



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2014 -03- 3 1
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 7224-13

KONKURRENSVERKET	
2014-04-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Gertrud Care AB, 556801-1067
 Västra Storgatan 53
 291 53 Kristianstad

MOTPART

Kristianstads kommun
 Västra Storgatan 10-12
 291 80 Kristianstad

SAKEN

Rättelse enligt lagen om valfrihetssystem (LOV)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 198122

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Kristianstads kommun har den 1 maj 2012 tecknat avtal med Gertrud Care AB i kommunens kundvalssystem "Fritt val i hemtjänsten" enligt lagen om valfrihetssystem (LOV). I skrivelse till leverantörerna enligt LOV den 27 juni 2013 meddelar Kristianstads kommun att kommunen avser att strikt tillämpa "tak för ersättningsvolym" som grund för ersättning. Som sådant tak gäller den månatliga summan av beviljad volym för insatser enligt socialtjänstlagen och delegerade insatser enligt hälso- och sjukvårdslagen. De sistnämnda insatserna schablonberäknas som 14 procent av leverantörens samtliga socialtjänstinsatser för hemtjänst utom ledsagning och avlösning. Om utförd kundtid för månad överstiger detta tak, måste leverantören kunna visa att vårdtyngden på grund av tillfälliga utökningar, dubbelbemanning för arbetsmiljöskäl eller annat dokumenterat skäl, som prövas av omsorgsförvaltningen, motiverar en högre kundtid. Sammanfattningsvis innebär detta att synnerliga skäl måste föreligga för att ersättning ska utbetalas utöver taket.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNINGAR

Gertrud Care AB har begärt rättelse enligt 10 kap. 1 § LOV jämfört med 1 kap. 2 § LOV. Som skäl härför har bolaget anfört följande. Relaterat till ersättning för utförda tjänster blir de inte behandlade på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. De mottar beställningar från kommunen gällande kunder som valt dem som leverantörer av tjänster. I beställningen står angiven vilka insatser som ska utföras samt den totala tidsåtgången för beställda insatser. Kommunen använder sig av ett schablonsystem för beräkning av insatstider. Schablonerna för samtliga insatser uppgår till den totala tiden hos den aktuella kunden. Våren 2013 mottog de en beställning för en ny kund. Kundens totala insatstid uppgick enligt schablonen till cirka 88 timmar per månad. Efter granskning av utredningen gjord av bi-

ståndshandläggare med efterföljande hembesök uppdagades att kunden har ett mycket omfattande omvårdnadsbehov. Vårdbehovet är enligt Gertrud Care AB:s bedömning cirka 220 timmar per månad. De har nu verkställt efter kundens behov vilket har resulterat i en kraftig överstigning av ersättningstaket. Ersättningstaket är de totala insatserna för samtliga beställningar till företaget för innevarande månad. Kommunen hävdar att när bolaget överstiger taket så måste de motivera varför verkställda insatser överstiger taket. Enligt LOV ska det inte differentiera mellan aktörer utan leverantörer ska bli likvärdigt behandlade enligt lagen. Ett företag med större kundvolym har alltså inte blivit ombedda att motivera den ökade tidsåtgången relaterat till en större kundvolym. Härmed kan kunderna drabbas beroende på kundvolymen hos den valda leverantören. Kundernas insatser ska ej vara beroende av företagets kundvolym utan på det faktiska biståndsbedömda behovet.

Kristianstads kommun har yrkat att ansökan ska avvisas och anfört följande. Avtal har tecknats med Gertrud Care AB. Eftersom endast uteslutna leverantörer kan anses ha lidit eller komma att lida skada så saknar bolaget laglig möjlighet att ansöka om rättelse. I den mån avtalsvillkoren är tvistiga får dessa prövas enligt de regler som gäller i avtalsförhållanden. I sak anför kommunen följande. Kommunens ersättningsmodell framgår av förfrågningsunderlaget. För den enskilde leverantören innebär ersättningssystemet att för vissa kunder utnyttjas mer än schablontiden och för andra mindre. Gertrud Care AB hävdar, att det är individens behov som ska ligga till grund för ersättningsnivåerna. Självklart ska varje kund få sitt behov tillgodosett men samtidigt kan inte kommunen överlämna till leverantören att fritt bestämma insatstimmarna. Under längre tidsperiod är ersättningssystemet rättvist och missgynnar inte leverantör med mindre volymer. Däremot kan det initialt, när leverantör får ny kund, uppstå ökade kostnader för leverantören. Möjlighet finns också om leverantör motiverar kostnad utöver "taket" att efter särskilt beslut få ersättning. Sammantaget hävdar

kommunen att ersättningsnivåerna är väl avvägda utifrån kommunens intressen av att kunna överblicka kostnaderna och leverantörernas rätt att få kostnadstäckning för utförda åtgärder.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

I 1 kap. 2 § LOV anges följande principer för valfrihetssystemet. Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem.

I 2 kap. 1 § och 3 § LOV anges att med förfrågningsunderlag avses sådant underlag för ansökan som att delta i ett valfrihetssystem som en upphandlande myndighet tillhandahåller och att med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster som avses i 1 kap. 1 § första stycket. Med leverantör avses också en grupp av leverantörer.

I 10 kap. LOV stadgas följande om rättelse.

1 § En leverantör, som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot en bestämmelse i denna lag, får ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol.

Endast den sökande som inte godkänts får ansöka om rättelse av den upphandlande myndighetens beslut enligt 8 kap. 1 §.

En ansökan om rättelse ska inges skriftligen.

2 § 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.

I lagförarbetena (prop. 2008/09:29, s. 103 – 104, 146) sägs beträffande talerätt vad angår fråga om överträdelse av LOV förutom i fråga om godkännandebeslut. En leverantör som gör gällande att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i den föreslagna lagen har rätt att ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol. Domstolen ska göra en bedömning av huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i lagen, t.ex. ställt diskriminerande krav i förfrågningsunderlaget. Om domstolen bedömer att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse och leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen besluta att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse. Av definitionen i 2 kap. 3 § följer att detta gäller såväl leverantörer som deltar i ett valfrihetssystem som sökande som inte godkänts.

Talerätt

Gertrud Care AB:s begäran om rättelse avser inte sådant beslut som åsyftas i 10 kap. 1 § andra stycket. Bolagets invändningar hänför sig till de grundläggande principerna i 1 kap. 2 § LOV och bolaget kan därför bedömas ha talerätt enligt 10 kap. 1 § LOV.

Vid upphandling gäller att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Det är inte möjligt att positivt eller negativt särbehandla olika typer av leverantörer t.ex. beroende på storlek eller typ av företag. I lagförarbetena till LOV (prop. 2008/09:29 s. 44 och s. 61) sägs följande. Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. vid samma tillfälle få den information som är relevant för upphandlingen. Kravet på likabehandling och icke-diskriminering medför att alla ansökningar från leverantörer om att delta i valfrihetssystemet ska behandlas lika i alla skeden av förfarandet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.