

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM

2008-04-07
Meddelad i
Linköping

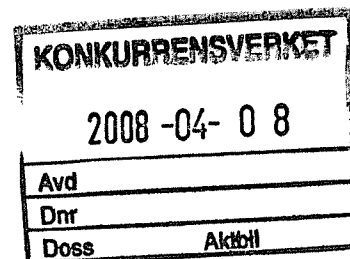
Mål nr
723-08 E
Rotel 5

SÖKANDE

Närvårdsbolaget Hamra HB, 969728-3639
c/o Krig
Åsvägen 15
612 40 Finspång

MOTPART

Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping



Ombud: Advokaten Anders Månsson och jur. kand. Lynda Ondrasek Olofsson, Setterwalls Advokatbyrå, Box 1050, 101 39 Stockholm

SAKEN

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

Landstinget i Östergötland (landstinget) beslutade den 22 maj 2007 att, under förutsättning att hälso- och sjukvårdsnämnden upprättar vårdavtal med den nya entreprenören, lämna medgivande till att verksamheten vid Närsjukvården i Finspång övertas av personalen och övergår i alternativ drift- och ägarform samt att uppdra till landstingsstyrelsens ordförande och landstingsdirektören att teckna överlåtelseavtal med den nya entreprenören. Beslutet överklagades enligt reglerna om laglighetsprövning till länsrätten som genom dom den 22 oktober 2007, mål nr 2225-07, avslog överklagandet.

Efter begäran om överprövning enligt gamla lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (GLOU) av landstingets upphandlingsprocess angående Närsjukvården i Finspång meddelade landstinget den 22 januari 2008 att beslut fattats om att avbryta den pågående upphandlingen. Länsrätten avskrev därför målet från vidare handläggning genom beslut den 29 januari 2008, mål nr 216-08. Därefter har landstinget uppgivit att man återupptagit upphandlingen.

Dok.Id 57557

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Landstinget, Hälso- och sjukvårdsnämnden, beslutade den 27 februari 2008 att avtal för närsjukvårdsuppdrag samt vårdcentralverksamhet skall tecknas med Närsjukvården i Finspång AB för en period av 5 år med möjlighet till förlängning 1 + 1 år, med de förbehåll som anges i avtal, samt att uppdraget åt närsjukvårdsdirektören i östra Östergötland att teckna avtalet. Den för Närsjukvården i Finspång AB framförhandlade ersättningen kommer att tas ur den ersättning som utbetalas till Närsjukvården i östra Östergötland.

Länsrätten har samma dag beslutat att landstinget inte får avsluta den aktuella upphandlingen samt att avtal med Närsjukvården i Finspång AB inte får träffas innan överprövning har genomförts eller rätten beslutar något annat.

Närvårdsbolaget Hamra HB (Närvårdsbolaget) ansöker om överprövning av landstingets upphandlingsförfarande och yrkar att upphandlingen skall göras om. Närvårdsbolaget anför bl.a. följande. Under den tid som förflutit sedan maj 2007 har landstinget fört diskussioner med två anställda inom Närsjukvården i Finspång (de två nuvarande verksamhetscheferna) om övertagande av verksamheten i privat regi. Dessa två anställda har med konsultstöd från landstingets entreprenörsenhet bildat ett aktiebolag. Bolagets namn är Närsjukvården i Finspång AB. Detta nybildade aktiebolag, med de två anställda som ägare, har fört förhandlingar med hälso- och sjukvårdsnämnden om ett vårdavtal. Beslut om vårdavtal med nämnda aktiebolag skulle ha fattats på hälso- och sjukvårdsnämndens möte den 22 januari 2008. Närvårdsbolaget begärde dock en överprövning av upphandlingen varvid landstinget den 22 januari 2008 skriftligen meddelade att man beslutat att avbryta den pågående upphandlingsprocessen. Det står nu klart att den aktuella upphandlingsprocessen ändå har fortsatt (alternativt återupptagits). Närvårdsbolaget nödgas därför åter aktualisera sin begäran till länsrätten om överprövning av upphandlingen. – Landstinget utgör en upphandlande enhet enligt GLOU samt även enligt LOU. Som upphandlande enhet

har landstinget planerat, förberett och står i begrepp att slutföra en upphandling av den verksamhet som bedrivs inom Närsjukvården i Finspång. Verksamheten utgörs av hälso- och sjukvård, enligt lagens definition en så kallad B-tjänst, med en årlig omsättning om tresiffriga miljonbelopp. Upphandlingen måste, enligt ovan anförda lagrum, bedömas som en otillåten direktupphandling. – Enligt 1 kap. 4 § GLOU skall en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Genom att vända sig till endast en leverantör bryter landstinget mot denna paragraf. I 1 kap. 9 § LOU uttrycks detta som att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer likvärdigt och på ett icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. – Direktupphandling får enligt 6 kap. 2 § GLOU endast användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Ingetdera av dessa två förutsättningar föreligger i detta fall. Landstinget står därför i begrepp att sluta ett vårdavtal som innebär brott mot denna paragraf. Motsvarande bestämmelser finns i 15 kap. 3 § LOU. – Närvårdsbolaget utgör en av flera potentiella leverantörer vid en regelrätt upphandling av Närsjukvården i Finspång. Bolaget måste därför anses lida skada eller komma att lida skada genom landstingets agerande i form av planering, föreberedelse samt genomförande av en enligt LOU otillåten direktupphandling.

Landstinget bestrider bifall till Närvårdsbolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Landstinget har inte genomfört någon otillåten direktupphandling och har inte heller på annat sätt brutit mot LOU i någon av de lydelse som kan vara tillämplig eller de gemenskapsrättsliga principerna som gäller för all upphandling på ett sätt som medfört att Närvårdsbolaget lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för beslut om åtgärder föreligger därför inte. – Landstinget planerar att överlåta en del av sin verksamhet till Närsjukvården i Finspång AB. Förfarandet är en överlåtelse av en verksamhet som inte omfattas av de upphandlingsrättsliga reglerna. Överlåtelsen innebär att bl.a. inventarier, lager, material, personal,

arbetsgivaransvar, bilar hänförliga till verksamheten, nyttjanderätt till hyreslokal, nyttjanderätt till teknisk utrustning, drift och risk avseende verksamheten övergår till Närsjukvården i Finspång AB. För detta erlägger Närsjukvården i Finspång AB en köpeskilling. En överlåtelse av en tidigare förvaltningsutförd verksamhet från ett offentligt organ utgör inte en upphandling. En sådan överlåtelse genomförd av en upphandlande enhet omfattas varken av GLOU eller av LOU. Kammarrätten i Stockholm har i domen den 22 februari 2008, mål nr 5127-07, tagit ställning till en kommunal verksamhet som övergått till enskild regi. I domen anges att kommunens avhändande av verksamhet inte utgör upphandling. Landstingets planerade avtal med Närsjukvården i Finspång AB innebär endast att verksamhet som tidigare utförts i landstingets regi överförs till enskild regi. – Även om länsrätten skulle anse att överlåtelsen innefattar element av upphandlingsliknande förfaranden, skall de upphandlingsrättsliga reglerna ändå inte tillämpas. Detta eftersom det upphandlingsliknande elementet är av sådan underordnad betydelse i förhållande till syftet med transaktionen (se EG-domstolens dom i mål C-331/92) och eftersom det inte är möjligt att särskilja det upphandlingsliknande elementet från överlåtelsen. Det upphandlingsliknande elementet är således begränsat till vad som är nödvändigt och skäligt för att finna en övertagare av den verksamhet som skall överlåtas till enskild regi (se Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, avsnitt 6.195-6.200). Vid bedömning av överlåtelse av verksamhet till enskild regi är EG-domstolens dom i mål C-331/92 av intresse. Domen avsåg upphandling av två koncessioner, en för att öppna och driva ett kasino i ett hotell i Las Palmas, Gran Canaria, och en för att driva själva hotellet. Endast en anbudsgivare kunde vinna båda upphandlingarna. I koncessionerna ingick även uppdrag som innebar bygg- och anläggningsarbeten. Domstolen ansåg att de bygg- och anläggningsarbeten som skulle utföras på hotellet endast var av underordnad betydelse i förhållande till kontraktets huvudsakliga syfte. Tilldelningen kunde därför inte kategoriseras som ett bygg- och anläggningskontrakt enligt direktiv 71/305 utan utgjorde en underordnad del i

en tjänstekoncession vars upphandling därmed inte omfattades direkt av de upphandlingsrättsliga direktiven. – Både upphandlingsrätten och den närliggande konkurrensrätten har sin grund i EG-rätten. Nationella bestämmelser skall tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten. Det sätt på vilket upphandlingsrätten tillämpas på en överlåtelse kan därför jämföras med konkurrensrättens regler om accessoriska begränsningar. Begränsningar som har ett direkt samband med, och är nödvändiga för genomförandet av en företagskoncentration, s.k. accessoriska begränsningar, anses normalt godtagbara från konkurrenssynpunkt. Ett upphandlingsliknande förfarande som är av underordnad betydelse i en överlåtelse är att jämställa med en sådan konkurrensrättslig accessorisk begränsning. – Sammanfattningsvis innebär landstingets planerade avtal med Närsjukvården i Finspång AB endast att verksamhet som tidigare har utförts i landstingets regi överförs till enskild regi. Om länsrätten skulle anse att överlåtelsen innehåller element av upphandlingsliknande förfaranden, är inte detta tillräckligt betydelsefullt i överlåtelsen för att medföra att överlåtelsen i sin helhet skall omfattas av de upphandlingsrättsliga reglerna. Elementet är inte heller särskiljbart från överlåtelsen.

I gemmäle anför Närvårdsbolaget bl.a. följande. I samtliga beslutsunderlag som förberetts för beslut och använts som underlag för beslut i hälso- och sjukvårdsnämnden står angivet att avtalet med Närsjukvården i Finspång AB omfattar hälso- och sjukvårdstjänster som skall utföras i angiven omfattning och skall ersättas med ekonomiska medel från landstingets kassa. Att som landstinget göra en jämförelse med dom av Kammarrätten i Stockholm i mål nr 5127-07 ter sig inte seriöst. Avgörande för kammarrättens beslut var nämligen att det i det aktuella fallet förhöll sig så att avtalstexten inte gav stöd för att kommunen hade åtagit sig att köpa tjänster från tolk- och översättningsföretaget i fråga. I själva verket genomfördes sedermera en regelrätt upphandling av dessa tolktjänster enligt LOU.

DOMSKÄL

Mot bakgrund av att landstinget den 22 januari 2008 meddelat att beslut fattats om att avbryta den pågående upphandlingen avseende Närsjukvården i Finspång anser länsrätten att LOU i dess lydelse fr.o.m. den 1 januari 2008 är tillämplig såvitt avser det förfarande som är föremål för prövning i ifrågavarande mål.

I 2 kap. 13 § LOU stadgas följande. Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 3 § LOU stadgas följande. En offentlig upphandling enligt detta kapitel skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten skall vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

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 skall, enligt 16 kap. 2 § LOU, rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster (SOU 1999:149 s. 244 ff.) anfördes bl.a. följande. LOU är tillämplig när upphandlande enheter avser att ingå avtal med avknoppad verksamhet. Den avknoppade verksamheten måste vinna upphandlingen för att kunna tillhandahålla sina tjänster åt den upphandlande enheten. Såväl LOU som upphandlingsdirektiven utgör således ett hinder mot att tilldela ett kontrakt utan ett föregående upphandlingsförfarande. En från den upphandlande enheten avknoppad verksamhet kan, efter det att den upphandlande enheten i konkurrens upphandlat enligt LOU, tilldelas ett avtal av den upphandlande enheten. Det finns inte något hinder mot att en ännu inte bolagiserad enhet inom den upphandlande enheten avger anbud vid upphandling avseende ett avtal i syfte att ett avtal senare skall träffas efter en avknoppning.

Av förarbetena till hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) framgår att när landsting överlämnar uppgiften att driva hälso- och sjukvård till en privat entreprenör eller ett kommunalt bolag skall överlämnandet i regel föregås av en offentlig upphandling (prop. 2004/05:145 s. 12 f. och s. 43 f. samt prop. 2006/07:52 s. 7).

Av Regeringsrättens avgörande RÅ 1998 not. 44 framgår bl.a. följande. Genom avtal överlät landstinget en rörelse benämnd Textilservice - N - i Torup samt garanterade därutöver köp av tvättjänster till vissa angivna minimibelopp. Tjänsterna hade direkt samband med och var nödvändig för utförsäljningen. – Regeringsrätten anförde bl.a. följande. Som framgår av redogörelsen för den överenskommelse som har träffats mellan landstinget och Wash-IT Gruppen förbinder sig landstinget i överlåtelseavtalet att köpa tvättjänster för ett visst minsta belopp, varjämte det garanterar att en viss tvättvolym skall överföras till Torupstvädden. Vidare innefattar överenskommelsen ett tvättserviceavtal där landstinget åtar sig att under tre år från tillträdesdagen köpa hela behovet av tvättjänster av Wash-IT Gruppen. Med hänsyn till det sagda står det klart att överenskommelsen innefattar upp-

handling av tvättjänster. Sådana tjänster är att hänföra till avdelning B i den till LOU fogade bilagan med förteckning av tjänster. Såsom kammarrätten funnit är LOU tillämplig på överenskommelsen.

Länsrätten gör följande bedömning.

Fråga i målet är om de åtgärder som landstinget vidtagit utgör en offentlig upphandling i LOU:s mening.

Landstinget beslutade den 22 maj 2007 att verksamheten vid Närsjukvården i Finspång skall övertas av personalen och övergå i alternativ drift- och ägarform, dock under förutsättning att hälso- och sjukvårdsnämnden upprättar vårdavtal med den nya entreprenören. Hälso- och sjukvårdsnämnden har därefter förberett samt sedermera beslutat om att vårdavtal skall tecknas med Närsjukvården i Finspång AB avseende närsjukvårdsuppdrag samt vårdcentralsverksamhet.

När landsting eller annat offentligt organ avhänder sig en verksamhet utgör detta inte en offentlig upphandling (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 22 februari 2008 i mål nr 5127-07). Landstinget har dock såvitt avser verksamheten vid Närsjukvården i Finspång beslutat att teckna såväl överlåtelseavtal som vårdavtal. Genom vårdavtalen förbinder sig landstinget att köpa hälso- och sjukvårdstjänster från Närsjukvården i Finspång AB. Landstinget får därigenom, i sin roll som upphandlande myndighet, anses ha vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt avseende hälso- och sjukvårdstjänster. Dessa åtgärder innebär därför en offentlig upphandling i LOU:s mening. Vad landstinget anfört och åberopat, samt den omständigheten att de tjänster som omfattas av vårdavtalen direkt har samband med och är nödvändiga för överlåtelsen i fråga, föranleder ingen annan bedömning (jfr RÅ 1998 not. 44).

2008-04-07

De aktuella tjänsterna har ett värde som överstiger tillämpligt tröskelvärde och det har inte framkommit synnerliga skäl för direktupphandling. Landstinget har således beslutat om anskaffning av hälso- och sjukvårdstjänster utan att ha tillämpat LOU. Enligt länsrättens mening har landstinget därmed brutit mot LOU och detta har medfört att Närvårdsbolaget riskerar att lida skada. Landstinget skall därför göra om upphandlingen med tillämpning av bestämmelserna i LOU.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Närvårdsbolaget Hamra HB:s ansökan på så sätt att Landstinget i Östergötland ålägges att göra om den i målet aktuella upphandlingen med tillämpning av bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

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



Linda Svärd



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart 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 skall 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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.