



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-01-29
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7590-15
7694-15

SÖKANDE

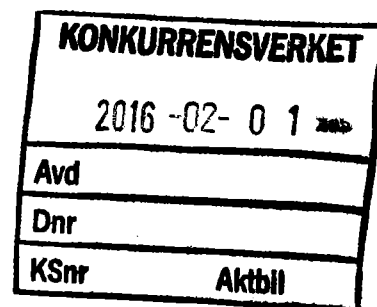
Läkarteamet Bemanning i Jönköping AB, 556735-3007
Valhallavägen 40
554 47 Jönköping

MOTPARTER

1. Landstinget Sörmland
611 88 Nyköping

2. Landstinget Västmanland
721 89 Västerås

Ombud för 1 och 2:
Inköp Sörmland Västmanland
631 88 Eskilstuna



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Landstinget Sörmland och Landstinget Västmanland (Landstingen) genomför en upphandling av ramavtal avseende Bemanningstjänster läkare till område psykiatri, med diariern DU-UPP15-0118. Upphandlingen genomförs enligt ett förenklat förfarande avseende B-tjänst. De anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga för landstingen ska antas. Anbud skulle

Dok.Id 234722

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

vara inlämnat senast den 13 november 2015. Den 11 november 2015 inkom ansökan om överprövning till förvaltningsrätten.

Läkarteamet Bemanning i Jönköping AB (Läkarteamet) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen görs om i sin helhet. I andra hand yrkas att punkten om antal referenstimmar för läkare inom vuxenpsykiatri respektive barn- och ungdomspsykiatri ändras då den strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.

Landstingen yrkar att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Läkarteamet

Enligt förfrågningsunderlaget ska en leverantör ha erfarenhet av minst två liknande uppdrag inom bemanningsområdet inom den senaste 12-månadersperioden. Leverantören ska redovisa 1000 timmar inom vuxenpsykiatri och 500 timmar inom barn- och ungdomspsykiatri. Detta krav är irrelevant. Enligt förfrågningsunderlaget anges beloppet för vuxenpsykiatri till 33 000 000 kr och barn- och ungdomspsykiatri till 2 900 000 kr. Kravet på referenstimmar för barn- och ungdomspsykiatri uppgår till 50 procent av kravet avseende vuxenpsykiatri, men volymen till mindre än nio procent. Med tanke på den låga volymen gällande barn- och ungdomspsykiatri borde endast krav på referenstimmar avseende vuxenpsykiatri finnas.

Uppdrag inom barn- och ungdomspsykiatri förekommer mycket sällan på marknaden jämfört med vuxenpsykiatri. Detta syns också tydligt när man jämför volymen på ovanstående behov av tjänster, de står inte i paritet med

varandra. Kravet exkluderar alla små och medelstora bolag samt alla nya bolag. Det kommer att bli endast ett fåtal kvalificerade bolag. Vanlig praxis är att specialister inom vuxenpsykiatri anlitats även av BUP och tvärtom. Även inom vuxenpsykiatri är det vanligt att man har ett kontaktnät gällande patienter. Det är ofta samarbete med kommun, vårdcentral, omsorg m.m. Samtal med anhöriga till patienter förekommer också. Det är i högsta grad irrelevant att utesluta företag som inte specifikt har tillgång till specialister inom BUP, särskilt med tanke på att det råder stor brist på specialister inom både vuxenpsykiatri och barn- och ungdomspsykiatri. Om krav på särskild kompetens för arbete inom barn- och ungdomspsykiatri ställs ska detta framställas som ett skall-krav i upphandlingens kravspecifikation, vilket inte är fallet.

Läkarteamet har tidigare levererat läkare inom barn- och ungdomspsykiatri, dock inte under den senaste 12-månadersperioden.

Avseende ersättning för beredskap har Landstingen satt ett så lågt pris att det kommer att bli nästintill omöjligt att få en läkare att ta denna typ av uppdrag. Landstingen hänvisar till att det är de priser som är aktuella i gällande kollektivavtal, vilket inte går att jämföra med leverans av hyrläkare. Finansiering av konsulter sker under helt andra förutsättningar än vad som gäller för fast anställd personal.

Landstinget Sörmland har redan skrivit avtal med ett bemanningsbolag om att leverera en specifik läkare från den 1 januari 2016. Sista anbudsdag i upphandlingen var den 13 november 2015 och de nya avtalen ska börja gälla från och med den 1 januari 2016. Det ifrågasätts hur landstinget kan skriva avtal med en leverantör innan upphandlingen avslutats och tilldelningsbeslut är klart. Avtalstiden för det nuvarande avtalet går ut den 31 december 2015 och de nya avtalen ska börja gälla från den 1 januari 2016. En option i nu aktuell upphandling kan inte utlösas innan den nu aktuella upphandlingen är

slutförd och det rättsliga ärendet är avgjort. Det avrop som landstinget hänvisar till har Läkarteamet inte tagit del av.

Läkarteamet har lidit skada då gällande praxis för offentlig upphandling och avrop enligt nuvarande avtal inte följts.

Landstingen

Landstinget Sörmlands nuvarande avtal med ett 37 leverantörer har inneburit mycket administration och det är vanligt att svar på avrop uteblir. Det stora antalet leverantörer har även påverkat utrymmet att ha ett nära samarbete mellan köpare och säljare under avtalstiden.

Uppdraget är omfattande och innefattar samtliga kompetenser inom psykiatri. Detta är mycket viktiga uppdrag och ställer stora krav på kompetens och erfarenhet hos antagna leverantörer. Det är avgörande att de åtta leverantörer som tilldelas kontrakt har kapacitet att klara hela uppdraget. Det har därför ställts krav på referenser från tidigare förmedling av läkare till barn- och ungdomspsykiatri samt till vuxenpsykiatri.

Vuxenpsykiatri och barnpsykiatri är olika specialiteter där läkaren redan inför sin ST-tjänstgöring väljer inriktning. Under ST-tjänstgöringen i vuxenpsykiatri är kravet på tjänstgöring inom barnpsykiatri endast tre månader. Den finns således betydande skillnader i kompetens mellan en vuxen- och en barnpsykiatriker. Det är riktigt att det förekommer vuxenpsykiatriker inom BUP. Även i denna upphandling godkänns vuxenpsykiatriker men då med krav på dokumenterad erfarenhet inom BUP. En läkare som arbetar inom vuxenpsykiatri arbetar vanligtvis med en vuxen patient. En läkare inom BUP arbetar även med barnets kontaktnät såsom föräldrar, syskon, lärare och andra i barnets närhet. Arbete inom BUP kräver således en annan typ av kompetens än arbete inom vuxenpsykiatri.

Det är avgörande för Landstingen att leverantören genom referenskravet kan visa på erfarenhet av att i samband med granskning av cv, kompetensdokumentation och intervjuer ha tillräckligt yrkeskunnande att bedöma huruvida en läkare har rätt kompetens för bemanningsuppdrag inom BUP.

Angivna volymuppgifter till BUP motsvarar ca 4 000 timmar för båda landstingen. Referenskravet på 500 timmar är således tio procent av efterfrågat behov, vilket inte är oproportionerligt högt. Det är snarare så att kravet på 1 000 timmar (tre procent av det efterfrågade behovet) avseende vuxenpsykiatri är lågt ställt, men det kan inte anses strida mot LOU. Samma krav gäller för alla leverantörer, men det kan noteras att en leverantör har möjlighet att gå samman med andra leverantörer eller underleverantörer för att uppnå ett kvalificeringskrav. Landstingen har därför svårt att se att Läkarteamet, alldeles oavsett, riskerat att lida skada.

Ersättningsmodellen tillämpar Landstinget Sörmland i samtliga avtal för bemanningstjänster inom primärvård, slutenvård och psykiatri. Den kan inte anses strida mot LOU då den är tydligt utformad och inte kan anses missgynna någon leverantör. För den leverantör som inte anser att detta är en intressant affär är det enkelt att avstå från att lämna anbud.

Landstinget Sörmlands nuvarande avtal för vuxenpsykiatri löper till och med den sista januari 2017 med möjlighet till förlängning om 1 + 1 år. Landstinget Sörmland har inte tecknat något avtal inom området bemanningstjänster vuxenpsykiatri eller barn- och ungdomspsykiatri med giltighetstid från första januari 2016. Det avtal som Läkarteamet hänvisar till är istället ett avrop på det nuvarande avtalet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 iakttas.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Läkarteamet har anfört att kravet på antal referenstimmar för barn- och ungdomspsykiatri är irrelevant och saknar proportion i förhållande till kravet på antalet referenstimmar för vuxenpsykiatri. Bolaget anför vidare att uppdrag inom barn- och ungdomspsykiatri förekommer mycket sällan på marknaden jämfört med vuxenpsykiatri. Detta innebär att kravet exkluderar alla små och medelstora bolag samt alla nya bolag, så att det

endast blir ett fåtal kvalificerade bolag i upphandlingen. Om krav på särskild kompetens inom barn- och ungdomspsykiatri ställs ska detta vara ett skalkrav i upphandlingens kravspecifikation. Läkarteamet har vidare anfört, avseende ersättning för beredskap, att Landstingen har satt ett så lågt pris att det blir nästintill omöjligt att få en läkare att ta denna typ av uppdrag. Läkarteamet har därutöver anfört att Landstinget Sörmland redan skrivit avtal med ett bemanningsföretag från och med den 1 januari 2016, då avtalen i aktuell upphandling ska börja gälla.

Landstingen har framhållit att det finns betydande skillnader i kompetens mellan en vuxen- och en barnpsykiatriker och att det är avgörande för Landstingen att leverantören genom referenskravet kan visa på tillräckligt yrkeskunnande avseende att i samband med granskning av cv, kompetensdokumentation och intervjuer bedöma om en läkare har rätt kompetens för uppdrag inom barn- och ungdomspsykiatri. Landstingen har också framhållit att samma referenskrav gäller för alla leverantörer och att en leverantör har möjlighet att gå samman med andra leverantörer eller underleverantörer för att uppnå ett kvalificeringskrav. Vidare har Landstingen anfört att Landstinget Sörmland inte har tecknat något avtal från den 1 januari 2016 utan att det är ett avrop på det nuvarande ramavtalet.

I förfrågningsunderlaget (avsnitt 2.2.4.2 i delen om uteslutning och kvalificering av leverantör) anges som krav:

- Under den senaste 12-månadersperioden, räknat från sista dag för anbudsansökan, ska leverantören ha tillhandahållit specialistläkare till:
- vuxenpsykiatri i en omfattning av minst 1 000 timmar
 - barn- och ungdomspsykiatri i en omfattning av minst 500 timmar.

Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Detta medför bland annat att krav och utvärderingskriterier i en upphandling ska tillämpas likadant gentemot samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen. Att godkänna en

leverantör trots att dennes anbud inte uppfyller de krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten är inte tillåtet (jfr Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Stockholm 2012, s. 39).

Proportionalitetsprincipen innebär att krav och andra kriterier i en upphandling inte får gå längre än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Krav och andra kriterier i en upphandling ska ha ett samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till det (jfr Asplund m.fl., s. 42).

Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som framkommit i målen, att Landstingens krav på 500 referenstimmar för barn- och ungdomspsykiatri inte kan anses oproportionerligt utifrån den kompetens som efterfrågas. Att kravet procentuellt inte står i proportion till kravet på referenstimmar avseende vuxenpsykiatri strider inte mot proportionalitetsprincipen. Inte heller kan kravet, utifrån aktuellt material, anses strida mot likabehandlingsprincipen då leverantörer kan gå ihop eller använda sig av underleverantörer för att uppfylla kravet. Eftersom Läkarteamet inte är ett nyetablerat företag utesluts det inte från upphandlingsförfarandet på den grunden. Kravet på 500 referenstimmar för barn- och ungdomspsykiatri strider således inte mot bestämmelserna i LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna på ett sätt som medför skada för Läkarteamet.

Avseende frågan om Landstingen har satt ett för lågt pris för ersättning för beredskap finner förvaltningsrätten att det inte finns något hinder enligt LOU för en upphandlande myndighet att ange det pris den önskar i en upphandling. Det är därefter upp till respektive leverantör att avgöra om leverantören kan acceptera detta pris och önskar lämna ett anbud i upphandlingen. Något fel kan därmed inte anses ha begåtts av Landstingen i den delen.



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.