



KLAGANDE

1. Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

2. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

3. Landstinget i Östergötlands län
581 91 Linköping

4. Landstinget i Kronobergs län
351 88 Växjö

Ombud för 1-4: Håkan Sjöborg
Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

MOTPART

ASTAB Hälsa AB, 556515-4258
Prostkvärngatan 36
554 46 Jönköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

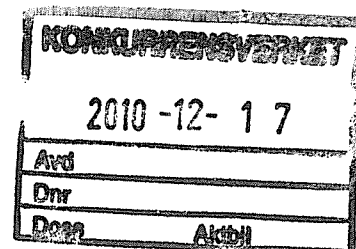
Förvaltningsrättens i Växjö dom den 8 april 2010 i mål nr 1293-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.



- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet

kkv

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Landstingen i Kalmar, Östergötlands, Jönköpings och Kronobergs län (landstingen) yrkar att ASTAB Hälsa AB:s ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall. Landstingen hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och anför i huvudsak följande. Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att landstingens avsikt att upphandla endast en leverantör och uppställa ett kvalificeringskrav på en omsättning om minst 35 miljoner kr under det första halvåret 2009 står i strid med LOU. Förutsättningarna för upphandlingen är förenliga med LOU och unionsrätten. Genom att skapa ett stort kontrakt med ett högt referensvärde framstod landstingen som en attraktiv kund, och kunde därför erhålla lägre priser samt säkra en högre kvalitet. Upphandlingen av hyrläkartjänster har skett affärsmässigt med nyttjande av den konkurrens marknaden har att erbjuda, vilket styrks av det stora antalet inkomna och kvalificerade anbud. Detta kan jämföras med att det vid ett urvalsförfarande som huvudregel är tillåtet att endast inbjuda de tre bästa anbudssökandena till anbudsgivning. Utöver påtagliga administrativa för- enklingar vid avrop skulle tilldelningsbeslutet, om det fullföljs, innebära stora besparingar för skattebetalarna. Ur patientsäkerhetssynpunkt är det viktigt att leveranssäkerheten säkerställs och för den enskilda patienten är det betydelsefullt att kontinuiteten i läkarkontakten upprätthålls i största möjliga utsträckning. Det har varit svårt att tillsätta läkartjänster i mindre orter med små vårdcentraler. Att skapa ett kontrakt som är eftertraktat bland leverantörerna löser sådana problem eftersom det blir ett "allt eller inget" som gäller i upphandlingen. Den leverantör som tilldelas kontraktet har erforderliga resurser för att bli en så stabil leverantör att problematiken på de mindre orterna blir löst. – LOU är inte så stelbent att alla leverantörer alltid ska kunna delta som anbudsgivare. I detta fall har en leverantör antagits till fyra landsting som utgör en förhållandevis liten del av den relevanta marknaden. Upphandlingen har därför inte varit konkurrensbegränsande även om avtalsvärdet är betydande. Skulle upphandlingen ha genomförts med ett urvalsförfarande skulle urvalet av anbudssökande som inbjudits att lämna

anbud i huvudsak ha valts ut efter teknisk förmåga och kapacitet samt ekonomisk och finansiell stabilitet bedömd utifrån omsättning och balansomslutning m.m. Ett urvalsförfarande hade varit mer konkurrensbegränsande än det aktuella förfarandet med ett tydligt angivet omsättningskrav. – Den leverantör som antas kan inte anses få någon dominerande ställning på den relevanta marknaden varför något missbruk av dominerande ställning inte föreligger. Avtalstiden om fyra år ryms dessutom inom den löptid avseende ramavtal som anges i LOU. – Patientsäkerheten säkerställs genom att upphandlingen samordnas och en leverantör antas, eftersom kvalitetssäkringen garanteras och blir enhetligt tillämpad. Med flera olika och rangordnade leverantörer hade enhetligheten och kvalitetssäkringen av verksamheten äventyrats. Flera leverantörer medför svårigheter med att nå ut med rutiner och instruktioner till varje enskild hyrläkare vid varje avrop. Utifrån landstingens behov och för att uppnå målen med upphandlingen har det varit nödvändigt att endast anta en leverantör. Med hänsyn till det stora antalet leverantörer som klarat omsättningskravet, måste kravet anses som lämpligt för att uppnå eftersträfvade syften. Kravet är proportionerligt när man ställer nyttan för landstingen i förhållande till den skada det kan ha inneburit för de leverantörer som inte lämnat anbud. Leverantörerna har dessutom kunnat gå samman för att klara omsättningskravet, och anbudstiden har varit väl tilltagen för detta. Det har inte funnits något mindre ingripande sätt att genomföra upphandlingen på samtidigt som fördelarna med en gemensam upphandling hade kunnat tas tillvara.

ASTAB Hälsa AB (ASTAB) motsätter sig bifall till överklagandet och hänvisar till det som anförts i förvaltningsrätten. Bolaget anför därutöver bl.a. följande. Det finns i praktiken inte någon möjlighet för ett ensamt bolag att tillgodose samtliga fyra aktuella landsting med läkare inom samtliga specialiteter. När landstingen ställs inför detta blir konsekvensen att de är tvungna att anlita läkare från andra bolag och då kommer priserna att drivas upp. Det finns inte något direkt eller logiskt samband mellan omsättning och kvalitet. Ett litet bolag med enbart erfarna specialister kan garantera bättre kvalitet än

ett stort bolag med många ST-läkare. Små bolag har dessutom bättre förutsättningar för att leverera individuella lösningar som kan garantera kontinuitet, eftersom personalomsättningen är lägre i små bolag. Reglerna för offentlig upphandlingen är till för att främja konkurrensen och för att åstadkomma bättre priser. Det är konkurrensbegränsande att endast välja ett bolag som leverantör och en monopolliknande situation uppstår där nystartade och små bolag utesluts. LOU innebär att alla bolag ska kunna vara med och delta i upphandlingar. Landstingen ser inte till kvalitet, patientsäkerhet eller lägsta pris utan endast till kriteriet avseende omsättning. ASTAB kommer att lida ekonomisk skada om upphandlingen får slutföras.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågorna i målet är dels om landstingen brutit mot LOU eller de gemensksrättsliga principerna för offentlig upphandling genom att genomföra en gemensam upphandling samt i upphandlingen föreskriva att ramavtal ska tecknas med en leverantör, dels om landstingen har haft objektiva skäl för att bestämma ett omsättningskrav på 35 miljoner kr under första halvåret 2009 och om ett sådant krav är nödvändigt för att tillförsäkra att leverantören ska kunna fullgöra åtagandena i avtalet.

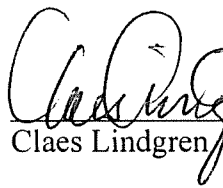
Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemensksrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

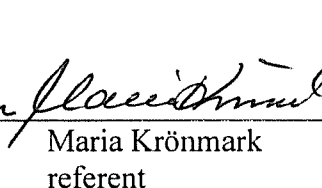
Något principiellt hinder för upphandlande myndigheter att gå samman och genomföra en gemensam upphandling eller att teckna ramavtal med en leverantör finns inte. Det följer dock av de grundläggande principerna för upphandling att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Den aktuella upphandlingen avser leverans av hyrläkartjänster till fyra landsting under två år med möjlighet till förlängning ytterligare två år. Av utredningen framgår att landstingen mottagit 14 anbud. Mot bakgrund av detta och med beaktande av de administrativa aspekter som landstingen påtalat samt vikten av patientsäkerheten, finner kammarrätten att det förhållandet att landstingen valt att endast anta en leverantör inte innebär att upphandlingen genomförts i strid med LOU eller de grundläggande principerna för upphandling. Landstingen kan således inte anses ha använt ramavtalet på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att det till följd av detta föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

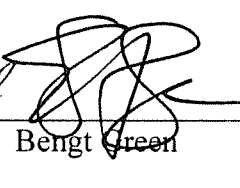
Landstingen har ställt krav på att leverantörerna ska ha en omsättning om minst 35 miljoner kr under det första halvåret 2009 och motiverat kravet med att den leverantör som antas ska ha sådan kapacitet att den kan klara av att fullgöra kontraktet och de åtaganden som detta medför. Av anbudsgivarna har 12 uppfyllt omsättningskravet. En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en leverantörs ekonomiska kapacitet och det finns därvid inte något hinder mot att myndigheten ställer krav på en viss omsättning. Mot bakgrund av vad som framkommit angående omfattningen av det åtagande som upphandlingen avser samt den typ av verksamhet som upphandlas framstår, enligt kammarrättens mening, det obligatoriska kravet på en viss omsättning som relevant och grundat på objektiva skäl. Kravet måste även beloppsmässigt anses stå i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa. Det har vidare varit möjligt för leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Kravet på viss omsättning kan därför inte anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Kammarrätten finner sammantaget, att det förhållandet att landstingen gått samman och genomfört en upphandling och därvid föreskrivit att endast en leverantör ska antas samt att landstingen ställt krav på en omsättning om minst 35 miljoner kr under det första halvåret 2009, inte innebär att den aktuella upphandlingen genomförs i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Claes Lindgren


Maria Krönmark
referent


Bengt Green

Föredragande: Johan Nordström /JN



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2010-04-08
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1293-10
BILAGA A

KLAGANDE

ASTAB Hälsa AB, 556515-4258
Prostkvärnsgatan 36
554 46 Jönköping

MOTPARTER

1. Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

2. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

3. Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

4. Landstinget Kronoberg
351 88 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Landstingens upphandling avseende hyrläkartjänster ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande i beslut den 1 februari 2010 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 2927

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	0470-869 50	måndag – fredag 08.00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Kalmar län genomför en samordnad upphandling för sig och Landstinget i Jönköpings län, Landstinget i Östergötlands län och Landstinget i Kronobergs län i syfte att teckna ramavtal avseende hyrläkare. Anbudstiden gick ut den 29 januari 2010. Länsrätten i Kalmar län har i interimistiskt beslut den 1 februari 2010 förordnat om att upphandlingen inte får slutföras innan domstol har prövat målet eller förordnat på annat sätt.

Förutom ASTAB Hälsa AB har även Medixx European APS och Svensk läkartjänst LILAB ansökt om överprövning av nu aktuell upphandling (förvaltningsrättens mål nr 1233-10 och 1605-10).

ASTAB Hälsa AB har begärt överprövning av landstingens upphandling avseende hyrläkartjänster och anför bl.a. följande. Upphandlingen strider mot gällande konkurrensregler genom att upphandlande landsting kräver en mycket hög årsomsättning, vilket exkluderar välfungerande små, medelstora och nystartade företag. Vidare avser landstingen att teckna avtal med endast en leverantör. I och med detta bryter man mot artikel 32.2, femtestycket i direktiv 2004/18/EG där det sägs att en upphandlande myndighet ej får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt, eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. En upphandlande myndighet ska överväga hur ett ramavtal ska utformas för att uppnå konkurrens. Uppenbarligen räknar landstingen med att halva Sveriges läkarkår ska ansluta sig till ett enda bemanningsföretag. Sammangåendet av fyra landsting är att se som en kartellbildning, vilket knappast borde vara förenligt med EU:s regler.

Landstingen hemställer om att förvaltningsrätten ska lämna ansökan om överprövning utan bifall och anför bl.a. följande. Under 2009 avropade landstingen gemensamt hyrläkare för 130-140 miljoner kronor. Syftet med omsättningskravet är att tillförsäkra att den leverantör som antas under hela

avtalstiden har kapacitet att leverera de efterfrågade tjänsterna till samtliga fyra landsting. Fullgör inte leverantören sitt åtagande medför detta att vårdtagarna inte får den vård som de har rätt till. Vid framtagandet av förfrågningsunderlaget gjordes en grundlig marknadsanalys som gav vid handen att det finns minst 12 presumtiva anbudslämnare i Norden. Nivån tillförsäkrar en effektiv konkurrens. Skallkravet står i proportion till vad som upphandlas i målet och utestänger inte små och medelstora företag från upphandlingen. I Kommissionens rekommendation 2003/361/EG definieras små och stora företag. Enligt tidigare praxis har en upphandlande myndighet rätt att ställa krav på omsättning (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 september 2006 i målnr 4320-06 samt dom den 18 mars 2008 i målnr 6010-07). Om ett dotterbolag i en koncern lämnar anbud med åberopande av moderbolagets omsättning skall moderbolaget lämna en bindande utfästelse att överta och fullgöra samtliga åtaganden som åligger anbudsgivare i fall denne inte uppfyller ramavtalet. Landstingen vill klargöra att ramtalet omfattar fyra landsting, varav fyra små. Det vore ytterst långsökt att betrakta detta som en kartellbildning. Ett bolag som inte uppfyller omsättningskravet har enligt LOU även möjlighet att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, vilket möjliggör samarbete med en annan leverantör. Av denna anledning anser landstinget att konkurrensen på marknaden kan tillvaratas. Enligt 5 kap LOU ges möjlighet att träffa avtal med en leverantör. Tillräckligt många leverantörer kan lämna anbud i upphandlingen för att säkerställa konkurrensen. Av denna anledning är det i sin ordning att teckna avtal med endast en leverantör. Syftet med att anlita en leverantör är att ett avropsförfarande tar tid och att det kan inverka menligt på vården och landstingens skyldighet att tillse att sjukvårdande verksamhet bedrivs så att patientsäkerheten upprätthålls. Utformningen av förfrågningsunderlaget snedvrider inte konkurrensen och de gemenskapsrättsliga principerna har inte trätts förnär. Kravet på att anbudsgivaren ska ha flera års erfarenhet är ställt mot bakgrund av uppdragets omfattning samt att säkerställa att anbudsgivarna har den kapacitet och

erfarenhet som krävs för uppdragets utförande. Kravet står även i överensstämmelse med 11 kap. 11 § 2 p. LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I punkt 2.3.3. i förfrågningsunderlaget anges följande beträffande anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning.

Anbudsgivare och eventuella underleverantörer, skall ha en stabil ekonomisk bas och ha tillgång till resurser som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Anbudsgivaren skall styrka en omsättning på minst 35 miljoner kr första halvåret 2009. Anbudsgivaren skall i sitt anbud styrka detta omsättningskrav genom att bifoga ett undertecknat dokument av företagets anlitate revisor eller motsvarande för utländska budgivare.

I punkt 2.3.4. anges följande beträffande anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Anbudsgivare och eventuella underleverantörer, skall ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Anbudsgivare ska ha flera års erfarenhet av läkarförmedling till offentlig sektor. För att styrka detta skall anbudsgivaren bifoga en förteckning över de viktigaste tjänsteuppdragen som utförts under de tre senaste åren till offentlig sektor.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 användas.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Vid tillämpning av ett annat förfarande än direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt

9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att landstingen har för avsikt att teckna avtal med en leverantör som ska tillhandahålla hyrläkare till samtliga landsting under den avsedda avtalsperioden.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande och att det inte finns några principiella hinder mot att myndigheten uppställer krav på att anbudsgivare ska ha en viss omsättning. Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna, däribland proportionalitetsprincipen. Hänsyn måste i sammanhanget tas till den typ av tjänst som upphandlingen avser, samt till om de krav som ställs är nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen.

I förevarande fall medför det aktuella skallkravet att landstingen helt utesluter anbudsgivare som inte uppnår ett omsättningskrav om 35 miljoner kronor för första halvåret 2009 från upphandlingen. Då det uppställda kravet således innebär en konkurrensinskränkning krävs, för att kravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen, att det ska vara lämpligt och effektivt i förhållande till syftet, att det inte funnits ett mindre ingripande alternativ och att kravet står i proportion till konkurrensinskränkningen och den skada som leverantören åsamkas.

Att landstingen gör en gemensam upphandling finns det inget att invända emot. Emellertid innebär omständigheten att de upphandlande myndigheterna har valt formen att teckna ett ramavtal med en leverantör som ska förse samtliga landsting med hyrläkare under avtalsperioden, tillsammans med kravet att en anbudsgivare ska visa en omsättning om 35 miljoner kr under det första halvåret 2009 att det endast är möjligt för ett fåtal anbudsgivare att kvalificera sig. Enligt förvaltningsrättens mening finns det möjligheter att upphandla hyrläkartjänster genom andra mindre ingripande alternativ som skulle framstå som mer gynnande för konkurrensen utan att kvaliteten på sjukvården eller patientsäkerheten eftersätts. Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning att de åtgärder som det är fråga om i aktuell upphandling är oproportionerliga i förhållande till det syfte som upphandlingen avser. Det fel som begåtts har påverkat det uppsökande skedet. Någon annan åtgärd än att göra om upphandlingen finns därför inte. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Maria Norrman

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.