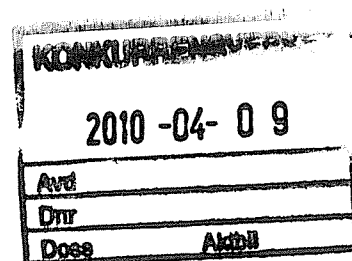



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**
DOM
2010-04-08
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1233-10

SÖKANDE

Medixx European APS, 502066-4859
Gribskovvej 2
2100 Köpenhamn
Danmark

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 2691

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Kalmar län genomför en samordnad upphandling för sig och för Landstinget i Jönköpings län, Landstinget i Östergötland och Landstinget i Kronoberg 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 Medixx European APS har även ASTAB Hälsa AB och Svensk läkartjänst LILAB ansökt om överprövning av nu aktuell upphandling (förvaltningsrättens målnr 1293-10 och 1605-10).

Medixx European APS har ansökt om överprövning av landstingens upphandling om att teckna ramavtal avseende hyrläkare. Som grund för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är diskriminerande, konkurrensbegränsande och uppfyller inte erforderliga krav på proportionalitet. Upphandlingen har inte genomförts på ett sätt som uppfyller kraven i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har i egenskap av anbudsgivare lidit skada av den felaktiga hanteringen. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. En upphandlande myndighet måste överväga hur ramavtalet ska formuleras för att förhindra otillbörligheter och maximal konkurrens, samt underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Omsättningskravet på 35 miljoner kr första halvåret 2009 innebär en diskriminering. Landstingens syfte med kravet framgår inte. Det är orimligt att vissa företag ska kunna åberopa moderbolagets omsättning. Omsättning är ingen garanti för finansiell kapacitet eller ekonomisk stabilitet. Som kravet är formulerat diskrimineras en majoritet av branschens leverantörer för att medverka i upphandlingen. Detta är allvarligt konkurrensbegränsande och oproportionerligt. Landstingen har valt att bara anlita en leverantör att leverera samtliga hyrläkartjänster. Anled-

ningen framgår inte av förfrågningsunderlaget. Landstingen har uppgett att det är administrativt krångligt med flera avrop och att dessa inte skulle kunna ske i ordning. Att genomföra upphandlingen med föreliggande förfrågningsunderlag innebär att konkurrensen sätts ur spel och att en monopolsituation uppstår i de fyra länen. Tolv presumtiva anbudsgivare utgör en mycket liten skara sett till hela Norden. Att dessa tolv anbudsgivare är att se som små företag enligt EG-direktiv är helt irrelevant för denna upphandling. Landstingen utgör ca 20 procent av samtliga landsting i landet. Med denna analogi skulle de bara få kvar ca 5 leverantörer av samtliga landsting i landet.

Landstingen hemställer om att förvaltningsrätten ska lämna ansökan om överprövning utan bifall. Landstingen 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 utesluter 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. I den proposition som Medixx åberopar uppges att det kan vara olämpligt att teckna centrala ram-

avtal med få leverantörer för samtliga myndigheters räkning. Landstingen vill klargöra att ramtalet omfattar fyra landsting, varav fyra små. Ett bolag som inte uppfyller omsättningskravet har även möjlighet att enligt LOU 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 anlitade 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.

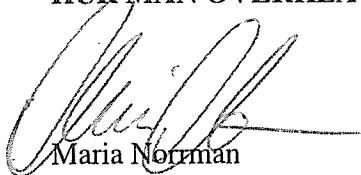
Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande och att det inte finns några principiella hinder mot att myndigheten uppställer krav på att anbudsgivare ska ha en viss omsättning. Alla krav måste 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 konkurrensinskränkning 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



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.