



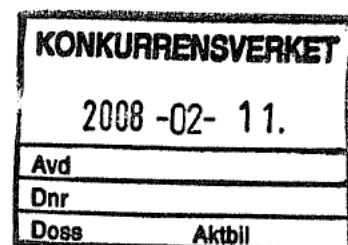
SÖKANDE

1. [REDACTED]

[REDACTED]

2. [REDACTED]

[REDACTED]



MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingets i Uppsala län upphandling av psykoterapitjänster, diarienum-
mer UPPH 2007-0110

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling; LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avvisar yrkandet avseende framtida upphandlingar.

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att den ifråga-
varande upphandlingen skall göras om i den del den inte är avslutad genom
avtal.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Uppsala län (landstinget) inbjöd den 3 oktober 2007 till att inkomma med anbud på psykiatritjänster samt anbud på tjänst avseende handledning i kliniskt behandlingsarbete, diarienummer UPPH 2007-0110 och UPPH 2007-0124.

[REDACTED] (sökandena) ansöker hos länsrätten om överprövning av upphandlingen och yrkar att landstinget skall anmodas att korrigera de avvikelser från centrala kvalitets- och konkurrensfaktorer som förekommer i denna och kommande upphandlingar avseende psykoterapi och handledning.

Som grund för begäran om överprövning anför sökandena i huvudsak följande. I upphandlingsunderlaget till upphandlingen framkommer att "anbudsgivaren skall ange om bifogat förslag till avtal accepteras". På en förfrågan om vad det innebär om bifogat förslag till avtal inte accepteras (i sin helhet), svarar landstinget att "avtalet skall accepteras av vårdgivaren". Landstinget har i efterhand frångått sitt krav att avtalsförslaget skall accepteras då EML:s anbud har antagits trots reservationer angående själva journalöverlämnandet. I skrivelsen "Antagande av anbud, Upphandling av psykoterapi" anges att samtliga anbud uppfyller de formella krav som ställts i upphandlingen. Då sökandena inte kunde acceptera upphandlingsunderlagets avtalsförslag i sin helhet avstod de från att lämna anbud. Sista dag att lämna anbud var den 5 november 2007. I landstingets informationsutskick den 14 januari 2008 framgår att landstinget nu frångått sitt ursprungliga krav. Landstinget har på ett allvarligt sätt åsidosatt sina skyldigheter i en offentlig upphandling.

Sökandena anför vidare att landstinget har gett en ofullständig och skenbart tvingande bild av journalhantering efter att verksamhet upphört. Landstingets svar den 24 oktober 2007 angående överlämnande av patientjournaler

ger genom hänvisningar till lagrum och ordalydelsen sken av att ett överlämnande till landstingsarkivet är det enda givna. Landstinget skriver att "enligt patientjournalagen (1985:562) skall Socialstyrelsen ta hand om journalerna efter det att den enskilde vårdgivaren ansökt om t.ex. upphörande av verksamhet. Journalerna skall sedan tas om hand av arkivmyndigheten i landstinget". Efter att de inhämtat uppgifter från Socialstyrelsen och utifrån dessa på nytt ifrågasatte det enda givna i att överlämna journalerna till landstingsarkivet, framfördes en kompletterande fråga den 1 november 2007 som har bekräftats som inkommen men inte har besvarats. Det råder betydande ofullständighet kring formuleringarna "dennes patientjournaler", "journalerna", "uppdrag upphör" samt "verksamhet skall upphöra", beträffande om detta gäller alla vårdgivares patientjournaler eller vissa, omedelbart efter att en behandling av enskild patient avslutats eller när hela vårdavtalsperioden löpt ut eller när vårdgivaren slutgiltigt upphör med sin verksamhet och t.ex. går i pension. Det är inte lagenligheten som ifrågasätts utan att landstinget gett en ofullständig och skenbart tvingande bild av journalhanteringen. Landstingets formuleringar ger en skenbart tvingande bild av journalhanteringskoppling till arkivmyndigheten i landstinget. Det är först i sitt yttrande till länsrätten den 13 december 2007 som landstinget förtydligar att de journaler som avses att överlämnas till landstinget är de journaler som gäller patienter som omfattas av det uppdrag som regleras i avtalet. Dock har ingen precisering gjorts av när överlämnandet skall ske. Oklarheterna och kravet att avtal skall accepteras medförde att de avstod från att lämna anbud. Detta är principiellt betydelsefulla omständigheter som kan ha inverkat vilseledande på flera presumtiva anbudsgivare.

Slutligen anför sökandena att landstinget inte tillräckligt uppfyllt kraven på affärsmässighet i denna upphandling, då kvalitativa kriterier utöver grundkravet legitimerad psykoterapeut/handledare i praktiken inte har använts i urvalet utan detta närmast enbart kommit att avgöras av priset. Detta räcker inte för att vara affärsmässigt och kvalitativt förankrat inom hälso- och

sjukvårdsområdet. Bör-kraven i punkterna 4.3 och 4.3.1 i upphandlingsunderlaget i form av erfarenhet av samtalsterapeutiskt arbete efter det att legitimation utfärdats samt erfarenhet av handledning uppfylls av i det närmaste alla legitimerade psykoterapeuter varför det inte får någon särskiljande betydelse. Således bortfaller kvalitetskriterierna helt i urvalet. Landstingets invändning om svårigheterna vid den här typen av tjänster att finna kvalitativa kriterier som går att förena med de principer som gäller vid offentlig upphandling utgör inte tillräckliga skäl för att avstå något så grundläggande som kvalitetskriterier inom ett kvalificerat behandlingsområde. Exempel på sådana kriterier som i olika grad går att mäta är relevanta professionella erfarenheter, tid/omfattning, innehåll i det psykoterapeutiska utövandet och referenser. Landstinget hade t.ex. en egen referensgrupp vid en upphandling av psykoterapi 2000. Att enbart priset varit avgörande vad gäller vuxenpsykoterapin är varken affärsmässigt eller i linje med Konkurrensverkets syn på offentliga upphandlingar.

Landstinget yrkar att ansökan skall avslås då upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och det inte finns någon grund för överprövning.

Landstinget anför i huvudsak följande. Av EML:s anbud framgår att EML avgett en reservation av innebörden att denne hänvisat till 11 § patientjournalagen. EML har vidare redogjort för sina kontakter med Socialstyrelsen angående hanteringen av journaler. Efter denna reservation har EML angett "förslag till RAMAVTAL" vad gäller handledning accepteras. Landstinget har bedömt det aktuella anbudet på så sätt att EML ifrågasatt den skrivning som fanns i förslaget till avtal gällande förfarandet med journaler men att EML trots detta accepterat förslaget till ramavtal. I punkt 2.2 i förfrågningsunderlaget anges att frågor som inkommer senare än tio dagar före anbudstidens utgång inte kommer att besvaras.

Landstinget anför vidare att de journaler som skall överlämnas till landstinget är de journaler som gäller patienter som omfattas av det uppdrag som regleras i avtalet. Det är till största del fråga om de patienter som remitteras från landstinget och där det kan förväntas att patienten återkommer för vård och behandling hos landstinget och det kan finnas ett behov av att snabbt få tillgång till uppgifter ur journalerna. 11 § i patientjournalagen (1985:562) är en dispositiv regel vars syfte är att motverka att inga patientjournaler inom enskild hälso- och sjukvård blir herrelösa. Om journalerna tas om hand på annat sätt i enlighet med föreskrifterna i patientjournalagen eller enligt föreskrifter som meddelats med stöd av denna lag gäller detta omhändertagande i första hand. Skrivningen i avtalet anvisar ett sådant annat sätt att omhänderta journalerna och är således förenligt med vad som anges i nämnda paragraf.

Landstinget anför även att för den typ av tjänster som t.ex. psykoterapi är det inte lätt att finna kvalitativa kriterier som är förenliga med principerna om affärsmässighet, icke-diskriminering, likabehandling, transparens och proportionalitet. Landstinget har valt att i denna upphandling bara använda sig av kvalitetskriterier som är mätbara och som med säkerhet är förenliga med gällande regler.

Landstinget upplyser slutligen den 4 februari 2008 att upphandlingen ifråga inte är avslutad men att en majoritet av totalt 40 avtal är slutna.

SKÄL

Aktuella bestämmelser

I 1 kap. 4 § LOU anges att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 7 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Vid annan upphandling än direktupphandling får enligt tredje stycket samma paragraf en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger.

I 7 kap. 2 § första stycket första punkten LOU anges att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 11 § första stycket patientjournalagen anges följande. Om det på sannolika skäl kan antas att patientjournaler inom enskild hälso- och sjukvård inte kommer att handhas enligt föreskrifterna i denna lag eller enligt föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får socialstyrelsen besluta att de skall tas om hand.

Enligt andra stycket samma lagrum gäller följande. Socialstyrelsen får också besluta om omhändertagande av patientjournaler inom enskild hälso- och sjukvård, om den som ansvarar för hanteringen av journalerna ansöker om det och det finns ett påtagligt behov av att journalerna tas om hand.

Utredningen i målet

I ”Upphandlingsunderlag avseende upphandling av psykoterapitjänster samt klinisk handledning” anges i punkt 3.1.1, Krav på anbudsgivaren, att anbudsgivaren skall ange om bifogat förslag till avtal accepteras.

I landstingets skrivelse ”Kompletterande upplysningar, svar på ställda frågor” daterad den 24 oktober 2007 uppges bl.a. följande såsom svar på frågan om vad det innebär om avtalsförslaget inte accepteras (i sin helhet): ”Avtalet ska accepteras av vårdgivaren”.

I förslaget till ”Vårdavtal psykoterapi” anges under punkten 14, Sekretess, journalhantering och arkivvård, bl.a. följande. När vårdgivarens uppdrag upphör skall dennes patientjournaler överlämnas till landstingsarkivet för fortsatt vård och forskning. Före överlämnandet skall vårdgivaren samråda med landstingsarkivet om formerna för överlämnandet. Kostnader i samband med överlämnandet skall vårdgivaren svara för.

I e-post; ”Informationsutskick 14 jan”, daterad den 14 januari 2008 från landstinget anges följande. ”De journal- och arkivregler som skall följas är i första hand den lagstiftning som råder enligt patientjournalagen. Vad gäller arkivering är det även där patientjournalagen som gäller och överföring av journaler till landstingsarkivet ska ses som en möjlighet för dem som inte kan förvara sina journaler säkert eller ska ske efter beslut från Socialstyrelsen. (Skrivningen i avtalet är tyvärr inte helt tydlig på den punkten.)”

I ”Upphandlingsunderlag avseende upphandling av psykoterapitjänster samt klinisk handledning” anges i punkt 3.1.3, Personal och kompetens, att anbudsgivaren bör ha erfarenhet av samtalsterapeutiskt arbete efter det att legitimation utfärdats samt handledning.

I ”Upphandlingsunderlag avseende upphandling av psykoterapitjänster samt klinisk handledning” anges i punkt 4.3, ”Utvärdering psykoterapeutiska behandlingar” bl.a. följande. Av de anbud som kvarstår efter kvalificering enligt ovan kommer landstinget att anta det anbud som innebär ekonomiskt mest fördelaktiga pris till landstinget. De utvärderingskriterier som kommer att användas är, med angivande av prioritetsordning, A. Pris (70 %) och B.

Uppfyllande av bör-krav (30 %). Utvärderingen sker i tre grupper, grupp 1 psykoterapi för vuxna, grupp 2 psykoterapi för barn. Utvärdering grupp 1 för kriterium B ges 7 poäng för erfarenhet av samtalsterapeutiskt arbete efter det att legitimation utfärdats och 3 poäng för erfarenhet av handledning. Utvärdering i grupp 2 för kriterium B ges 5 eller 10 poäng enligt fyra olika specificerade erfarenhetsnivåer. För båda angivna grupper anges en formel för beräkning för viktning av poäng mellan pris och kvalitet. Utvärderingsgrupp 3 finns inte angiven på ovan beskrivet sätt men får antas utgöra vad som beskrivs under rubriken ”utvärdering handledning”. Av denna framgår bland annat att kontrakt kommer att tilldelas dem som kan dokumentera att de arbetar efter evidensbaserade metoder enligt rekommendationer från Statens Beredning för medicinsk Utvärdering SBU. Inom gruppen fördelas avtalen efter begärd ersättning där lägst pris går före högre pris.

Länsrättens bedömning

Länsrätten finner att sökandena har talerätt i målet enligt 7 kap. 1 § LOU då de är legitimerade psykoterapeuter och således kan tillhandahålla en sådan tjänst som upphandlingen rör samt då sökandena påstår att de lidit en skada genom att de har avstått från att lämna anbud i förevarande upphandling på grund av oklarheter.

Länsrätten är förhindrad att pröva andra upphandlingar än den som sökandena begärt överprövning av enligt ovan, varför yrkandet om åtgärder enligt LOU beträffande framtida upphandlingar skall avvisas.

Den första sakfråga som länsrätten skall ta ställning till är huruvida landstinget, som sökandena påstått, genom att anta ett anbud trots reservationer i detta angående överlämning av journaler, har frångått ett krav om att avtalsförslaget skall accepteras samt i så fall om upphandlingen ändå kan anses vara affärsmässigt genomförd. I förfrågningsunderlaget, punkt 3.1.1, anges

att anbudsgivaren skall ange om bifogat förslag till avtal accepteras. Däremot uttrycks i förfrågningsunderlaget inte något krav på att avtalsförslaget skall accepteras. I landstingets skrivelse "Kompletterande upplysningar, svar på ställda frågor" daterad den 24 oktober 2007 anges dock att "avtalet skall accepteras av vårdgivaren" som svar på en fråga om vad det innebär om avtalsförslaget inte accepteras. Genom denna skrivelse får landstinget anses ha tillfört ett skall-krav som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Potentiella anbudsgivare kan med fog ha uppfattat skrivelsen på så sätt att en anbudsgivare måste acceptera avtalsförslaget för att dennes anbud skall kunna prövas och antas samt att det inte är möjligt att lämna reservationer mot avtalsförslaget. Oavsett om landstinget senare har frångått detta tillförda krav, har landstinget redan genom vilseledande information om tolkningen av skrivningen i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare skall ange om avtalsförslaget accepteras åsidosatt kravet på affärsmässighet vid upphandlingen. Upphandlingen har i denna del inte genomförts på ett sätt som är öppet och förutsebart för potentiella anbudsgivare. Landstinget har således brutit mot 1 kap. 4 § LOU.

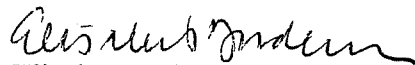
Den andra sakfråga som länsrätten skall ta ställning till är om landstinget, som påståtts, har gett en ofullständig och skenbart tvingande bild av att patientjournaler skall överlämnas till landstingsarkivet efter att verksamhet upphört samt i så fall om upphandlingen ändå kan anses vara affärsmässigt genomförd i denna del. Som framgår av 11 § patientjournalagen får Socialstyrelsen under vissa förutsättningar besluta om omhändertagande av patientjournaler inom enskild hälso- och sjukvård, varvid dessa enligt samma lag skall förvaras hos arkivmyndigheten i det aktuella landstinget. Det föreligger således ingen generell skyldighet för enskilda vårdgivare att överlämna patientjournaler vid verksamhetens upphörande. Den skrivning beträffande journalhanteringen som landstinget har gjort i förfrågningsunderlaget sammanvägd med den upplysning som senare getts beträffande att avtalsförslaget skall följas innebär på samma sätt som i ovan nämnda avse-

ende att landstinget har åsidosatt kravet på affärsmässighet. Landstinget har följaktligen också i denna del av upphandlingen brutit mot 1 kap. 4 § LOU.

Den sista sakfråga som länsrätten skall ta ställning till är om landstinget brutit mot LOU genom att, som påståtts, använda sådana kvalitativa kriterier som inte har någon särskiljande betydelse med följd att urvalet kommit att avgöras enbart av priset. Av förfrågningsunderlaget framgår klart att priset är den viktigaste faktorn och att den värderas till 70 %. Vidare framgår en beräkningsmodell för de återstående 30 % avseende kvalitet samt en gradering, om än mycket grov, av kvalitetsnivåerna. Den sammantagna beräkningsmodellen är angiven. I gruppen ”utvärdering handledning” finns enbart pris och en kvalifikationsnivå vad gäller kvalitet. Länsrätten finner att det visserligen kan ifrågasättas huruvida det är lämpligt att låta pris ha avgörande betydelse för ifrågasatt tjänsteupphandling. Det framgår emellertid inte av vad som anförts i målet att landstinget inte har behov av tjänster på den nivå det har bestämt för upphandlingen. Landstinget får därför anses ha rätt att förfoga över vilken kvalitetsnivå det vill göra upphandlingen på. Vidare framgår det klart av upphandlingsunderlaget att priset är den viktigaste faktorn vid utvärderingen samt att landstinget kommer att anta det anbud som innebär det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. I denna del har upphandlingen således genomförts affärsmässigt.

Att landstinget, på sätt som framgått ovan, i två delar inte genomfört upphandlingen affärsmässigt har medfört att sökandena har kunnat lida skada. De avstod på grund av vilseledande information från att lämna anbud i upphandlingen och det kan inte uteslutas att sökandena hade kunnat erhålla kontrakt om de lämnat anbud. Mot bakgrund av det anförda finner länsrätten att sökandenas ansökan om åtgärder enligt LOU skall bifallas och att upphandlingen skall göras om till den del den ännu inte är avslutad.

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



Elisabet Andersson

rådman

KL



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 nå 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.

