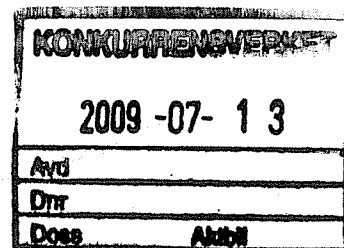




KLAGANDE

Stockholms läns landsting

Ombud: Paul Collins
Stockholms läns landsting
Juridiska enheten
Box 6401
113 82 Stockholm



MOTPART

Avesina Specialistvård AB, 556644-7636

Ombud: Advokat Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Stockholms län dom den 4 februari 2009 i mål nr 23599-08,
se bilaga

SAKEN

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

Stockholms Läns Landsting (SLL) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, i första hand lämnar motpartens ansökan om överprövning utan bifall och i andra hand utesluter Avesina Specialistvård AB (Specialistvård) från vidare deltagande i den aktuella upphandlingen. Till stöd för sin talan anför SLL bland annat följande. Länsrätten borde ha beaktat även andra gemensamma företrädare för Avesina AB (som driver Flyktingmedicinskt Centrum, FMC) och Specialistvård än Shori Zand. Utöver Shori Zand, som är styrelseledamot, VD och ägare av Avesina AB samt styrelseledamot och anbudskontaktperson och utger sig som VD för Specialistvård finns det en gemensam ledning. Bolagen delar en gemensam styrgrupp, bestående av verksamhetscheferna från samtliga enheter som leds utav Shori Zand, och en gemensam ledningsgrupp, bestående av personalansvarig, utvecklingsansvarig, ekonomichef, HR-chef

och inköpschef. För övrigt ingår även affärsområdescheferna i ledningsgruppen, däribland affärsområdeschefen för Specialistvård. Även en marknadschef och en uppstartschef tillhör den gemensamma ledningen. Daniel Zand är dessutom utvecklingschef för Avesinakoncernen, styrelseledamot för Avesina AB och extern firmatecknare för Specialistvård. I bilaga till Specialistvårds anbud anges att Avesinas utvecklingschef koordinerar koncernens kvalitetsarbete och utveckling tillsammans med koncernchefen och bolagets styrelse. Det är alltså utvecklingschefen, tillsammans med bland annat styrelsen, som har huvudansvaret för koncernens kvalitetsarbete och utveckling. Hela Avesina AB:s styrelse bör också bära hela ansvaret för allvarliga fel i FMC då styrelsen ytterst bär ansvar för bolagets organisation och för förvaltningen av bolagets angelägenheter. – SLL har genom interna utredningar, avtalsuppföljningar och den utredning Socialstyrelsen vidtagit visat att allvarliga fel och brister föreligger på system- och individnivå. Även om det inte alltid är möjligt att helt separera vad som ska anses vara fel på individnivå från vad som är fel på systemnivå har det enligt länsrätten funnits fel och brister i FMC som belastar företrädare för Avesina AB, då dessa företrädare har ansvar bland annat för att rutiner följs och att avvikelser rapporteras, men också för att kompetent personal anlitas. Styrelseledamöter i ett bolag med en till omfattningen begränsad verksamhet kan svårtligen undgå ansvar. Styrelsens ansvar accentueras rörande uppgifter som är centrala för affärernas bedrivande. Kvalitetsrutiner inom hälso- och sjukvård måste anses som centrala för affärernas bedrivande. – Shori Zand, som styrelseledamot och VD i Avesina AB och enda styrelseledamot i Specialistvård, och Daniel Zand, som är styrelseledamot i Avesina AB, extern firmatecknare för Specialistvård och utvecklingschef för båda bolagen, bör ha tillräcklig insyn i båda bolagen för att kunna förutse och kontrollera bristerna i bland annat efterlevnad av rutiner och fel på systematiska nivåer. De måste också i sina positioner i de båda bolagen anses ha tillräcklig kunskap och erfarenhet för att koordinera bolagens kvalitetsarbete och utveckling samt ha befogenhet att rätta de brister som inträffat.

Specialistvård bestrider bifall till överklagandet och yrkar att kammar-rätten ska förelägga SLL att styrka sina påståenden om allvarliga fel i yrkesutövningen. Specialistvård anför till stöd för sin talan bland annat följande. SLL har uttryckligen valt att genomföra upphandlingen med stöd av bestämmelserna i den upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU, och rätteligen ska målet prövas mot bestämmelserna i denna lag. Bestämmelsen i 10 kap. 2 § andra stycket LOU behandlar företrädare som gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i ÄLOU eller i de tidigare gällande EG-direktiven. I punkten 1.15 i SLL:s förfrågningsunderlag anges att ”Anbudsgivare kan även uteslutas om förhållanden enligt 6 kap. 9-10 §§ LOU föreligger (bl.a. konkurs, likvidation, tvångsförvaltning, ackord, inställda betalningar, näringsförbud, brist eller allvarligt fel i yrkesutövningen)”. Genom att uttryckligen välja bort en tillämpning av bestämmelserna i LOU har SLL valt bort att tillämpa den fakultativa bestämmelsen om företrädare i denna lag. SLL åberopar i sitt överklagande nya omständigheter till stöd för sitt beslut att förkasta bolagets anbud. Varken ÄLOU eller LOU tillåter en upphandlande myndighet att i efterhand ändra villkoren för kvalificering av leverantörer. – Såvitt avser innebörden av begreppet ”i yrkesutövningen” framgår av beaktandesats 43 i direktiv 2004/18/EG att överträdelse av miljölagstiftningen eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt kan betraktas som ett brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. SLL har inte förklarat på vilket sätt anbudsgivaren Specialistvård i sin yrkesutövning skulle ha orsakat sådana allvarliga fel som anges i 10 kap. 2 § LOU och i 6 kap. 9 § ÄLOU samt vad som påstås i SLL:s överklagande. – SLL:s beslut att utesluta Specialistvård från fortsatt deltagande bryter mot proportionalitetsprincipen, dels därför att några allvarliga fel i yrkesutövningen inte ligger bolaget till last och dels därför att SLL valt att tillämpa villkor som inte ingår i förfrågningsunderlaget. SLL har också vid meddelande av beslutet att diskvalificera Specialistvård brutit

mot objektivitetsprincipen. – Ingen av de av SLL utpekade personerna har begått några fel eller vidtagit några åtgärder som skulle kunna rättfärdiga en diskvalificering av Specialistvårds anbud. Ingen av dessa personer har heller själva medverkat till att de påstådda allvarliga felen skulle ha blivit begångna. – Beträffande beslutsförfarandet skulle SLL rätteligen ha lämnat besked i frågan om uteslutning så snart SLL fått kännedom om alla omständigheter som behövdes för beslutet (se mål C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot Belgiska staten), vilket inte skett. Underlåtenheten från SLL:s sida strider mot upphandlingsreglerna. Det framgår inte heller av uteslutningsbeslutet vilka omständigheter, det vill säga vilka allvarliga fel i yrkesutövningen, som SLL tillskrivit Specialistvård. Kravet på öppenhet (transparens) fordrar att Specialistvård, i egenskap av leverantör, bereds möjlighet att bemöta de uppgifter som SLL lägger till grund för uteslutningen innan beslutet faktiskt meddelas. SLL har inte kommunicerat grunderna för uteslutning med Specialistvård. – FMC AB är en självständig juridisk person som inte deltar i förevarande upphandling. Även om båda bolagen FMC AB och Specialistvård verkar inom ett område som möjligen skulle kunna benämnas hälso- och sjukvård så är de båda bolagens verksamheter inte jämförbara. Den sammanblandning SLL gör av de två bolagens verksamheter och att påstådda fel och brister hos FMC AB ska läggas ett annat bolag i koncernen till last saknar stöd i gemenskapsrätten.

SLL genmäler i huvudsak följande. Både ÅLOU och LOU innehåller bestämmelser som ger möjlighet att utesluta en leverantör som gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Ordalydelsen av bestämmelserna i respektive lag är, som Specialistvård anfört, inte kongruenta, men ger ändå samma möjlighet att utesluta en leverantör vars företrädare gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Företrädaren behöver inte personligen ha gjort sig skyldig till de allvarliga felen. Det är tillräckligt att företrädaren är ansvarig för de allvarliga felen. Att det funnits systematiska brister i framförallt kvalitetsarbete avseende FMC bör belasta de gemensamma företrädarna eftersom de har ansvar bland annat för att

rutiner följs och avvikelser rapporteras, men även att kompetent personal anlitas. – Det finns stora likheter mellan verksamheterna hos FMC och Specialistvård utöver att båda omfattas av begreppet hälso- och sjukvård. I båda verksamheterna ingår att genom diagnostiska åtgärder klargöra om en undersökt patient är frisk eller är i behov av vidare behandling. För båda verksamheterna gäller också att om leverantören hanterar remisser och svarsutlåtanden bristfälligt eller felaktigt så riskeras patientens hälsa, antingen genom att denne ges fel behandling eller att patient som behöver fortsatt vård inte får det. Följaktligen ställs höga krav på kvalitet i utförande av tjänsterna. Beslutet att utesluta Specialistvård står i rimlig proportion till för det första de brister och fel som fanns hos FMC och dess ansvariga företrädare och för det andra – mot bakgrund av likheterna mellan verksamheterna – till den påtagliga och betydande risk för att de brister som visat sig hos FMC skulle kunna komma att upprepas i Specialistvård och de negativa konsekvenser för patientsäkerheten som detta skulle kunna få även där. – Såvitt avser beslutsförfarandet får det avgöras från fall till fall huruvida ett beslut att utesluta en leverantör ska meddelas särskilt eller först i anslutning till tilldelningsbeslutet. I det aktuella fallet skulle befintliga avtal inom vissa områden löpa ut inom kort varför det krävdes viss beslutsamhet för att säkerställa fortsatt leverans av viktiga tjänster. De fel och brister som fanns hos FMC skulle omöjligen kunna rättas på ett effektivt sätt inom de tidsfrister som fanns.

Specialistvård yttrar bland annat följande. Att länsrätten i sin dom gör ett uttalande om vilken lag, ÄLOU eller LOU, som är tillämplig kan inte läggas till grund för prövningen. Detta då SLL först under prövningen av anbudet har lagt till de nya uteslutningskriterierna företrädare och allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är inte länsrätten, utan SLL, som avgör vilka uteslutnings- och kvalificeringskriterier som ska tillämpas när en upphandling genomförs. Det fel som SLL begått i denna upphandling är att skapa och tillämpa nya kriterier som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Det strider mot principerna och reglerna om förutsebarhet och öppenhet. – Frågan om ansvar i den form av verksamhet målet rör reg-

leras till alla delar i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, vilken har företräde som lex specialis. Ansvar för de medicinska verksamheterna vilar enligt denna lagstiftning uteslutande på verksamhetscheferna. Varken bolagsledning eller koncernbolagsledning har någon rätt att kontrollera eller medicinskt övervaka de olika verksamheterna. Ansvar för företrädare eller diskvalificering av anbudsgivare för allvarligt fel i yrkesutövningen på sätt som anges i LOU och i ÄLOU kan aldrig omfatta verksamhet inom hälso- och sjukvårdens områden. Dessutom har SLL inte förmått visa att något allvarligt fel begåtts av vare sig Specialistvård, Avesina AB eller FMC. – Det borde stå klart för SLL att klinisk fysiologi, dvs. kontraktsföremålet i denna upphandling, och asylsjukvården inte är en liknande bransch/verksamhet, varken beträffande kompetensprofilen eller beträffande innehåller i de olika vårdtjänsterna.

SLL yttrar bland annat följande. SLL instämmer i att bestämmelserna rörande ansvar i HSL bör beaktas, men vill tillägga att HSL understryker ansvaret för patientsäkerhet och att verkande för god vård åligger styrelsen i privata vårdbolag. I 28 § HSL anges bland annat att ledningen av hälso- och sjukvård ska vara organiserad så att den tillgodoser hög patientsäkerhet och god kvalitet av vården. Av förarbetena (prop. 1995/96:176 s. 57) framgår att ansvaret för att organisera ledningen av hälso- och sjukvårdsverksamheten i varje landsting ligger hos hälso- och sjukvårdsnämnden eller motsvarande och att, när det gäller den privata vården, den associationsrättsliga regleringen ger besked om vem som bär ansvaret för hur verksamheten organiseras. Om vårdverksamheten bedrivs i exempelvis aktiebolagsform ansvarar därför bolagets styrelse. I enlighet med 29 § HSL åvilar ansvaret för den medicinska verksamheten gällande diagnostik eller vård och behandling av enskilda patienter verksamhetschefen. Bolagets styrelse har däremot det övergripande ansvaret för att tillgodose patientsäkerhet och vård. – SLL beslutade i februari 2009 att företa en medicinsk revision av FMC:s verksamhet. En legitimerad läkare anlätades för att genomföra den medicinska revisionen och slutrapporten levererades den 10 juni 2009. Revisionsrapporten visar

återigen omfattande systematiska och organisatoriska brister i patient-säkerhet och i den medicinska ledningsfunktionen. Läkarkompetensen har inte varit tillräcklig. Arbetsuppgifter har överlåtits till personal som inte har haft erforderlig utbildning och smittskyddslagen har inte följts. Dessutom har revisionen visat stora brister i journalföring. Det är moderbolaget i Avesina-koncernen, Avesina AB som bedriver FMC:s verksamhet och det är styrelsen i Avesina AB som slutligen bär ansvaret för patientsäkerheten och god vård enligt 28 § HSL. Både Shori Zand och Daniel Zand sitter i styrelsen för Avesina AB och måste anses bära ansvar som företrädare i Avesina AB. Detta ansvar omfattar att anställa eller anlita enbart kompetent och kvalificerad personal, att ge lämpliga arbetsuppgifter och att tillse att arbetet utförs i enlighet med Socialstyrelsens föreskrifter. Shori Zand och Daniel Zand är samtidigt företrädare i Specialistvård och det vidhålls att de brister som FMC, och därmed Avesina AB, ansetts vara skyldiga till även ska anses föreligga hos Specialistvård då det föreligger identitet mellan de ansvariga företrädarna för dessa bolag. Det är dessa ansvariga företrädare som har att tillse att fel och brister av detta slag inte uppstår i verksamheten. De fel och brister som föreligger är av så allvarligt slag att SLL haft möjlighet att utesluta Specialistvård från ifrågavarande upphandling.

Specialistvård yttrar bland annat följande. Specialistvårds verksamhetschef har, på sätt som stadgas i HSL, klara arbetsuppgifter. Specialistvård har även en anställd medicinskt ledningsansvarig. Båda dessa personer har relevant formell och reell kompetens samt lång erfarenhet inom området. Ingen av dem har någonsin kritiserats av Socialstyrelsen, av SLL eller av smittskyddsmyndigheten. Till detta ska läggas att SLL har gjort sina årliga uppföljningar under de tre senaste åren utan att ha några som helst synpunkter på dessa nyckelpersoners sätt att utföra sina uppgifter. Kritik har inte heller framförts muntligen vid sammanträden med Socialstyrelsen och medicinska företrädare för SLL. SLL påstår att Shori Zand och Daniel Zand måste anses ha ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande över Specialistvård och dess verksamhet. Detta

är inte bara en ren spekulering utan dessutom en missuppfattning av hur HSL och anslutande lagstiftning ska tillämpas. Om SLL:s påstående skulle ha varit riktigt skulle det strida mot HSL, då ansvaret för den medicinska verksamheten ska ligga på en patientansvarig legitimerad läkare och inte får bäras av en annan person, vare sig fysisk eller juridisk. Det ansvar SLL menar ska bäras av Shori Zand och av Daniel Zand bärs idag av medicinskt ansvarig läkare, medicinskt ansvarig sjuksköterska eller någon annan anställd i den medicinska verksamheten i enlighet med vad som stadgas i lagen. Det finns dock ingen medicinskt ansvarig inom Specialistvård som har begått brott eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. – SLL valde den 29 januari 2009 att förlänga avtalet med FMC för ytterligare en tvåårsperiod. Detta torde inte ha skett om det funnits sådana allvarliga fel och brister i verksamheten som SLL påstår. Socialstyrelsens utredning är inte slutförd och ett slutligt besked i frågan torde dröja. SLL tycks göra gällande att redan den omständigheten att den regionala tillsynsmyndigheten i Stockholm genomför en utredning är tillräcklig grund för diskvalificering av Specialistvård, något som inte har stöd i LOU. – Såvitt avser vad SLL anför angående revision av FMC är FMC AB inte anbudsgivare i denna upphandling. Den medicinska revisionen har inte kommunicerats med Avesina AB, med Specialistvård eller med någon annan ansvarig inom koncernen, eller ens med FMC. Revisionen kom Avesina-koncernen tillhanda först efter det att SLL lämnat in sitt yttrande till kammarrätten.

DOMSKÄL

Kammarrätten instämmer i länsrättens bedömning att Specialistvård är att betrakta som leverantör i denna upphandling.

Kammarrätten instämmer även i länsrättens bedömning att LOU ska tillämpas vid bedömningen av den aktuella upphandlingen. Av detta följer bl.a. att upphandlande myndighet har rätt att i enlighet med 10 kap. 2 § LOU utesluta leverantörer vars företrädare har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det förhållandet att SLL i förfrågningsunderlaget angett att anbudsgivare kan uteslutas om förhållanden enligt 6 kap. 9-10 §§ ÅLOU föreligger kan enligt kammarrättens mening inte uppfattas som att SLL härigenom valt att inte tillämpa vad som sägs om företrädare i 10 kap. 2 § andra stycket LOU i nu aktuell upphandling. Vad som anges i förfrågningsunderlaget får snarare uppfattas som en information om att de fakultativa möjligheter till uteslutning som finns kan komma att användas. De omständigheter som SLL översiktligt beskriver och hänvisar till i uteslutningsbeslutet som utgörande grunden för uteslutningen avser dessutom inte händelser i Specialistvård. Beslutet om uteslutningen måste därför uppfattas som grundat på omständigheter hänförliga till 10 kap. 2 § andra stycket LOU. Huvudfrågan i målet är därför om SLL förmått visa att företrädare för Specialistvård har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Då SLL har att visa att företrädare för Specialistvård gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen är det också SLL som riskerar att inte vinna bifall till sitt överklagande om SLL inte fullgjort denna sin bevisbörda. Det saknas därmed skäl för kammarrätten att, såsom Specialistvård yrkat, förelägga SLL att styrka sina påståenden i denna del, utan det ankommer istället på kammarrätten att pröva om SLL har fullgjort sin bevisbörda. Specialistvårds yrkande om att SLL ska föreläggas att styrka sina påståenden föranleder därför ingen åtgärd.

I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 388) anges bl.a. följande om företrädare.

När det gäller svenska leverantörer, är det huvudsakligen fråga om de befattningshavare som anges i 4 § lagen om näringsförbud. Varje sådan befattningshavare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen ska anses som företrädare. Utöver denna krets av legala företrädare kan det finnas andra personer som kan anses som faktiska företrädare för juridiska personer. Avgörande är om företrädaren har betydande intresse, genom exempelvis eget eller närståendes aktie- eller andelsinnehav, och bestämmande inflytande över den juridiska personen. Bestämmande inflytande kan föreligga

då företräddaren genom fullmakt har rätt att bestämma över den juridiska personens medel. Den som satt en bulvan eller målvakt i sitt ställe har i regel ett bestämmande inflytande och kan bedömas som företrädare. Även företrädare för moderföretag kan bedömas som faktisk företrädare för ett dotterbolag. Frågan vem som är företrädare för en juridisk person ska avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet.

I 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud utpekas som legala befattningshavare, såvitt avser aktiebolag, ledamot och suppleant i styrelsen samt verkställande direktör och vice verkställande direktör.

SLL har i länsrätten endast namngett Shori Zand som påstådd företrädare för Specialistvård. I kammarrätten har SLL gjort gällande att även Daniel Zand ska betraktas som företrädare för Specialistvård. Vidare har SLL i kammarrätten, utan att namnge dessa, gjort gällande att det finns andra personer som är gemensamma företrädare för Avesina AB och Specialistvård och som ingår i den gemensamma ledningen: verksamhetscheferna från samtliga enheter, personalansvarig, utvecklingsansvarig, ekonomichef, HR-chef, inköpschef, affärsområdescheferna, marknadschef och uppstartschef.

Enligt kammarrättens mening har SLL inte beträffande någon av de icke namngivna personerna visat att det föreligger sådana omständigheter att de är att betrakta som företrädare för Specialistvård. Däremot är det enligt kammarrättens mening visat att i vart fall Shori Zand, i egenskap bl.a. av ensam styrelseledamot i Specialistvård, vid tidpunkten för beslutet om uteslutning, varit att betrakta som företrädare för Specialistvård i den mening som avses i 10 kap. 2 § LOU.

De allvarliga fel Shori Zand påstås ha begått i yrkesutövningen är hänförliga till verksamhet i FMC, vilken bedrivs i annat bolag än Specialistvård.

Av uppgifterna i den årsredovisning som finns i målet att döma synes verksamheten i FMC, i vart fall sedan maj 2007, ha bedrivits i Avesina

AB. Dessförinnan ska verksamheten i FMC ha bedrivits i FMC AB, ett dotterbolag till Avesina AB. Shori Zand har under den tid de aktuella felen begicks varit styrelseledamot och VD i Avesina AB.

Kammarrätten finner i likhet med länsrätten att den utredning som förelåg vid tidpunkten för uteslutningen visar att det begåtts fel i verksamheten i FMC som, med beaktande av att det bland annat är fråga om fel av en art som kan leda till fara för patienter, är att anse som allvarliga. Kammarrätten finner även att de åberopade felen till sin art får anses vara sådana att de är relevanta för nu aktuell upphandling. Detta med hänsyn till vad SLL anfört beträffande att det såväl i FMC:s verksamhet som i den verksamhet som är föremål för nu aktuell upphandling ingår att genom diagnostiska åtgärder klargöra om en undersökt patient är frisk eller är i behov av vidare behandling, samt att det förhållandet att en leverantör hanterar remisser och svarsutlåtanden bristfälligt eller felaktigt medför en risk för patientens hälsa, antingen genom att denne ges fel behandling eller att patient som behöver fortsatt vård inte får det.

Fråga är då om de allvarliga fel som påvisats, helt eller delvis, kan läggas Shori Zand till last på ett sådant sätt att hon kan anses ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Bestämmelsen i LOU om möjlighet till uteslutning på grund av att företrädare för leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen torde grundas på att det generellt sett får anses finnas en tillräckligt stor risk för att en företrädare som begått ett allvarligt fel i sin yrkesutövning gör samma eller liknande allvarliga fel igen och att en upphandlande myndighet ska ha möjlighet att undvika att ingå upphandlingskontrakt med leverantörer som har sådana företrädare. Det kan därför enligt kammarrättens mening inte krävas att en företrädare personligen har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, utan det är tillräckligt att företrädaren kan lastas för dessa.

Kammarrätten instämmer i länsrättens bedömning att fel som är hänförliga till enskilda befattningshavare i FMC:s verksamhet inte ska belasta företrädarna för de bolag i vilka verksamheten bedrivs, i den mån felen inte även kan anses hänförliga till företrädarna. Brister i rutiner och brister i systematiskt kvalitetsarbete får dock enligt kammarrättens mening vanligen anses vara fel av sådan art som ytterst kan läggas ledningen för en verksamhet till last. I förevarande mål uppkommer dock frågan om det förhållandet att det finns författningsbestämmelser om att det inom hälso- och sjukvård ska finnas en verksamhetschef som svarar för verksamheten påverkar det ansvar som Shori Zand har haft på grund av sin position i FMC.

De grundläggande bestämmelserna om ansvarsfördelningen mellan ledningen för en vårdinrättning och vårdinrättningens verksamhetschef finns i HSL. I 28 § HSL anges att ledningen av hälso- och sjukvård ska vara organiserad så att den tillgodoser hög patientsäkerhet och god kvalitet av vården samt främjar kostnadseffektivitet. Enligt 29 § första stycket HSL ska det inom hälso- och sjukvård finnas någon som svarar för verksamheten (verksamhetschef). Verksamhetschefen får dock bestämma över diagnostik eller vård och behandling av enskilda patienter endast om han eller hon har tillräcklig kompetens och erfarenhet för detta.

I förarbetena (prop. 1995/96:176) anges beträffande vårdgivarens kvalitetssäkring bl.a. att

vårdgivaren ska utveckla metoder för att noga följa och analysera utvecklingen vad gäller kvalitet och säkerhet och att detta t.ex. gäller system som synliggör förekomsten av risktillbud eller s.k. avvikande händelser (s. 53).

Vidare anges beträffande ledningsansvaret inom hälso- och sjukvården (s. 57) att

när det gäller den privata vården ger den associationsrättsliga regleringen besked om vem som bär ansvaret för hur

verksamheten organiseras. Om vårdverksamheten bedrivs i exempelvis aktiebolagsform ansvarar bolagets styrelse.

Den omständigheten att en verksamhetschef för en vårdinrättning har ålagts ett stort ansvar för den verksamhet som bedrivs medför således inte att allt ansvar för hur verksamheten bedrivs har lyfts från styrelsen. Styrelsen har fortfarande ett övergripande ansvar för hur verksamheten är organiserad, att kvalitetssäkrande rutiner finns och har också ansvaret för att den personal som arbetar i verksamheten är kompetent att utföra de arbetsuppgifter verksamheten kräver.

Inom ramen för FMC:s verksamhet har det begåtts fel, vilka fått och kunnat få allvarliga konsekvenser för patienter. Exempel på sådana fel är fördröjt omhändertagande av patient med smittsam lungtuberkulos, återkommande missar i remisshantering, undermåliga medicinska remisser och fynd av ett stort antal icke åtgärdade patientjournaler med patologiska provsvar. Såväl kvantiteten av begångna fel i FMC som arten av dessa innebär enligt kammarrätten att felen inte endast kan hänföras till enskilda befattningshavare utan är att betrakta som systematiska brister. De systematiska bristerna i verksamheten kan enligt kammarrätten inte heller endast hänföras till verksamhetschefen, utan får även anses belasta styrelsen i dess funktion som ytterst ansvarig för verksamheten, i vilket även ligger ett yttersta ansvar för att brister i organisationen som äventyrar patienternas intresse av en säker vård uppmärksammas och åtgärdas. De brister som förelegat på systemnivå och som styrelsen får anses till viss del ansvarig för har i förlängningen inneburit en fara för patienter som uppsökt FMC och har därmed varit att betrakta som allvarliga.

I den nyckelposition Shori Zand har haft i Avesina AB får hon anses ha haft möjlighet att tillse att verksamheten i FMC varit organiserad på sådant sätt att flera av de systematiska brister som varit för handen kunnat undvikas och avhjälpas. En del av ansvaret för att allvarliga fel har begåtts i verksamheten i FMC faller därmed på henne.

Av utredningen framgår att FMC vid tidpunkten för uteslutandet hade vidtagit vissa åtgärder för att komma tillrätta med de brister som funnits i verksamheten. Kammarrätten bedömer emellertid att för kort tid förlöpt från det att åtgärder vidtagits till det att Specialistvård uteslutits från upphandlingen för att det ska kunna anses tillräckligt klart att risken för att nya fel av liknande art och omfattning ska uppkomma minimerats i tillräcklig grad.

Kammarrätten finner sammanfattningsvis att SLL har visat att Specialistvårds företrädare Shori Zand har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Vid detta förhållande saknas anledning att ta ställning till om även Daniel Zand har varit företrädare för Specialistvård.

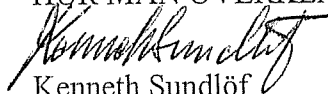
SLL har därmed haft fog för att utesluta Specialistvård, som är att betrakta som leverantör, ur den aktuella upphandlingen. Vad som framkommit i målet visar inte att beslutet om uteslutning strider mot likabehandlingsprincipen.

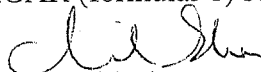
Vad Specialistvård anfört om bristande kommunikering, att Socialstyrelsen vid tidpunkten för beslutet om uteslutning inte skiljt sig från saken genom beslut, m.m. innebär enligt kammarrättens mening inte heller att beslutet om uteslutning strider mot någon tillämplig regel eller princip.

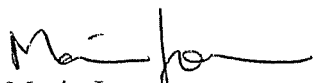
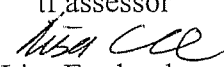
DOMSLUT

Med bifall till överklagandet undanröjer kammarrätten länsrättens dom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.


Kenneth Sundlöf
kammarrättsråd


Astrid Eke
kammarrättsråd
referent


Maria Jonsson
tf.assessor

Lisa Englund
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-02-04
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23599-08
Rotel 227

SÖKANDE

Avesina Specialistvård AB, 556644-7636
Box 1101
581 11 Linköping

Ombud: Advokat Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

Ombud: Paul Collins
Stockholms läns landsting
Juridiska enheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas avseende objekten (A) Arbetsfysiologi/-Hjärtdiagnostik, (B) Lungfunktionsdiagnostik/-Blodanalyser, (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och (E) Sömnapnéundersökningar innan rättelse skett på så sätt att anbud från Avesina Specialistvård AB prövats i anbudsutvärderingen.

Dok.Id 395247

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har genomfört en förenklad upphandling avseende tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi, SLL 1017. Upphandlingen har omfattat fem olika objekt,

- (A) Arbetsfysiologi/Hjärtdiagnostik,
- (B) Lungfunktionsdiagnostik/Blodanalyser,
- (C) Neurofysiologi,
- (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och
- (E) Sömnapnéundersökningar.

Av tilldelningsbeslut från den 18 november 2008 (protokollsutdrag från Hälso- och sjukvårdsnämnden) framgår att SLL beslutat att anta bud från andra anbudsgivare än Avesina Specialistvård AB (Specialistvård).

YRKANDEN MED MERA

Specialistvård har ansökt om överprövning enligt LOU avseende objekten (A) Arbetsfysiologi/Hjärtdiagnostik, (B) Lungfunktionsdiagnostik/-Blodanalyser, (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och (E) Sömnapnéundersökningar. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Specialistvård konstaterar att SLL har valt att tillämpa lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU – trots att denna lag upphörde att gälla den 31 december 2007. Specialistvård väljer därför att bygga sin argumentering bland annat från denna lag. Den utvärdering som SLL har genomfört i denna upphandling vidlades sådana allvarliga brister att de grundläggande kraven om affärsmässighet, transparens och likabehandling inte iakttagits. Genom att SLL har brustit i sina förpliktelser och dessutom avvikit från sina egna villkor i förfrågningsunderlaget har Specialistvård lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Specialistvård är dotterbolag till Avesina AB, förutom dessa två bolag ingår i koncernen även FlyktingMedicinskt Centrum AB som också är dotterbolag till

Avesina AB. En leverantör kan diskvalificeras om leverantören inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda kvalifikationskriterier. När det gäller punkten 4 i 6 kap 9 §. ÄLOU och punkten 4 i 10 kap. 2 § LOU framgår det av direktiv 2004/18/EG, beaktandesats 43, att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser kan överträdelse av nationell lagstiftning, som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt, betraktas som brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. Någon gemenskapsrättslig definition av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen finns inte. Medlemsstaten får definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och själv avgöra om underlåtenhet att fullgöra vissa skyldigheter utgör ett sådant fel. Någon särskild nationell lagstiftning om diskvalificering av vissa leverantörer finns inte i svensk lagstiftning, förutom vissa bestämmelser i Brottsbalken och i miljölagstiftningen. Det har överlämnats åt medlemsstaten att definiera vad som är ett allvarligt fel i yrkesutövningen, KOM (2001) 566 slutlig, s. 30. Länsrätten i Stockholms län har i dom den 9 maj 2008 uttalat i mål nr 1510-08 att reglerna i 1 kap. 17 § LOU om uteslutande från deltagande i upphandling bör tolkas restriktivt. Det måste finnas ett samband mellan felet i yrkesutövningen och det som upphandlas, det vill säga kontraktets föremål, för att ett uteslutande av en leverantör skall vara möjligt att göra i kvalificeringsfasen. Självfallet måste även det allvarliga felet i yrkesutövningen vara något som belastar den leverantör som söker vinna anbudstävlingen. Ett allvarligt fel som någon annan än anbudsgivaren gjort sig skyldig till i sin yrkesutövning är inte någon uteslutningsgrund för någon annan anbudsgivare. Inte heller ostyrkta och obekräftade fel i yrkesutövningen kan läggas till grund för att diskvalificera en anbudsgivare. Beslutet att utesluta en anbudsgivare skall vara proportionerligt till hur allvarlig den förseelse är som det är fråga om. Förseelsens art måste därför beaktas liksom vad leverantören har vidtagit för åtgärder för att hindra en upprepning. Vidare måste beaktas om det var fråga om en enstaka förseelse eller upprepade förseelser och om förseelsen

begicks nyligen eller för länge sedan. Av skrivelse från avdelningschef för avdelningen för särskilda vårdfrågor inom SLL från den 24 november 2008 framgår bland annat att det underlag som legat till grund för uteslutningen utgör ett internt PM daterat den 17 november 2008. Redan av rubriken, Angående medicinska problem på Flyktingmedicinskt centrum Avesina AB, till denna promemoria framgår att de påstådda felen och problemen inte avser anbudsgivaren Specialistvård. Uteslutningen har istället skett på grund av påstådda fel och brister hos en helt annan juridisk person, nämligen FlyktingMedicinskt Centrum AB. Frågan huruvida fel blivit begångna av detta bolag kommer att besvaras när Socialstyrelsen meddelar beslut i saken, vilket torde ske tidigast i januari månad år 2009.

Till ansökan har Specialistvård fogat förfrågningsunderlaget daterat den 22 maj 2008 och skrivelse från avdelningschef Kitty Kook Wennberg vid avdelningen för särskilda vårdfrågor där det framgår att på fråga från Specialistvård bekräftas att som stöd för uteslutningen utgör en intern PM daterat den 17 november 2008.

Länsrätten beslutade den 27 november 2008 att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas.

SLL hemställer att länsrätten lämnar Specialistvårds begäran om överprövning av upphandlingen utan bifall och yrkar att länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 27 november 2008. Till stöd för talan anförs bland annat följande. Som framgår av Specialistvårds anbud består koncernen Avesina av moderbolaget Avesina AB och bland annat dotterbolagen Specialistvård och FlyktingMedicinskt Centrum AB. Det senare är i dagsläget en leverantör till SLL. Namnet Avesina används i anbudet ibland för att beskriva moderbolaget Avesina AB och ibland för att beskriva Specialistvård. Det förekommer även förväxling i Specialistvårds eget anbud om vem som skall anses vara anbudsgivaren.

Bolagen delar flera viktiga element, bland annat är de båda verksamma inom hälso- och sjukvård, har gemensam VD, ägare och kontaktperson, det vill säga Shori Zand samt ett identiskt avvikelshanteringssystem. SLL har i samband med kvalificeringsfasen bedömt att Avesina AB, Specialistvård och FlyktingMedicinskt Centrum AB är en och samma leverantör. I punkt 1.15 *Kvalificering/Prövning av anbudsgivaren* i förfrågningsunderlaget beskrev SLL hur prövningen av anbudsgivaren skulle ske och att anbudsgivare kan uteslutas om förhållande enligt 6 kap. 9 och 10 §§ ÅLOU föreligger, inkluderande bland annat brott eller allvarligt fel avseende yrkesutövningen (motsvarande bestämmelser finns i 10 kap. 2 § LOU). Det finns sparsam vägledning i både rättspraxis och lagstiftning om vad som utgör allvarliga fel i yrkesutövningen som kan leda till diskvalificering av vissa leverantörer under 6 kap. 9 § punkt 4 ÅLOU. SLL har bedömt att det finns sakligt medicinskt skäl för att utesluta Specialistvård från deltagande i upphandlingen av klinisk fysiologi och neurofysiologi på grund av de allvarliga bristerna i både diagnos och säkerhetsrutiner (och deras efterlevnad) som upptäckts hos FlyktingMedicinskt Centrum AB. Bolaget är föremål för en pågående utredning. Patientsäkerhet är av största betydelse vid upphandlingar av hälso- och sjukvårdstjänster som SLL genomför. Det åligger därför SLL att säkerställa att leverantörerna av hälso- och sjukvårdstjänster inte exponerar patienter för väsentliga risker i utförandet av deras uppdrag. Det är uppgifterna i en intern PM, från chefsöverläkare Henrik Almkvist och överläkare samt medicinskt sakkunnig Mats Ek som framför allt ligger till grund för uteslutningen av Specialistvård. I promemorian redovisas exempel på allvarliga fel som ägt rum hos FlyktingMedicinskt Centrum AB. Uppgifterna är insamlade från interna avtalsuppföljningar, Smittskyddsenheten och Socialstyrelsen. Av uppgifterna följer bland annat bristande rutiner avseende identitetskontroll av patienter, misstolkning av prover och missad diagnostisering av sjukdom, fördröjt omhändertagande, brister i uppföljning av utebliven patient, brister i remisshantering och

remittering, undermåliga remisser, feltolkning av provsvar och brister i bevakning om att rutinerna efterlevs i verksamheten. Utöver dessa brister framkommer ytterligare uppgifter i Socialstyrelsens pågående utredning av FlyktingMedicinskt Centrum AB om oförklarlig förskrivning av läkemedel, förfalskade remisser och brister i journalföring. Dessa problemexempel visar på fel som uppkommit ur såväl systematiska brister, som enskilda befattningshavares fel och att mot bakgrund av det som beskrivits är en sammantagen medicinskt bedömning att företaget Avesina AB har påtagliga brister i förmåga i systematiskt medicinskt kvalitetsarbete. Med anledning härav anser SLL att det finns en betydande och påtaglig risk för patientsäkerheten och att dessa oacceptabla brister skulle kunna upprepas i ett annat Avesinabolag. Detta med hänsyn till att bolagen har samma ledning, ägare och avvikelshanteringssystem. SLL bedömde därför att dessa brister tillsammans utgjorde allvarliga fel i yrkesutövningen vilket fick till följd att Specialistvård uteslöts från upphandlingen.

Till yttrandet har SLL fogat en företagspresentation över Avesina, en beskrivning av ett hanteringsprogram för avvikelshantering från FlyktingMedicinskt Centrum AB och en beskrivning över ett system för avvikelserapportering från Avesina. SLL har till yttrandet även fogat en promemoria daterad den 17 november 2008 undertecknad av chefläkare Henrik Almqvist och överläkare och sakkunnig läkare Mats Ek där det beskrivs ett antal medicinska problem vid verksamheterna vid FlyktingMedicinskt Centrum Norr i Rissne, Syd i Fittja samt i Södertälje och socialstyrelsens minnesanteckningar efter besök vid FlyktingMedicinskt Centrum i Rissne den 15 september 2008.

Länsrätten beslutade den 8 december 2008 att avslå SLL: s yrkande om att det interimistiska beslutet från den 27 november skall upphävas.

Specialistvård anför bland annat följande. SLL gör inte gällande att några fel och brister skulle vidlåda Specialistvård. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att det rör sig om en enda anbudsgivare och det framgår inte att SLL skulle äga rätt att granska och pröva andra bolag än de som är anbudsgivare. SLL har anfört att namnet Avesina används i anbudet ibland för att beskriva moderbolaget Avesina AB och ibland för att beskriva Specialistvård och tagit detta som intäkt för att någon annan juridisk person än Specialistvård skulle vara anbudsgivare. Denna invändning förtjänar inte att fästa avseende vid i målet eftersom det klart framgår av förfrågningsunderlaget att det är Specialistvård som är anbudsgivare. SLL påstår även att flera viktiga element delas mellan bolagen i Avesinakoncernen. Att sådana element var kriterier i prövningen framgår inte av förfrågningsunderlaget. Beträffande rekvisitet allvarligt fel i yrkesutövningen gäller att den upphandlande myndigheten skall kunna visa att en leverantör på ett allvarligt sätt brustit i sin yrkesutövning. Leverantören skall ha överträtt olika bestämmelser, inklusive etiska regler som gäller för hans näringsverksamhet eller den bransch han verkar i, utan att det är fråga om brott. Enbart det förhållandet att den upphandlande myndigheten befinner sig i tvist angående en tidigare upphandling berättigar, enligt den tidigare tillsynsmyndigheten NOU: s mening, inte myndigheten att förkasta ett anbud. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och vara av väsentlig betydelse för kontraktsföremålet (proportionalitetsprincipen). Det strider mot proportionalitetsprincipen att diskvalificera en anbudsgivare mot kriterier som är helt frikopplade från denna juridiska enhet. För att ett sådant fel som SLL nu åberopar som grund för uteslutningen skall anses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen fordras först och främst att Socialstyrelsen skilt sig från saken genom ett beslut i ärendet. I Specialistvårds ansökan om överprövning presenteras Avesinakoncernen i korta ordalag. Där anges bland annat att koncernen idag har 250 anställda, vilka är verksamma på ett flertal olika platser runt om i Sverige.

Socialstyrelsens prövning avser en enhet inom ett företag med tre skilda geografiska verksamhetsområden.

Till yttrandet har Specialistvård fogat utdrag ur Specialistvårds ifyllda anbudsformulär, SLL:s rapport avseende upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi från den 6 november 2008 där det framgår att Avesina AB utesluts från att delta i upphandlingen enligt 6 kap. 9 § ÅLOU samt tre intyg angående Avesina AB.

SLL anför bland annat följande. Bolagen inom Avesinakoncernen skall betraktas som en och samma leverantör. Att det förhåller sig på detta sätt syns i verksamheten, i ledningen, i rutinerna och i deras anbud. Vid inlämnandet av anbudet fanns ett brev undertecknat av Shori Zand, VD för moderbolaget. Shori Zand är dessutom utnämnd som kontaktperson för anbudet. I anbudet anges bland annat att Avesina avlämnar anbudet. Med Avesina måste förstås Avesina AB eftersom det enligt brevet är Avesina AB som står för bilagorna och Avesina AB som uttryckligen åtar sig att ha arbetsgivar- och driftsansvar för tjänster inom klinisk fysiologi. Det finns även andra exempel i anbudet där Avesina blandar ihop sina verksamheter. Mot bakgrund härav och att SLL anser att det föreligger sådana förhållanden som är att betrakta som allvarliga fel i yrkesutövningen har SLL haft rätt att utesluta Specialistvård. Det är sällsynt att SLL utesluter en leverantör i en upphandling eftersom det krävs särskilda skäl härför. I detta fall anser SLL dock att sådana skäl finns. Patientsäkerhet och tillhandahållandet av god vård är av största betydelse i upphandlingar av hälso- och sjukvårdstjänster. Att Socialstyrelsen inte har avslutat sin utredning saknar betydelse. Socialstyrelsen och SLL är separata myndigheter med olika tidsfrister och ansvar. Vid prövningen och uteslutningen av Specialistvård tog SLL ställning till de uppgifter som inkom både externt från Socialstyrelsens utredning den 16 oktober 2008 och internt genom Hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltnings (HSNf)

avtalsuppföljningar och fattade därefter ett självständigt beslut. Specialistvård har till sitt senaste yttrande fogat ett antal intyg. Det finns bland annat två intyg från anställda inom HSNf daterade den 15 maj och den 25 juli 2008. Det bör noteras att intygen från HSNf skrevs innan HSNf fått kännedom om de allvarliga brister som fanns hos FlyktingMedicinskt Centrum AB.

Till yttrandet har SLL fogat försättsbladet till Specialistvårds anbud undertecknat av Shori Zand den 8 september 2008 där det bland annat framgår att Avesina AB åtar sig att ha arbetsgivar- och driftsansvar för tjänster inom klinisk fysiologi. SLL har till yttrandet även fogat en skrivelse med rubriken Exempel på hur Avesina blandar ihop sina verksamheter i anbudet.

Specialistvård anför bland annat följande. På samma sätt som Stockholms läns landsting i sina yttranden förkortar den egna organisationens namn till SLL och Hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltning till HSNf har Avesina Specialistvård AB valt att av framställningstekniska skäl ömsom använda förkortningen Avesina och Specialistvård. Det finns ingen risk för sammanblandning av organisationerna som SLL i sitt yttrande gör gällande. Specialistvård kan mot SLL:s påståenden redovisa skriftliga intyg från flera verksamhetsansvariga inom SLL-sfären men också från andra landsting. Åsikter, snarare än insikter, från personer som är perifera i förhållande till verksamheterna har varit avgörande för myndighetens beslut att diskvalificera bolaget. En okänd intern utredning, som upprättats efter myndighetens beslut om att diskvalificera bolaget, och hänvisningar till pågående utredningar mot andra juridiska personer än den som är anbudsgivare är inte tillräcklig grund för att tillämpa bestämmelsen i 6 kap. 9 § fjärde punkten ÄLOU. Vad SLL anför om patientsäkerhet och tillhandahållande av god vård är självklarheter som inte särskilt behöver påpekas. Specialistvård kan konstatera att en av de leverantörer som utsetts

som vinnare i tilldelningsbeslutet är ett vårdföretag som reviderats vid ett tiotal tillfällen av Socialstyrelsen och för närvarande har ett antal Lex Maria-ärenden som Socialstyrelsen ännu inte slutligen behandlat. Specialistvård avstår från att bifoga skriftlig bevisning om saken eftersom det skulle kunna skada andra leverantörer. Emellertid utgör SLL:s agerande genom denna jämförelse en direkt diskriminering av Specialistvård som strider mot den grundläggande regeln om likabehandling i ÄLOU och LOU. Det finns självklart samverkansfaktorer som är sammankopplade inom koncernen Avesina. Detta gäller till exempel uppföljnings- och kvalitetssäkringssystemen. Det finns även andra kopplingar som både är lagliga och nödvändiga mellan en koncernmoder och koncernens olika dotterbolag.

Till yttrandet har Specialistvård fogat SLL:s minnesanteckningar från den 19 oktober 2006, den 15 december 2007 och den 20 november 2008 efter avtalsuppföljning med GynSpecialisterna AB, SLL:s sammanställning av uppfyllelse av kvalitetsmål för basal hörselrehabilitering 2008 daterat den 17 december 2008, SLL:s minnesanteckningar från avstämningsmöte med Avesina den 1 december 2008 upprättat den 17 december 2008, referens från HSNf avseende GynSpecialisterna i Kista samt referens från Vård- och omsorgsförvaltningen i Helsingborg.

SLL anför bland annat följande. Socialstyrelsens tillsynsenhets beslut publicerade den 23 januari 2009 sex beslut och pressmeddelande där Socialstyrelsen riktar hård kritik mot FlyktingMedicinskt Centrum AB. Sedan år 2007 har Socialstyrelsen utrett FlyktingMedicinskt Centrum AB. Det konstateras ha funnits en rad brister som är fullständigt oacceptabla. Av besluten framgår bland annat allvarliga brister i journalföring, felaktiga eller fördröjda diagnoser, prov- och remissvar lämnade utan åtgärd, brist på viktiga rutiner inom ett antal områden och bristfällig egenkontroll och uppföljning. Med anledning härav vidhåller SLL att det finns en betydande

och påtaglig risk för patientsäkerheten och att dessa oacceptabla brister skulle kunna upprepas i ett annat Avesinabolag. Detta med hänsyn till att bolagen har samma ledning, ägare, brist på rutiner och avvikelshanteringssystem.

Till yttrandet fogas Socialstyrelsens pressmeddelande av den 23 januari 2009, och myndighetens beslut av samma datum med diarienumren 44-81/2008, 44-3597/2008, 44-3596/2008, 44-794/2008, 41-1970/2008 och 44-5521/2008.

Länsrätten har i dom denna dag i mål nummer 23648-08, 23649-08 och 23695-08 bifallit Medical Support i Stockholms ABs, Globen Heart ABs och S:t Görans Sjukhus ABs ansökan om överprövning av den ifrågavarande upphandlingen och förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 10 kap. 2 § LOU framgår att en leverantör kan uteslutas att delta i en upphandling om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i

första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.
Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

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

Länsrättens bedömning

Parterna har hänvisat till lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU, och SLL har anfört att uteslutningen av Specialistvård från upphandlingen har skett med stöd av 6 kap. 9 § punkt 4 i denna lag. Som länsrätten konstaterat i dom den 16 juli 2008, mål nr 15041-08, har den i målet aktuella upphandlingen påbörjats efter den 31 december 2007 och därför skall enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, denna lag tillämpas för denna upphandling. Länsrätten finner ingen anledning att frångå denna bedömning.

Frågan i målet är således om SLL med stöd av 10 kap. 2 § fjärde punkten LOU haft stöd för att utesluta Specialistvård från upphandlingen.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 11 december 1996 i mål nr 8647-1996 uttalat att reglerna om uteslutande från deltagande i upphandling bör tolkas restriktivt. Länsrätten finner dock att vad gäller upphandlingar av tjänster inom hälso- och sjukvården bör 10 kap. 2 § LOU inte ges samma restriktiva tolkning om de påstådda allvarliga felen hänför sig till brister som kan leda till fara för patienter. Prövningen av om allvarliga fel i yrkesutövningen föreligger kan inte heller begränsas, så som Specialistvård anfört, till fall där andra myndigheter, i förevarande fall

framför allt Socialstyrelsen, skilt sig från saken genom beslut. Även vad som framkommit vid en pågående prövning vid annan myndighet än den upphandlande myndigheten skall kunna ligga till grund för en bedömning av om allvarliga fel i yrkesutövningen föreligger.

Specialistvård har anfört att allvarliga fel i yrkesutövningen vid ett annat bolag än det anbudsgivande bolaget inte kan medföra en uteslutning från deltagande i en upphandling. Länsrätten finner inte stöd för denna tolkning. Den upphandlande myndigheten skall visa för att kunna utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel. Av 10 kap. 2 § andra stycket framgår att även fel begångna av en leverantörs företrädare kan ligga till grund för en uteslutning av leverantören.

Länsrätten finner inte stöd för SLL:s uppfattning att Specialistvård tillsammans med FlyktingMedicinskt Centrum och Avesina AB, skall ses som leverantör i upphandlingen. Leverantören i upphandlingen skall vara Specialistvård. Länsrätten finner således inte stöd för att Specialistvård kan ha ansetts gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Kvar att pröva är därför om företrädare för Specialistvård gjort sig skyldiga till allvarliga fel i yrkesutövningen.

Länsrätten kan konstatera att SLL endast uppgivit namn på en av Specialistvårds företrädare, nämligen VD och kontaktperson Shori Zand. Länsrätten har således att ta ställning till om främst Shori Zand kan ha anses gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

De brister som uppmärksammats avseende FlyktingMedicinskt Centrum AB, dels i yttranden och skrivelser från SLL dels i beslut och pressmeddelande från Socialstyrelsen, får anses utgöra fel i yrkesutövningen. Bland annat beskrivs hur identiteten på patienter

förväxlats, att exempelvis HIV-prov feltolkats som positivt, att det skett missade diagnosticeringar av allvarliga smittsamma sjukdomar och att medicinska remisser från FlyktingMedicinskt Centrum AB varit så undermåliga att Smittskyddsensheten gjort skriftliga råd till personalen där. Det beskrivs även hur en medicinskt ansvarig läkare innan hon slutade från FlyktingMedicinskt Centrum AB tog kontakt med Socialstyrelsen och informerade om ett fynd av cirka 80 patientjournaler med delvis patologiska provsvar som inte var åtgärdade. SLL har anfört i sin promemoria av den 17 november 2008 att FlyktingMedicinskt Centrum AB som en basal uppgift har att finna infektionssjukdomar hos sina patienter. Att det funnits brister i denna viktiga uppgift får ses som särskilt graverande. Det har även framkommit allvarliga brister i journalföring. Frågan är om dessa fel, helt eller delvis, kan hänföras även till Specialistvårds företrädare, främst VD Shori Zand, på sådant sätt att hon kan anses ha gjort sig skyldigt till fel i yrkesutövningen och om dessa fel kan anses allvarliga.

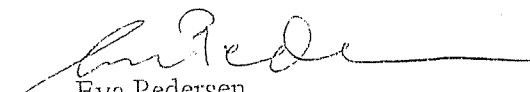
Flera av de beskrivna felen vid FlyktingMedicinskt Centrum AB är sådana att de kan tyda på vad SLL i sin promemoria från den 17 november 2008 beskriver som brister i förmåga i systematiskt medicinskt kvalitetsarbete, andra brister anses hänförliga främst till enskilda befattningshavare. Även Socialstyrelsen synes göra den uppdelningen att vissa brister uppstått bland annat på grund av systematiska brister, såsom att rutiner inte tillräckligt implementerats, och att vissa brister är att hänföra främst till enskilda individer och att dessa uppstått på grund av bristande kompetens hos de enskilda personerna. De beskrivna yrkesmässiga felen finns således på både system- och individnivå, även om det inte är möjligt att helt separera vad som skall anses vara ett fel på individnivå från vad som är ett fel på systemnivå. Ett individuellt begånget fel som uppstått på grund av bristande kompetens hos viss befattningshavare kan exempelvis även utgöra ett fel på systemnivå eftersom företagets företrädare kan ha

underlåtit att kontrollera befattningshavarens kompetens eller medvetet anställt någon utan tillräckliga meriter.

De beskrivna fel som är hänförliga till enskilda befattningshavare inom FlyktingMedicinskt Centrum AB skall inte anses belasta företrädare för FlyktingMedicinskt Centrum AB och Specialistvård, i den mån de inte även kan anses som exempel på brister i rutiner och systematiskt medicinskt kvalitetsarbete och därigenom kunna anses hänförliga även till företrädare som är gemensamma för de två bolagen. Vad gäller de systematiska bristerna får dessa anses belasta företrädare för FlyktingMedicinskt Centrum AB, då dessa företrädare har ansvar bland annat för att rutiner följs och avvikelser rapporteras men även att kompetent personal anlitas. Länsrätten finner således att de beskrivna felen åtminstone till viss del får anses belasta Shori Zand, då hon och andra företrädare för FlyktingMedicinskt Centrum AB haft ansvar för bristerna inom detta bolag.

Länsrätten finner dock att de av SLL beskrivna felen inte kan anses ha visats vara i sådan hög grad hänförliga till de företrädare som delas av Specialistvård och FlyktingMedicinskt Centrum AB, främst VD Shori Zand, att felen begångna av dessa företrädare är allvarliga. SLL har därför inte haft fog för att utesluta Specialistvård på anförd grund och Specialistvård har till följd härav lidit skada. Länsrätten finner därför att rättelse av upphandlingen skall ske på så sätt att ny utvärdering, avseende de objekt som Specialistvård ansökt om överprövning för, görs varvid Specialistvårds anbud skall prövas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1a)


Eva Pedersen
rådman

Föredragande har varit Andreas Hamrén.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

