetssystemet eftersom kraven under avsnitt 5.13.1 i

förfrågningsunderlaget inte är uppfyllda. Gauhar omsorgs ledningssystem uppfyller nämligen inte kraven enligt Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2011:9) om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete beträffande vad ett ledningssystem ska innehålla. I Gauhar omsorgs ledningssystem hänvisas det dessutom till blanketter och servicegarantier som inte finns i kommunen. Utföraren har inte heller den kompetens och erfarenhet som krävs enligt förfrågningsunderlaget och har inte styrkt lämpligheten för uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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

Den upphandlande myndigheten får utesluta en sökande som har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. Om sökanden är en juridisk person, får sökanden uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen (7 kap. 1 § LOV).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i denna lag och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta om att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse (10 kap. 2 § LOV).

I förarbetena till LOV (prop. 2008/09:29 s. 86) anges bl.a. följande. Av LOV framgår inte mer preciserat när en sökande får uteslutas på grund av t.ex. allvarliga fel i yrkesutövningen. Det måste i stället vara upp till den

enskilda myndigheten att i första hand avgöra när ett fel är så allvarligt att det ska föranleda uteslutning. I lagen är det inte lämpligt att detaljreglera sådana situationer. Den rättspraxis som utvecklats beträffande LOU är i denna del även vägledande för LOV. Varje upphandlande myndighet måste dock själv avgöra vad detta i praktiken innebär, t.ex. när det gäller allvarligt fel i yrkesutövningen.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. Vidare är det tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att det finns förutsättningar för uteslutning på åberopad grund. Bedömningen om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för beslutet om uteslutning (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

Frågan i målet är om kommunen har haft grund för att utesluta Gauhar omsorg från deltagande inom valfrihetssystemet vad gäller hemtjänst med hänvisning till att företrädaren för Gauhar omsorg har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen på grund av Livskvalités avtalsbrott gentemot kommunen.

Av utredningen i målet framgår att Gauhar omsorgs företrädare är samma person som företräder Livskvalité. Samma fysiska person har således det yttersta ansvaret för verksamheten i båda bolagen. Eftersom Gauhar omsorg är en juridisk person kan bolaget uteslutas från deltagande inom det aktuella valfrihetssystemet om dess företrädare har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

I målet är klarlagt att kommun under 2017 har hävt avtal med Livskvalité gällande hemtjänst på grund av avtalsbrott. Av handlingarna i målet framgår vidare att Livskvalité inte har uppfyllt förpliktelser enligt avtalet på grund av att kvalitetsbrister i verksamheten har förelegat. Vid avtalsuppföljning uppmärksammade kommun nämligen att verksamhetsansvariga i Livskvalité inte i tillräcklig utsträckning tillsett att dokumentation skett på det sätt som krävs enligt avtalet och gällande lagstiftning. Vid genomgång av daganteckningar kom kommun bl.a. fram till slutsatsen att det framstod som att dokumentationsplikten inte följts och att journaler upprättats i efterhand i syfte att ge intryck att dokumentation skett. Såvitt kommit fram i målet kvarstod bristerna vad gäller journaldokumentation även efter det att varning och krav på omedelbara åtgärder meddelats från kommunen. Vidare bestod kvalitetsbristerna i att verksamhetsansvariga inte tillsett att medarbetarna uppfyllt kompetenskrav vad gäller språk. Ansvarig för verksamheten ansågs inte heller uppfylla samtliga kompetenskrav. Därutöver har kommunen åberopat att Livskvalité under 2017 fått sitt tillstånd att bedriva enskild verksamhet avseende personlig assistans återkallat till följd av brister i verksamheten m.m.

Enligt förvaltningsrätten ger det underlag som lagts fram i målet tillräckligt stöd för att det förekommit flera omfattande brister i Livskvalités verksamhet vad gäller fullgörande av åtaganden gentemot kommunen. Till följd av bristerna hävdades avtalet vad gäller hemtjänst. Vidare får B.H. i egenskap av företrädare anses ha haft ett ansvar för bristerna som begåtts. Bristerna ska därmed beaktas vid prövningen av Gauhar omsorgs förmåga att fullgöra åtaganden inom nu aktuellt valfrihetssystem. Utifrån vad som kommit fram i målet anser förvaltningsrätten att de aktuella bristerna har varit av sådan karaktär och omfattning att det är fråga om sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 7 kap. 4 § LOV och som därmed motiverar uteslutning. Härvid har förvaltningsrätten särskilt beaktat att Livskvalités brister att uppfylla avtalade förpliktelser gentemot kommunen

har betydelse för Gauhar omsorgs trovärdighet i nu aktuellt valfrihetssystem med anledning av att det är fråga om samma slags verksamhet.

Mot ovan angiven bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen har gjort tillräckligt sannolikt att B.H. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Kommunen har därmed haft rätt att utesluta Gauhar omsorg från deltagande i valfrihetssystemen vad gäller hemtjänst på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Bristerna får även anses ha skett i närtid. Det har därmed inte heller stått i strid med proportionalitetsprincipen att utesluta Gauhar omsorg på den angivna grunden.

Kommunen har dessutom inte godkänt Gauhar omsorg som leverantör inom valfrihetssystemet på grund av att kraven avseende ledningssystem för kvalitet under avsnitt 5.13.1 i förfrågningsunderlaget inte är uppfyllda.

Under avsnitt 5.13.1, *Tillsyn och föreskrifter*, i förfrågningsunderlaget framgår såvitt här är relevant följande:

Utförare förutsätts driva en kontinuerlig kvalitetsutveckling. Utföraren ska ha ett ledningssystem för kvalitet enligt Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2011:9) om ledningssystem för kvalitetsarbete. Detta innefattar kvalitetssäkring av sociala tjänster; tillgänglighet, samverkan och samarbete, handläggning och dokumentation, fel och brister i verksamheten, synpunkter och klagomål på verksamheten etc. Utföraren ska följa Motala kommuns riktlinjer och rutiner för avvikelshantering exempelvis för hur skador, olycksfall och annat som kan ha betydelse för kvaliteten ska rapporteras, åtgärdas och följas upp.

Med hänsyn till formuleringen vad gäller kraven avseende ledningssystem för kvalitet under avsnitt 5.13.1 i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att det är fråga om obligatoriska krav som måste vara uppfyllda för att en sökande ska kunna godkännas som leverantör i valfrihetssystemet. Vidare följer det av det aktuella avsnittet att sökanden till sin ansökan har haft att foga dokumentation som redogör för

ledningssystemet och dess innehåll. Den avgörande tidpunkten för den kravuppfyllelse som ska bedömas måste därmed anses vara tiden för ansökan om deltagande i valfrihetssystemet.

Förvaltningsrätten finner att den beskrivning som Gauhar omsorg bifogat sin ansökan om deltagande i valfrihetssystemet under avsnitt 5.13.1 inte visar att ledningssystem innehåller samtliga krav som följer av Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2011:9) om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete. Gauhar omsorgs ansökan har således brutit i förhållande till ett obligatoriskt krav. Kommunen har därmed på den angivna grunden haft rätt att inte godkänna Gauhar omsorgs ansökan om deltagande i valfrihetssystemen inom hemtjänst.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte kommit fram skäl för rättelse enligt 10 kap. 2 § LOV utifrån vad Gauhar omsorg har anfört i målet. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-03).

Magnus Wickström
rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga 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 part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) 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 du 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 nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du 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 dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen 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 du 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 rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.