



KLAGANDE

Kirurgi Heden AB, 559032-8315
Engelbrektsgatan 59
412 52 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen

Ombud: Linda Stalfors
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

KONKURRENSVERKET	
2017-05-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 10 mars 2017 i mål nr 9564-16

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

KONKURRENS-
Dok.Id 389827 VERKET UPPHANDLING/ FÖR KÄNNEDOM

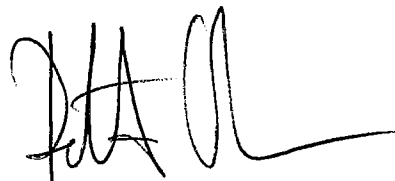
Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1531 401 50 Göteborg	Stora Nygatan 21	031-732 74 00 E-post: kammarratten.goteborg@dom.se www.kammarratten.goteborg.se	031-732 76 00	måndag – fredag 08:00-16:00

- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

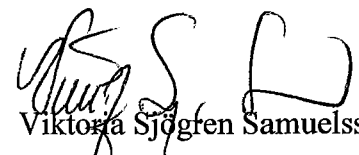
Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 9).



Petter Classon



Viktoria Sjögren Samuelsson
referent



Markus Zander



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2017-03-10
Meddelad i Göteborg

Mål nr
9564-16

Sida 1 (10)

Ab.9

SÖKANDE

Kirurgi Heden AB, 559032-8315
Engelbrektsgratan 59
412 52 Göteborg

MOTPART

Västra Götalands läns landsting

Ombud: regionjuristen Linda Stalfors
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 439576

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag-fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting genomför en upphandling av ramavtal för bemannade operationssalar, dnr RS2016-03585. Upphandlingen har genomförts med förenklat förfarande enligt LOU och tre leverantörer har lämnat anbud. Beslut har fattats om att ingå avtal med Art Clinic och Stiftelsen Carlanderska sjukhuset. Den tredje leverantörens anbud, från Kirurgi Heden AB, har bedömts inte motsvara kraven i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Kirurgi Heden AB yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen. Bolaget, som anser att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska äga rum i vilken anbudet från bolaget ska ingå, anför bl.a. följande. Bolaget har som verksamhetschef och medicinskt ansvarig offereerat [REDACTED] som är kirurg och specialist inom allmänkirurgi samt kärllkirurgi. Han uppbär läkarvårdsersättning, men kommer inte att vara verksam eller utföra tjänster i sådan omfattning att bolaget skulle träffas av förbudet. Anledningen är att leverantörerna inte själva ska utföra operationerna. Patienten kommer att vara färdigutredd och Sahlgrenska universitetssjukhuset tillhandahåller läkare för att utföra ingreppen. [REDACTED] kommer inte att vara delaktig under operation. Det är den ansvariga läkaren som leder operationen och någon närvaro från hans sida under operationen varken krävs eller fyller något syfte. Bolaget uppfyller kravet i punkt 11 i avtalsmallen. Det finns inget hinder mot delegering av uppgifter. Det dagliga arbetet leds av enhetschefen [REDACTED] som precis som [REDACTED] [REDACTED] har alla kvalifikationer för att vara verksamhetschef. Narkosläkaren har det medicinska ansvaret för Kirurgi Hedens räkning under operation.

roll är i det närmaste uteslutande av administrativ karaktär. För läkarvårdsersättning krävs 35 timmars arbete i veckan, vilket för motsvarar en halvtidstjänst. I praktiken har han haft patienter i en omfattning som motsvarar ca en tredjedel av en heltidstjänst.

De enda krav som ställs på verksamhetschef och medicinskt ansvarig är att den ska var förtrogen med de lagar, förordningar, föreskrifter och allmänna råd som gäller för hälso- och sjukvården i allmänhet samt med landstingets mål och riktlinjer. Det är en administrativ tjänst som inte kräver daglig närvaro. Han har inga åtaganden som hindrar honom från daglig uppföljning av verksamheten och han är ständigt tillgänglig på telefon. Verksamhetschefen behöver sällan ha direktkontakt med landstinget. Personalen uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Patientjournal ombesörjs av sekreterare efter diktering. deltar vid uppföljning och revision och han är redan genom läkarvårdsersättningen väl förtrogen med vilka bestämmelser som gäller. Om landstinget önskat ställa krav på heltidsnärvaro för verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige borde detta tydligt ha angetts.

Kirurgi Heden har inte bifogat ett kvalitetsledningssystem i form av ett dokument. Bolaget har bifogat en kvalitetspolicy och en patientsäkerhetsberättelse som möter upphandlingens krav i 5.1.6. Landstinget har inte ställt krav på någon särskild kvalitetsnivå på efterfrågad dokumentation. Det kan därför inte ha någon betydelse om dokumenten benämns kvalitetspolicy, patientsäkerhetsberättelse eller kvalitetsledning. Arbetet följer ISO 9001. genomgick i april 2014 en grundkurs i ISO 9001 och intyg återopas. En certifiering är pågående hos ett certifieringsföretag.

Det saknas motiv till varför leverantören inte får ha personal som uppbär ersättning från läkarvårdsersättning. Kravet är meningslöst och tjänar inget syfte. En uteslutning är oproportionerlig. Det finns ingen anledning till

varför [REDACTED] inte skulle kunna uppbära läkarvårdsersättning i en annan verksamhet och samtidigt vara verksamhetschef samt medicinskt ansvarig i den upphandlade tjänsten. Det är även fullt möjligt att under kontraktstiden byta verksamhetschef genom att meddela ändringen till landstinget. Bolaget har förklarat för landstinget att [REDACTED] kan bytas ut som verksamhetschef, om det är så att bolaget har misstolkat förfrågningsunderlaget.

Patienterna är färdigutredda, vilket innebär att leveratören inte har tagit fram någon dokumentation. Operationsbeskrivningen sköts av kirurgen från Sahlgrenska universitetssjukhuset. Uppgifter i patientdatasystemet sköts troligtvis av sekreterare från Sahlgrenska universitetssjukhuset. Bolaget har förberett en ny databas som står till beställarens förfogande. Det naturliga är dock att beställaren använder sina egna datajournalssystem i syfte att hålla kontinuitet och patientsekretess. Utförandet av operationen och det kirurgiska ingreppet är helt frikopplat från bolagets kvalitetsledningssystem.

Kirurgi Heden lider skada genom att vara en av tre som har lämnat anbud i en upphandling av ramavtal med maximalt tre leverantörer.

Västra Götalands läns landsting anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Leveratören ska tillhandahålla operationssalar, anestesilog och specialistsjuksköterskor inom operation och anestesi. Åtagandet innebär att leverantören vid avrop ska erbjuda en operationssal med standardutrustning avsedd för ett antal angivna specialistområden samt minst fyra personer med specifik kompetens. Detta ska finnas tillgängligt vardagar kl. 08.00–17.00. Beräknade "salsdagar" har angetts till 5–10 stycken dagar per vecka.

I rollen som verksamhetschef och medicinskt ansvarig ingår det flera nyckelfunktioner som är avgörande för avtalet. Det är verksamhetschefen som ansvarar för den löpande verksamheten inom sitt område och ser till att

den fungerar på ett tillfredsställande sätt. Till uppgifterna hör, förutom att se till att det medicinska omhändertagandet av patienten tillgodoser kraven på hög patientsäkerhet och god vård, att samverkan och samordning med andra enheter fungerar på ett för patienten tillfredsställande sätt, att det finns de direktiv och instruktioner som verksamheten kräver, att personalens kompetens upprätthålls genom adekvata vidareutbildningsinsatser m.m. Verksamhetschefen bär det yttersta ansvaret för det bolaget levererar till landstinget. Med hänsyn till den roll och betydelse som en verksamhetschef har i det aktuella avtalet är det svårt för landstinget att förstå varför personen inte skulle anses vara verksam hos leverantören och utföra tjänster enligt avtalet. Läkarvårdsersättning lämnas endast till läkare som bedriver verksamhet på heltid. Mot bakgrund av den arbetsmängd och ansvar rollen som verksamhetschef innebär är det inte lämpligt att kombinera detta med en annan heltidstjänst, vilket en läkarvårdsersättning förutsätter. Ett byte av verksamhetschef skulle innebära behov av ny kontroll och särbehandling. Att överlämna det dagliga arbetet till en enhetschef är inte i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget.

Kvalitetsledningssystemet ska omfatta ett visst antal angivna punkter såsom kvalitetsmål, rutiner för avvikelser m.m. Bolagets inskickade handlingar saknar flera av de angivna punkterna. Uppgifterna bygger på ett patientsäkerhetsperspektiv i stället för det efterfrågade kvalitetsledningssystemet. Ett fullständigt kvalitetsledningssystem är angeläget med hänsyn till att leverantören ansvarar för preoperativ vård, postoperativ vård med eventuell övernattning samt journalföring.

Med hänsyn till att verksamhetschefen blir direktkontakten med landstinget och behöver finnas tillgänglig på flera sätt kan en heltidsanställning på annan plats inte kombineras med de behov som avtalet innebär. Kravet är ändamålsenligt och proportionerligt.

Om det saknas strukturer och rutiner kring de olika faser som ingår i avtalet skulle det vara en risk för patienten. Även om leverantören inte ska ansvara för den faktiska kirurgin ansvarar leverantören för preoperativ vård, postoperativ vård, journalföring och bistående av kompetenser för varje operation. Det kravet är därför ändamålsenligt och uteslutningen är proportionerlig.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Kirurgi Heden gör i målet gällande att kravet som rör läkarvårdsersättning inte gäller för verksamhetschefen. Kravet kan enligt Kirurgi Heden i vart fall inte anses ändamålsenligt i fråga om verksamhetschefen. Vidare påstår Kirurgi Heden att Västra Götalands läns landstings tillämpning av kravet på Kirurgi Hedens anbud får oproportionerliga effekter. Västra Götalands läns landsting invänder mot Kirurgi Hedens tolkning av kravet och påståenden om kravets ändamålsenlighet och om effekterna av landstingets tillämpning av kravet.

Det i stycket ovan berörda kravet återfinns i avtalsmallens avsnitt Avtals-specifika villkor. Det anges därvid i avsnitt 11 Personal bl.a. följande.

Leverantören ska ha utsedd, namngiven verksamhetschef som ska vara väl förtrogen med de lagar, förordningar, föreskrifter, riktlinjer, råd och rekommendationer som gäller för hälso- och sjukvården. Vid byte av verksamhetschef ska Leverantören meddela Beställaren om detta innan förändringen träder i kraft.

Leverantören ansvarar för att personal (inklusive vikarier och ersättare) inte uppbär ersättning från någon av följande:

- lag (1993:1651) om läkarvårdsersättning,
 - förordning (1994:1121) om läkarvårdsersättning,
- eller lag som ersätter dessa, under den tid de är verksamma hos Leverantören och utför tjänster enligt detta avtal.

I avtalsmallens avsnitt Allmänna avtalsvillkor anges bl.a. följande i 20

Allmänna krav och kvalitetskrav.

Leverantören ska tillhandahålla en god och säker vård på lika villkor oavsett patientens kön, ålder, funktionsnedsättning, social position, etnisk och religiös tillhörighet eller sexuell läggning. Vården ska bedrivas i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Vården ska ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskildes värdighet. Verksamheten ska präglas av hög etisk medvetenhet.

Leverantören ska anpassa undersöknings- och behandlingsmetoder till utvecklingen på området liksom till övergripande inriktningsbeslut som kan komma att tas inom regionen och som generellt berör den typ av vård som avtalet avser. Inom Västra Götalandsregionen överenskomna gemensamma indikationskriterier ska följas.

Leverantören ska bedriva ett fortlöpande, systematiskt och dokumenterat arbete med kvalitets- och verksamhetsutveckling, så att hälso- och sjukvårdslagens krav på god kvalitet i hälso- och sjukvård tillgodoses. Arbetet ska uppfylla de krav på kvalitetssystem och kontinuerligt utvecklingsarbete som anges i Socialstyrelsens föreskrifter (f.n. SOSFS 2011:9) uppfylls.

Leverantören ska vara väl insatt i och följa måldokument, riktlinjer och policier som är beslutade av regionfullmäktige, regionstyrelsen och hälso- och sjukvårdsutskottet. Vissa övergripande dokument som t.ex. av regionfullmäktige beslutade riktlinjer och gällande budget, patientens rättigheter, patientavgifter finns på VGR:s webbplats, www.vgregion.se

När det gäller kravet som avser läkarvårdsersättning, anser förvaltningsrätten att formuleringen av avsnitt 11 i avtalsmallen ger stöd för att kravet även gäller för verksamhetschefen. I avsnittet, som har rubriken Personal, beskrivs personalen i både allmänna termer och mer specifika som legitimerad personal, verksamhetschef och medicinsk personal. I fråga om kravet anges att leverantören ansvarar för att personal, inklusive vikarier och ersättare, inte uppbär ersättning i form av läkarvårdsersättning. Att begreppet personal i detta sammanhang skulle ha någon mer begränsad betydelse och ta sikte på en viss personalgrupp vinner enligt förvaltningsrättens mening inte något stöd av hur avsnittet är formulerat i övrigt. Skälen för att begreppet personal inte skulle omfatta verksamhetschefen är alltså tämligen svaga. Att kravet även ska gälla för verksamhetschefen ligger vidare väl i linje med de allmänna krav och kvalitetskrav som anges i avsnitt 20 i avtalsmallen. Flera av de krav som anges i avsnittet får antas förutsätta att det finns en person som ansvarar för att dessa uppfylls. Förvaltningsrätten anser således att kravet som avser läkarvårdsersättning gäller även för verksamhetschefen.

I vad gäller frågan om det är förenligt med LOU att ställa kravet på verksamhetschefen, kan noteras att tillhandahållandet av tjänsten enligt avtalsmallen innefattar en mängd administrativa uppgifter som ska utföras. Det rör sig om att leverantören ska: tillse att flera namngivna lagar, förordningar och myndighetsföreskrifter följs; medverka i den smittskyddsorganisation som finns i Västra Götalandsregionen; samverka med regionen i fråga om vårdhygien/-infektionshygien; anpassa undersöknings- och behandlingsmetoder till bl.a. övergripande inriktningsbeslut som kan

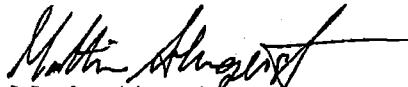
komma att fattas inom regionen; bedriva ett fortlöpande, systematiskt och dokumenterat arbete med kvalitets- och verksamhetsutveckling; vara väl insatt i och följa måldokument, riktlinjer och policier som är beslutade av regionfullmäktige, regionstyrelsen och hälso- och sjukvårdsutskottet. Att under sådana förutsättningar ställa krav på att den av leverantören utsedda och för landstinget namngivna verksamhetschefen inte uppbär läkarvårdsersättning framstår bl.a. mot bakgrund av ovanstående omfattande administrativa uppgifter som proportionerligt. Enligt landstinget får ett sådant krav effekten att leverantören inte bedriver annan verksamhet som menligt påverkar tillhandahållandet av den upphandlade tjänsten. Verksamhetschefen har därvid enligt landstinget en central roll och det yttersta ansvaret för att tjänsten tillhandahålls enligt ställda krav. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kravet mot denna bakgrund inte är oförenligt med LOU. Det Kirurgi Heden har anfört föranleder inte någon annan bedömning.

I fråga om landstingets tillämpning av kravet, är det ostridigt att Kirurgi Hedens anbud inte uppfyller kravet. Den av Kirurgi Heden namngivna verksamhetschefen uppbär nämligen läkarvårdsersättning. Frågan blir därmed om landstingets tillämpning av kravet i detta enskilda fall i förhållande till Kirurgi Heden strider mot LOU. Enligt förvaltningsrättens mening rör dock de omständigheter Kirurgi Heden åberopat till stöd för sin talan i denna del framför allt proportionaliteten i själva kravställandet. Som framgått anser förvaltningsrätten att kravet som sådant inte är oförenligt med proportionalitetsprincipen. De omständigheter Kirurgi Heden åberopat i denna del är alltså effekter av kravet som förvaltningsrätten redan tagit hänsyn till när den konstaterat att själva kravet inte är oförenligt med proportionalitetsprincipen. Inte heller det Kirurgi Heden anfört i övrigt medför att landstinget ska anses ha brutit mot någon av de övriga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU.

Den omständigheten att det i avsnitt 11 i avtalsmallen anges att leverantören ska meddela landstinget ett byte av verksamhetschefen innan förändringen träder i kraft medför inte någon annan bedömning i fråga om huruvida själva kravet och tillämpningen av det är förenligt med LOU. Det som sägs i fråga om byte av verksamhetschefen i avtalsmallen, vilket primärt får antas sikta in sig på byte under avtalstiden, får inte heller till följd att landstinget har en skyldighet att under upphandlingen bereda leverantören tillfälle att byta verksamhetschef.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Kirurgi Heden inte har gjort sannolikt att landstinget brutit mot LOU, när det lämnat Kirurgi Hedens anbud därhän på grund av bristande uppfyllelse i fråga om ovanstående krav som gäller verksamhetschefen. Under sådana förhållanden saknas det anledning att pröva huruvida Kirurgi Heden har uppfyllt kravet som gäller kvalitetsledningssystem. Kirurgi Hedens ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)


Mattias Almqvist

Rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

