



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 1
 Angelica Thornquist Lavicka

DOM
 2012-05-31
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 3885-11

SÖKANDE

Vårdcentralen i Södra Dalarna AB, 556797-9355
 Bältarbo 254
 776 90 Hedemora

Ombud: Advokaten Christian Persson
 Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
 Box 27707
 115 91 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012-05-04	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Landstinget Dalarna, 232100-0180
 Upphandlingsenheten
 Box 712
 791 29 Falun

Ombud: Chefsjuristen Kerstin Cederberg
 Landstinget Dalarna, Hälsovalskansliet
 Box 712
 791 29 Falun

SAKEN

Ansökan om rättelse enligt lagen om valfrihetssystem

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 54797

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget Dalarna (landstinget) har beslutat att endast den valblankett som är framtagen av Hälsoval Dalarna får användas vid listning av patienter.

Av avsnitt 10 i "Hälsoval Dalarna – förfrågningsunderlag med förutsättningar att bedriva vårdverksamhet inom Landstinget Dalarnas primärvård" framgår bl.a. följande. I princip ska alla medborgare bosatta inom Landstinget Dalarna vara anslutna till någon vårdenhet/vårdcentral. I första hand ska eftersträvas att medborgarna gör ett aktivt val. De medborgare som inte själva gör ett aktivt val listas passivt till en vårdenhet/vårdcentral. Listningen bygger på närhetsprincipen, dvs. den vårdcentral som ligger närmast medborgarens folkbokföringsadress. Närhetsprincipen tillämpas fr.o.m. den första januari 2011 och innebär att nyfödda, nyinflyttade och de som flyttar inom Dalarna placeras vid närmaste vårdcentral till dess att de gjort ett aktivt val. Hälsovalskansliet sänder ut information om vilka vårdcentraler som är möjliga att välja mellan.

I e-postmeddelande från Hälsovalskansliet den 23 augusti 2011 sägs bl.a. följande. Det förekommer att vårdcentraler använder valblanketter som avser byte av läkare eller egna tryckta valblanketter, dessa gäller inte, det är endast Hälsoval Dalarnas valblankett som är giltig vid listning.

Landstinget har anfört bl.a. följande. Det har uppdagats att några patienter har fellistats utan att göra ett sådant aktivt val. Vid en undersökning visade det sig att detta berodde på att föräldrar till barn, som listats på Vårdcentralen i Södra Dalarna AB, via en blankett som utformats av vårdcentralen, själva har listats om i samband med att de skrev under barnens valblanketter. I stället för att gräva djupare i omfattningen av eventuell fellistning valde Hälsovalskansliet att förtydliga villkoren och den blankett som ska användas. Utifrån landstingets uppdrag för vårdvalssystemet har Hälso-

valskansliet i sin roll som administratör av listningssystemet fattat beslut om användning av en enda vårdvalsblankett. Det informationsmaterial som Vårdcentralen i Södra Dalarna AB har tagit fram kan fortfarande användas men ska betraktas som marknadsföringsmaterial.

YRKANDEN M.M.

Vårdcentralen i Södra Dalarna AB (nedan bolaget) ansöker om att förvaltningsrätten med stöd av lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, ska besluta om rättelse av landstingets beslut på så sätt att bolaget tillåts använda egenhändigt upprättade blanketter. Bolaget anför i huvudsak följande.

Beslutet strider mot LOV

Beslutet utgör ett brott mot de grundläggande principerna i LOV om att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Beslutet utgör även ett brott mot öppenhetsprincipen, eftersom de villkor som framgår av landstingets beslut varken har angetts i annons om valfrihetssystem eller förfrågningsunderlag. I stället har villkor ställts upp under pågående valfrihetssystem. Vidare har landstinget genom sitt förbud mot användande av egenhändigt upprättade valblanketter gått ifrån sina egna regler för hur förfrågningsunderlaget ska ändras.

Förfrågningsunderlaget

Det är ostridigt mellan parterna att det i aktuellt förfrågningsunderlag, som även utgör det fullständiga avtalsinnehållet mellan parterna, inte har angetts något krav beträffande vilken valblankett som ska användas. Det är således tydligt att det i avtalet mellan parterna inte stipuleras något hinder för bolaget att utforma sina egna valblanketter som ett led i sin marknadsföring. De krav som ställts från landstinget beträffande valblanketter framgår av avsnitt 10 "Principer för listning" i förfrågningsunderlaget. Något

förbud mot vårdleverantörer att använda sig av egenhändigt framtagna valblanketter framgår inte under angiven punkt och går heller inte att utläsa av förfrågningsunderlaget i övrigt. Avtalet mellan landstinget och bolaget uppställer således inget hinder för bolaget att använda sig av egen valblankett. I punkten 26.1 i förfrågningsunderlaget har landstinget angett under vilka förutsättningar det finns möjlighet att ändra villkoren i förfrågningsunderlaget. Där anges att ”Ändringar i eller tillägg till detta kontrakt skall, för att äga giltighet, vara skriftliga och undertecknade av båda parter”. Mot bakgrund härav är det tydligt att landstinget inte har rätt att, så som nu har skett, införa nya villkor i avtalet utan bolagets skriftliga godkännande.

Beslut om en valblankett har tillkommit under pågående valfrihetssystem

Att leverantörer inte tillåts använda egna valblanketter har tillkommit under pågående valfrihetssystem. Detta stöds inte minst av e-postkorrespondens mellan parterna den 25 augusti 2011, dvs. två dagar efter att landstinget tillkännagett sitt beslut till samtliga vårdcentraler per e-post. I e-postmeddelandet anges att landstingets beslut gäller omgående, utan undantag eller tidigare löften. Mot bakgrund av att villkoret inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget är det således tydligt att detsamma har tillkommit under pågående valfrihetssystem.

Marknadsföring

Förbudet innebär en inskränkning i bolagets rätt att marknadsföra sina tjänster och därvid hävda sig i konkurrensen mot framförallt de landstingsdrivna vårdcentralerna som i stället gagnas av närhetsprincipen. Av förarbetena till LOV framgår att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget har möjlighet att ställa krav på hur leverantörerna får marknadsföra sina tjänster. Är avtalet tyst i detta hänseende följer det av allmänna avtalsrättsliga principer att den upphandlande myndigheten inte under pågående avtalsförhållande kan inskränka leverantörernas möjlighet att marknadsföra sina tjänster genom ensidigt utformade tilläggsbestämmel-

ser. Bolaget har i sin marknadsföring låtit utforma och tillverka egna valblanketter för distribution till invånarna i södra Dalarna. Innan bolaget genomförde denna satsning kontaktades landstinget som uppgav att de inte hade något att invända mot att bolaget marknadsförde sig på detta sätt. Bolaget har lagt ner omfattande resurser för att ta fram ifrågavarande marknadsföring, varför bolaget har åsamkats skada för det fall beslutet står fast. Möjligheten till marknadsföring är av mycket stor betydelse för bolaget. För det fall landstinget anser att utformningen av valblanketten utgör en myndighetsfråga borde detta ha beaktats vid utformningen av aktuellt förfrågningsunderlag, vilket ostridigt inte har gjorts.

Passiv listning

Vad landstinget anfört om passiv listning saknar bäring på sakfrågan i målet som avser om bolagets egenhändigt framtagna valblanketter strider mot avtalet mellan parterna. Vid avtalets tillkomst tillämpades det s.k. ickevalsalternativet till förmån för landstingsdrivna vårdenheter innebärande att medborgare som inte gjort något aktivt per automatik listades passivt hos den landstingsdrivna vårdenheten som inom samma kommun ligger närmast den enskildes folkbokföringsadress, enligt den s.k. närhetsprincipen. Det är mot denna bakgrund som bolagets behov av marknadsföring särskilt har belysts. Under 2011 har den passiva listningen endast skett till förmån för de vårdcentraler som bedrivs i landstingets regi. Det förhållandet att landstinget numera har ändrat tillämpningen av närhetsprincipen till att även omfatta vårdenheter i privat regi påverkar dock inte situationen eftersom de medborgare som redan listats passivt hos landstingsdrivna vårdenheter, enligt landstingets synsätt, kvarblir hos den landstingsdrivna vårdenheten till dess att aktivt val görs.

Fellistning

Landstinget har gjort gällande att motivet bakom beslutet är att det har förekommit felaktig listning på de av bolaget använda valblanketterna. Det

vitsordas att det förekommit enstaka felaktigheter beträffande listning på bolagets blanketter. Mot bakgrund av det stora antal blanketter som använts kan det dock konstateras att de felaktiga listningarna begränsar sig till någon enstaka promille, vilket torde ligga väl inom ramen för vad som kan anses acceptabelt. Det kan anmärkas att felaktig listning alltid kommer att förekomma, oavsett vilken blankett som används.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Beslut om en valblankett har inte tillkommit under pågående valfrihetssystem

Bolagets påstående om att uppgiften om vilken vårdvalsblankett som ska användas inte framgår av annons om valfrihetssystem eller förfrågningsunderlaget vitsordas av landstinget som dock vänder sig mot påståendet att detta villkor ställts upp under pågående valfrihetssystem. Vårdvalsblanketten vänder sig till enskilda som fritt ska kunna välja vårdcentral, inte till leverantörerna. I det informationsmaterial som gick ut till medborgarna i länet i början av 2010 uppmanades befolkningen att i första hand göra sina val via webben. På förstasidan visades också de kuvert som skickades ut till samtliga hushåll i länet. I dessa fanns valblanketter som kunde fyllas i manuellt och sändas in per post. Befolkningen har därmed redan i samband med vårdsystemets införande informerats på ett likartat sätt om hur listningen skulle gå till.

Marknadsföring

Marknadsföring är inte reglerad i kontraktet. Landstinget anser att utformningen av valblanketter är en myndighetsfråga, och att utgångspunkten ska vara att såväl leverantörer som medborgare behandlas på ett likvärdigt sätt. Enligt detta synsätt ingår därför inte utformningen av valblankett i marknadsföringen.

Passiv listning

Avsnittet i förfrågningsunderlaget som innehåller principer för listning innehåller information om medborgarnas val av vårdgivare och hur listning sker för dem som inte gör aktiva val. Vårdcentralernas skyldigheter i detta sammanhang begränsas till att registrera valen i listningsregistret för de medborgare som gör sitt val direkt på plats och i dessa fall sända listningsblanketten till Hälsovalskansliet för arkivering. Vårdvalsblanketten är en blankett som används av enskilda för att välja vårdcentral i vårdvalsystemet. Hälsovalskansliet har anvisat en enda blankett för att göra detta val. För leverantörerna innebär detta att alla behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Passiv listning sker oberoende av i vilken regi vårdcentralen drivs. Närhetsprincipen började tillämpas fr.o.m. 2011 och avser de befolkningsrörelser i länet som skett fr.o.m. den 1 januari 2011. Patienter som passivt listas innan och inte flyttat därefter har således inte listats om enligt närhetsprincipen. De som blivit passivt listade på en vårdcentral före 2011 behöver således inte på grund av närhetsprincipen, göra ett aktivt val för att bli listade på den vårdcentral som man ditintill varit listad på. Av bolagets skrivelse framgår att man verkar ha haft en förväntning på att omlistning skulle ske av samtliga tidigare passivt listade medborgare. Denna förväntan saknar grund i kontraktet.

Fellistning

Landstinget har upptäckt nio fall av fellistning. Alla beroende på den blankett som använts av bolaget. Fem av de fellistade patienterna har listats tillbaka till tidigare vårdcentral. För de fem patienter som har listats tillbaka till tidigare vårdcentral beräknas en ersättning till bolaget motsvarande sammanlagt åtta månader ha utbetalts från landstinget innan fellistningen uppdagades. Fellistning har hittills inte uppdagats på någon annan vårdcentral än bolagets. Eftersom landstinget ska behandla alla leverantörer inom vårdvalsystemet på ett på ett likartat sätt, kan detta inte accepteras. Landstinget har dock valt att inte utreda fellistningen närmare, utan

satte i stället stopp för fellistningen genom beslutet att en enda valblankett sak användas.

BESTÄMMELSER

Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem (1 kap. 2 § LOV).

Med valfrihetssystem enligt denna lag avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med (1 kap. 1 § LOV).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i LOV och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan från leverantör besluta om att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse (10 kap.1-2 § LOV).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Informationsansvar och ickevalsalternativ

Bolaget anser att landstinget genom beslutet att endast den valblankett som tagits fram av landstinget får användas vid listning av patienter innebär en ändring under tiden för valfrihetssystem utan att detta har meddelats på avtalsenligt sätt eller i överensstämmelse med LOV. Landstinget anför att beslutet har fattats utifrån landstingets uppdrag för vårdvalssystemet och deras informationsansvar angående valfrihetssystemet till medborgarna.

I den upphandlande myndighetens informationsansvar ingår en skyldighet att informera om samtliga leverantörer som myndigheten har tecknat kontrakt med och som den enskilde kan välja mellan. Informationen ska vara saklig, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig. Den upphandlande myn-

digheten ska genom information om de olika leverantörerna, uppmuntra till att välja en leverantör och underlätta den enskildes val. Bestämmelserna om den upphandlande myndighetens informationsansvar och att det ska föreligga ett ickevalsalternativ kan inte rättas enligt bestämmelserna i LOV. En leverantör kan nämligen inte anses lida eller kunna komma att lida skada till följd av bestämmelserna om ickevalsalternativ och information. Regeringen anser att det inte är lämpligt att information och ickevalsalternativ ska vara föremål för domstolsprocesser, eftersom information och ickevalsalternativ till stor del bygger på subjektiva bedömningsgrunder (jfr prop. 2008/09:29 s. 104).

De grundläggande principerna i LOV

Bolaget hävdar att beslutet utgör ett brott mot de grundläggande principerna i LOV om att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, och att det strider mot öppenhetsprincipen, eftersom de villkor som framgår av landstingets beslut varken har angetts i annons om valfrihetssystem eller i förfrågningsunderlaget utan har tillkommit under pågående valfrihetssystem. Vidare anser bolaget att landstinget genom sitt förbud mot användande av egenhändigt upprättade valblanketter frångått sina egna regler för hur förfrågningsunderlaget ska ändras, och hänvisar till avtalet där det står att ändringar i eller tillägg till kontraktet ska, för att äga giltighet, vara skriftliga och undertecknade av båda parter.

En upphandlande myndighet ska beakta de EU-rättsliga grundprinciperna för all offentlig upphandling. Detta betyder att myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att upphandlingen ska genomföras på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska också beaktas. Bestämmelserna i LOV ska alltid tolkas mot bakgrund av dessa fem principer.

Förvaltningsrätten har således att ta ställning till om landstingets beslut att endast den valblankett som är framtagen av Hälsoval Dalarna får användas vid listning av patienter har inneburit en sådan förändring av villkoren i avtalet att landstinget brutit mot de grundläggande principerna i LOV, i första hand principerna om proportionalitet, likabehandling och öppenhet. Principerna om icke-diskriminering, som innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera en leverantör på grund av nationalitet, eller om ömsesidigt erkännande, som innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en behörig myndighet i ett medlemsland också ska gälla i övriga EU-länder, har inte samma relevans i målet.

Proportionalitetsprincipen, enligt 1 kap. 2 § LOV, innebär att alla krav och villkor som ställs i ett förfrågningsunderlag ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De åtgärder som den upphandlande myndigheten genomför får inte gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges samma förutsättningar. Alla leverantörer måste till exempel få tillgång till samma information samtidigt, så att ingen leverantör får ett övertag.

Principen om öppenhet kommer bland annat till uttryck i 4 kap. 2 § LOV, där det anges att samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystemet eller i förfrågningsunderlaget. Upphandlingarna ska vara offentliga och förfrågningsunderlaget ska vara förutsebart, dvs. klart och tydligt formulerat.

Förfrågningsunderlaget

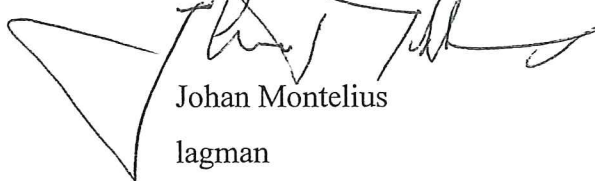
För att kunna avgöra om landstinget har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOV är det nödvändigt att titta närmare på hur förfrågningsunderlaget är utformat. Begreppet förfrågningsunderlag är detsamma

som i lagen om offentlig upphandling och är det dokument som innehåller förutsättningarna för upphandlingen. I ett förfrågningsunderlag ska den upphandlande myndigheten beskriva föremålet för upphandlingen, dvs. vad som ska upphandlas och vilka krav som den upphandlande myndigheten ställer på leverantören. Alla krav och villkor som den upphandlande myndigheten ställer upp måste vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna för all offentlig upphandling. Det innebär bl.a. att kraven måste vara rimliga och ha ett samband med det som ska upphandlas, att alla leverantörer ska ges lika förutsättningar och att den upphandlande myndigheten öppet publicerar upphandlingen och lämnar insyn. Kraven och villkoren måste också vara utformade på ett sätt som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att följa upp och kontrollera att leverantörerna uppfyller dem. Det är väsentligt att förfrågningsunderlaget är så tydligt och uttömmande att det går att förutse hur valfrihetssystemet kommer att tillämpas i praktiken. Eftersom alla leverantörer ska behandlas lika i alla skeden av systemet krävs att det i avtalet som den upphandlande myndigheten tecknat med leverantören framgår under vilka villkor den upphandlande myndigheten kan ändra avtalsvillkoren. Om den upphandlande myndigheten gör större förändringar av de krav som framgår av förfrågningsunderlaget, måste den upphandlande myndigheten omförhandla avtalet med befintliga leverantörer så att även de fortsättningsvis uppnår ställda krav. Om så inte sker kommer en enskild att kunna välja mellan ett antal utförare som inte tillhandahåller den kravprofil som den upphandlande myndigheten beslutat är en miniminivå. Detta är inte konkurrensneutralt och dessutom otillfredsställande i förhållande till den enskilde (prop. 2008/09:29).

Högsta förvaltningsdomstolen har konstaterat (RÅ 2002 ref. 50) att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte överträds.

Det förhållandet att det av förfrågningsunderlaget inte framgår hur valblanketterna ska vara utformade kan inte, enligt förvaltningsrättens mening, anses innebära att landstinget genom sitt beslut väsentligt har gått ifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Beslutet kan inte heller på annat sätt anses strida mot principen om öppenhet. Vidare kan beslutet inte anses innebära att landstingets villkor är oproportionerliga, dvs. inte ägnade att främja målsättningen om en god vård, eller att de strider mot lika-behandlingsprincipen genom att ge någon leverantör en oberättigad fördel gentemot de övriga leverantörerna, eller att de på annat sätt är oförenliga med de grundläggande principerna i LOV. Ansökan ska därför avslås.

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



Johan Montelius
lagman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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 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 vartill 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 göts 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.