



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-09-09
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3089-13 E
Enhet 2

SÖKANDE

PL'ENT Kliniken AB, 556903-4779

Ombud: Prosent AB
Södrabogränd 3
352 51 Växjö

MOTPART

Landstinget Västmanland, Upphandlingservice
721 89 Västerås

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 97888

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

Telefax
018-16 73 43
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget Västmanland genomför en upphandling av Privat öron-, näs- och halsmottagning, med diarienummer 13-078.

I upphandlingens förfrågningsunderlag anges bland annat följande om utvärdering av anbud (punkt 2.10.3).

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ovan, kommer det anbud som är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till viktade utvärderingskriterier enligt nedan angivna uppställning. Utvärderingskriteriernas innebörd specificeras i bilaga TJVT2 kravspecifikation.

Vid utvärderingen poängsätts varje kriterium utifrån en skala på 0-5, beroende på hur väl anbudet uppfyller det aktuella kriteriet. Anbudsgivarens poäng för kriteriet multipliceras sedan med kriteriets vikt.

Kriterium	
Yrkeserfarenhet	70
Kvalitetsvalidering	30

I bilaga TJVT2, punkt 3. "Utvärderingskriterier" anges bland annat följande.

3.1. Yrkeserfarenhet

Offererad läkare, bör ha mer än tre års erfarenhet inom den aktuella specialiteten som specialist med svenskt specialistbevis. Antal år (vid anbudsintämmandet) som yrkesverksam specialistläkare på öron-, näs- och halsmottagning kommer att utvärderas.

Ange yrkesverksam tid som specialitläkare inom sjukhusansluten öron-,
näs- och halsmottagning alternativt på öron-, näs- och halsmottagning med
avtal med ett landsting.

Poängskala:

3 år	0 poäng
4 år	1 poäng
5 år	2 poäng
6 år	3 poäng
7 år	4 poäng
8 år eller mer	5 poäng

3.2. Kvalitetsvalidering

Leverantörens offererade läkare bör ha dokumenterad godkänd svensk spe-
cialisttentamen inom öron-, näs och hals.

I rättelse har landstinget angivit att ”Med anledning av att det kan uppfattas
som konkurrenshämmande vill vi meddela att även ett specialisttentamens-
bevis inom öron-, näs och hals som är utfärdat inom EU kommer bedömas
likvärdigt.

Förvaltningsrätten beslutade den 25 juni 2013 att avtal i upphandlingen
inte får ingås innan något annat har bestämts.

YRKANDEN

PL'ENT Kliniken AB ansöker om överprövning och yrkar att förvaltnings-
rätten ska besluta att upphandlingen ska göra om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan om överprövning.

GRUNDER OCH UTVECKLANDE AV TALAN

Bolget anför i huvudsak följande

Utvärderingskravet om yrkeserfarenhet

Av landstingets utvärderingskrav följer att det bara går att tillgodogöra sig yrkesverksam tid som specialist i en mottagning som har avtal med landstinget. Då bolagets offererade läkare har yrkesverksamma år i Storbritannien som överläkare räknas dessa inte. Landstinget tycks mena att kunskap i svensk sjukvård endast kan verifieras med svensk yrkeserfarenhet. Kravet strider mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande.

Alla vårdgivare har ett patientsäkerhetsansvar. Erfarenhet om landstingets organisation/vårdkedjor är självklart positivt men ska inte övervärderas då risk för "hemmablindhet" finns. En aktör med erfarenhet från andra organisationer kan se missförhållanden och kan i samverkan med landstinget förbättra vårdkedjor och patientsäkerhet.

Utvärderingskravet om kvalitetsvalidering

Landstingets utvärderingskrav om kvalitetsvalidering är konkurrenshämmande och strider mot icke-diskrimineringsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande, oavsett landstingets rättelse. Det strider också mot proportionalitetsprincipen. Kravet är inte lämpligt och effektivt för att mäta läkarnas kvalitet. När en läkare får sin specialistkompetens finns möjlighet att skriva specialisttentamen. Den är helt frivillig och inget krav från Socialstyrelsens sida för att få arbeta som specialistläkare. Det finns ingen information om specialisttentamen på Sveriges läkarförbunds eller på Socialstyrelsens hemsida, så det är inget erkänt förfarande att bedöma en läkarens kompetens. Till exempel kan man bedöma forskningsmeriter, referenser eller liknande. Kravet är direkt avgörande för bolagets möjlighet att vinna upphandlingen.

Det verkar som att en omfattande icke-svensk strukturerad kvalitativ erfarenhet, där muntlig och praktisk bedömning av en persons kompetens inklusive provperiod inte bedöms lika som den frivilliga svenska specialisttentamen. En sådan icke-svensk ackreditering är GMC i England. Bolaget har genomfört en sådan och därefter arbetat som consultant, motsvarande överläkare. Även om det förekommer liknande specialisttentamina inom EU så är sådan i vart fall likvärdigt med en motsvarande ackreditering.

Landstinget anför i huvudsak följande

Landstinget har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget har vidare varken lidit eller kunnat lida skada.

Ersättningen i upphandlingen är på förhand fastställd och kommer att beräknas utifrån lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning. Eftersom det är nödvändigt att särskilja de kvalificerade anbudsgivarna på något sätt och priset inte kan tilldelas som tilldelningsgrund har landstinget valt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i detta fall det anbud som ger landstinget mest kvalitet för den på förhand fastställda ersättningen. Landstinget har valt att mäta kvaliteten med hjälp av två inbördes viktade kriterier; yrkeserfarenhet och kvalitetsvalidering.

Att ge mervärde för de aktuella utvärderingskraven har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven är både lämpliga och nödvändiga för att uppnå önskat mervärde och det saknas andra mindre ingripande alternativ. Kriterierna gäller lika för samtliga leverantörer oavsett examensår och utbildningsort/-land. Landstinget ger inte mervärde för yrkeserfarenhet förvärvat före legitimation och specialistbevis eller i annat land eftersom landstinget bedömt att denna erfarenhet inte säkerställer att leverantören förvärvat nödvändig praktisk erfarenhet.

Landstinget har svårt att se att bolaget lidit eller riskerar att lida skada till följd av kriterierna då bolaget, enligt vad som framgått av skriftväxlingen, valt att inte lämna något anbud trots att det enligt vad landstinget kan förstå uppfyller kraven i upphandlingen.

Utvärderingskravet om yrkeserfarenhet

Landstinget har det övergripande ansvaret för en fungerande vårdkedja. Därför värdesätter landstinget sådan yrkeserfarenhet som efterfrågas. Enligt landstingets erfarenhet är det generellt så att en läkare som har längre erfarenhet inom vårdkedjan fungerar bättre i sin roll inom densamma. Detta innebär mervärden för landstinget, eftersom en fungerande vårdkedja minskar utrymmet för avvikelser och på så sätt ökar patientsäkerheten. Dessutom är en leverantör mindre kostnadsdrivande för landstinget ju mer självgående den är.

Bolaget tycks mena att det, för att garantera en hög kvalitet på leverantören, är tillräckligt att denne innehar legitimation och bevis om specialistkompetens. Landstinget har ställt kravet om yrkeserfarenhet för att säkerställa att leverantören har tillräcklig erfarenhet av att praktiskt tillämpa sin kompetens inom ramen för svensk sjukvårdslagstiftning, sjukvårdsorganisation och sjukvård för att landstinget i förlängningen ska kunna trygga sitt övergripande ansvar för leverantörens verksamhet som vårdgivare i en fungerande vårdkedja.

Utvärderingskravet om kvalitetsvalidering

Det förhållande att en leverantör valt att tentera sina kunskaper och klarat tentamen med godkänt resultat innebär ett mervärde för landstinget. På så sätt kan leverantören förutsättas ha de kunskaper som tentamen omfattar och som landstinget värdesätter. Det rör sig om ett faktiskt önskemål från landstingets sida och det kan inte anses vara konkurrenshämmande så som

bolaget gör gällande. Ingen leverantör kommer att uteslutas från upphandlingen därför att den saknar specialisttentamen med godkänt resultat.

Bolaget synes mena att det uppfyller kriteriet, men att det trots det är begränsande.

DOMSKÄL

PL'ENT har ansökt om överprövning upphandlingen och anför att utvärderingskraven om yrkeserfarenhet och kvalitetsvalidering strider mot de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Om så är fallet och bolaget därigenom kan komma att lida skada ska förvaltningsrätten enligt 16 kap. 6 § LOU förordna att upphandlingen ska göras om.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten följande. De i målet aktuella kraven är utvärderingskrav i en upphandling. De utgör således inga direkta hinder för anbudsgivare att offerera läkare med utbildning eller yrkeserfarenhet från annat EU-land. Även utvärderingskrav kan emellertid få effekten att det blir mindre attraktivt för företag vars läkare inte har fått sin utbildning och praktiserat i Sverige att utöva de grundläggande friheter som garanteras av Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, FEUF (jämför EU-domstolens mål C-234/03 Contse).

Utvärderingskravet om kvalitetsvalidering

Erkännande av yrkeskvalifikationer för läkare är harmoniserat och regleras i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (yrkeskvalifikationsdirektivet). Området är harmoniserat så att viss utbildning, exempelvis specialistkompetens inom öron-, näs- och halssjukdomar, motsvaras av utbildningar i övriga EU-länder.

Varje medlemsstat ska enligt artikel 21 erkänna de bevis på formella kvalifikationer som läkare som ger tillträde till yrkesverksamhet som läkare med grundutbildning och som specialistläkare m.m. genom att ge innehavare av dessa bevis på formella kvalifikationer tillträde till och rätt att utöva yrket på samma villkor som innehavare av de bevis på formella kvalifikationer som utfärdats av denna medlemsstat.

Kravet om kvalitetsvalidering innebär att högre krav ställs på den utländska arbetskraften än vad som följer av yrkeskvalifikationsdirektivet. Att EU-regleringen på ett område är harmoniserad innebär emellertid inte att myndighet är förhindrad att vid en offentlig upphandling ställa upp krav som är mer långtgående av tillämplig unionslagstiftning (jämför Kammarrätten i Stockholms dom 2841-11). Däremot får krav inte utgöra sådana åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av unionsrätten (Contse).

Till sin utformning är landstingets krav om ”kvalitetsvalidering” inte diskriminerande, då landstinget efter rättelse godtar specialisttentamina avlagda i alla EU-länder. Systemet för ömsesidigt erkännande av yrkeskvalifikationer omfattar dock inte sådana tentamina och högre krav ställs således på den utländska arbetskraften än vad som följer av yrkeskvalifikationsdirektivet. Emellertid finner förvaltningsrätten att bolaget inte anfört, än mindre visat, att motsvarande specialisttentamina saknas i övriga EU-länder. Det har följaktligen inte framkommit i målet att utvärderingskravet kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av unionsrätten. Av föregående stycken följer att kravet om kvalitetsvalidering inte strider mot principerna om ömsesidigt erkännande och icke-diskriminering.

Vidare har bolaget anfört att kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndighet har långtgående möjligheter att fritt utforma ett förfrågningsunderlag och bestämma vad som ska upphandlas. Att kravet är proportionerligt innebär bland annat att det måste vara kopplat till föremålet för upphandlingen, d.v.s. det ska avse och påverka just den efterfrågade tjänsten (jämför RÅ 2010 ref. 78). Kravet får vidare enligt samma avgörande inte vara godtyckligt eller uppenbart osakligt.

Det är uppenbart att det aktuella utvärderingskravet har en koppling till föremålet för upphandlingen. Det framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det saknas vid sådant förhållande anledning att pröva om avlagd specialisttentamen är ett effektivt mått på läkares kvalitet.

Av ovanstående resonemang följer att landstingets utvärderingskrav om kvalitetsvalidering ska godtas.

Yrkeserfarenhet

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt i målet att utvärderingskravet för yrkeserfarenhet innebär att erfarenhet förvärvad i Sverige kan bedömas annorlunda än motsvarande erfarenhet förvärvad i ett annat EU-land. Kravet innebär att anbudsgivare vars offererade läkare praktiserat i Sverige får ett fördelaktigt utgångsläge gentemot andra anbudsgivare. Detta innebär att anbudsgivare som offererar läkare med sådan yrkeserfarenhet har en betydligt minskad chans att vinna upphandlingen, om de ens lämnar anbud. Skall-kravet utgör således en sådan nationell åtgärd som kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget (närmast fri rörlighet för tjänster och arbetstagare i aktuellt fall).

Sådana åtgärder ska i enlighet med fast rättspraxis uppfylla fyra villkor för att vara förenliga med fördraget. De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (proportionalitet). Undantag från huvudregeln om fri rörlighet ska i enlighet med EU-domstolens praxis tolkas restriktivt och det är landstinget som har bevisbördan för att kraven i förfrågningsunderlaget är i överrensstämmande med de unionsrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet.

Flera sådana grunder, eller allmänintressen, följer direkt av FEUF. I målet är uppenbart att skyddet för människors hälsa aktualiseras. För att börja erhålla poäng enligt utvärderingskravet ska offererad läkare ha minst fyra års erfarenhet. Landstinget har anfört att denna ska vara från svensk sjukvård att säkerställa att leverantören har tillräcklig erfarenhet av att praktiskt tillämpa sin kompetens inom ramen för svensk sjukvårdslagstiftning, sjukvårdsorganisation och sjukvård. Förvaltningsrätten kan konstatera att utvärderingskriteriet innebär att en offererad läkare med fyra års erfarenhet från en svensk öron-, näs-, och halsmottagning utvärderas bättre än en med tre års erfarenhet från svensk mottagning och tio års erfarenhet från motsvarande mottagning i ett annat EU-land. Landstinget har enligt förvaltningsrättens mening inte visat att öron-, näs- och halssjukvård inom den svenska vården är så särpräglad att erfarenhet från andra länder i jämförelse därmed helt ska sakna värde, så som blir fallet i exemplet ovan. Av detta följer att utvärderingskravet om yrkeserfarenhet, i dess nuvarande form, inte visats vara nödvändigt för att säkerställa skyddet för människors hälsa.

Förvaltningsrätten konstaterar således att utvärderingskravet om yrkeserfarenhet strider mot icke-diskrimineringsprincipen. Bolaget har härigenom

kunnat lida skada. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således. Den enda åtgärd som kan ifråga är att upphandlingen ska göras om.

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



Annika Lowén

rådman

Målet har handlagts av Erik Edström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.