



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-03-10
Meddelad i
Umeå

Mål nr
3250-10 E
Kansli 2

KONKURRENSVERKET	
2011-03-11	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]

Ombud för båda: Advokat Andreas Hagen
Advokatfirman Inter i Stockholm AB
Box 87
101 21 Stockholm

MOTPART

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

Överprövning av ersättningsetablering enligt lagen (1993:1652) om
ersättning för sjukgymnastik - LOS

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att förfarandet om ersättningsetablering ska
rättas genom ny prövning av anbudet.

Dok.Id 10503

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

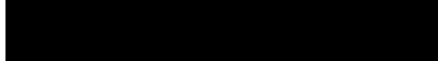
Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

En privatpraktiserande sjukgymnast gjorde hos Västerbottens läns landsting (Landstinget) en anmälan om ersättningsetablering. Landstingsstyrelsen beslutade den 27 oktober 2009 att inte inleda ett ansökningsförfarande om ersättningsetablering då man menade att det inte var möjligt att teckna samverkansavtal med ny sjukgymnast eftersom sådan redan har, eller kan få, rätt till offentlig ersättning inom ramen för ett valfrihetssystem.

Landstingets beslut överklagades till förvaltningsrätten som genom en dom den 8 mars 2010 i ett mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen upphävde det överklagade beslutet.

Med hänvisning till förvaltningsrättens dom publicerade Landstinget den 8 juni 2010 en ansökningsinbjudan om att få ingå samverkansavtal vid ersättningsetablering enligt LOS. Den 21 september 2010 beslutade Landstinget att inte teckna samverkansavtal med någon av de fem anbudsgivarna.

 yrkar nu att förvaltningsrätten ska förordna att Landstinget ska teckna samverkansavtal med högstbjudande.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

Sjukgymnastikersättning enligt LOS lämnas endast till sjukgymnast som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

(5 § första stycket LOS)

En sjukgymnast som är verksam med rätt till ersättning enligt LOS och som avser att överlåta sin verksamhet ska anmäla till landstinget om han eller hon i samband härmed vill

- säga upp sin rätt till ersättning, och
- möjliggöra för annan sjukgymnast att få ingå samverkansavtal med landstinget med motsvarande villkor (ersättningsetablering). (5 a § LOS)

Efter anmälan enligt 5 a § ska landstinget utan dröjsmål publicera en ansökningsinbjudan om att få ingå samverkansavtal. (5 b § första stycket första meningen LOS)

Landstinget ska behandla sökande på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (5 c § LOS)

Landstinget ska fatta beslut om att ingå samverkansavtal med den sökande som har erbjudit högsta pris för verksamheten och som

1. vid övertagandet av verksamheten kan uppfylla de krav som anges i 7-9 §§,
2. inte har uteslutits enligt 5 d §, och
3. inte redan har, eller kan få, rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett sådant valfrihetssystem som avses i lagen (2008:962) om valfrihetssystem.
(5 e § första stycket LOS)

I förarbetena till 5 a–5 g §§ LOS anges bl.a. följande angående att ersättningsetablering bör tillåtas (prop. 2008/09:64 s. 49):

För att patienten ska kunna ha en reell möjlighet att själv bestämma vilken vårdgivare han eller hon vill vända sig till behövs det en mångfald av aktörer. Det är därvid viktigt att såväl stora som små liksom offentliga och övriga vårdgivare får plats inom den offentligt finansierade vården. Till dess att det finns ett system som underlättar även för mindre vårdgivare att på lika villkor konkurrera med de stora och/eller offentliga aktörerna, anser regeringen att

det är viktigt att de nuvarande ersättningslagarna finns kvar och även att de vårdgivare som idag arbetar med ersättning enligt dessa lagar ges en reell möjlighet att överlåta sin verksamhet till en annan enskild vårdgivare.

Vidare anges bl.a. följande (prop. 2008/09:64 s. 54).

Ett ytterligare krav för att få ingå samverkansavtal bör vara att den övertagande läkaren eller sjukgymnasten inte har rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett sådant valfrihetssystem som avses i den föreslagna LOV. Om landstinget har ett valfrihetssystem där vårdgivaren ingår eller kan ingå och få ersättning för de tjänster som utförs i den nya verksamheten, ska landstinget inte besluta att ingå ett samverkansavtal med honom eller henne. Det bör naturligtvis inte i detta sammanhang vara möjligt att kräva av en läkare eller sjukgymnast att denne ska ändra inriktningen på verksamheten när det gäller specialitet för att kunna ingå i valfrihetssystemet och på den grunden utesluta vårdgivaren från möjligheten till ersättningsetablering. Det bör vidare understrykas att möjligheten att ingå i ett valfrihetssystem inte avser de fall där det är möjligt för en läkare eller sjukgymnast att få anställning hos en vårdgivare som i sin tur ingår i eller kan ingå i ett valfrihetssystem.

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 1-6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt LOS. Vad som sägs där om leverantör, upphandlande myndighet, kontrakt och upphandling ska i stället avse sökande, landsting, samverkansavtal respektive förfarande om ersättningsetablering. Hänvisningarna i 16 kap. 2 § första stycket och 5 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska i stället avse 5 b – 5 f §§ LOS. (5 g § första och tredje styckena LOS)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen om offentlig upphandling 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 gjorts. (16 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling)


UTREDNINGEN

Landstingets tilldelningsbeslut

I Landstingets tilldelningsbeslut den 21 september 2010 anges bl.a. följande.

Landstinget är inte skyldigt att teckna samverkansavtal med en sökande som redan har eller kan få rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett valfrihetssystem som avses i lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). Landstingsfullmäktige i Västerbottens län beslutade den 3 juni 2009 att införa valfrihetssystem i primärvården den 1 januari 2010. Sjukgymnastik omfattas av valfrihetssystemet, vilket innebär att de sökande kan få rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för Hälsoval Västerbotten.

Parternas anföranden

 anför bl.a. följande.

Den centrala frågan i målet är om Landstinget haft fog för sitt beslut att inte teckna samverkansavtal av det skälet att klagandena har möjlighet att få offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett valfrihetssystem enligt LOV.

Påståendet att  ”ingår” eller kunnat ”ingå” i det valfrihetssystem som beskrivs i Hälsoval Västerbotten måste antingen förstås så att de

- (i) har ingått ett vårdavtal med Landstinget eller
- (ii) har rätt att göra det, alternativt att de

- (iii) har eller har kunnat erhålla ersättning som anställd eller uppdragstagare hos någon som har ett sådant avtal.

Som Landstingets framställan måste förstås göras inte gällande att [REDACTED] har ingått ett vårdvalsavtal med Landstinget. Av skäl som kommer att anges senare saknar de möjlighet att ingå ett sådant avtal. Betydelsen av en eventuell möjlighet till anställning eller uppdrag hos annan vårdgivare behandlas nedan.

Såvitt gäller möjligheten till ersättning enligt LOV uttalades i propositionen (prop 2008/09:64 s. 54) att möjligheten att ingå i ett valfrihetssystem inte avser de fall där det är möjligt för en läkare eller sjukgymnast att få anställning hos en vårdgivare som i sin tur ingår i eller kan ingå i ett valfrihetssystem.

Möjligheten för en läkare eller sjukgymnast att genom anställnings- eller någon annan form av uppdragsavtal (indirekt) få offentlig ersättning enligt ett valfrihetssystem för sin verksamhet diskvalificerar således inte från rätten till ersättningsetablering, utan det är endast de valfrihetsavtal som ingås direkt mellan läkaren eller sjukgymnasten som kan göra detta. Möjligheten till diskvalificering förutsätter därmed att t.ex. sjukgymnastik bildar ett eget vårdvalssystem. Såvitt känt finns inte någonstans i landet ett eget vårdvalssystem för sjukgymnastik.

Landstinget har på sin hemsida publicerat förfrågningsunderlag för Hälsoval Västerbotten. I underlaget redovisas förutsättningarna för deltagande varvid bl.a. framgår följande: Hälsovalet i Västerbotten baseras på val av hälsocentral. Detta innebär att medborgarna fritt kan välja hälsocentral i länet. Vårdenheter som bedriver primärvård i Västerbotten ska kallas hälsocentral. De hälsocentraler som har tilläggsuppdrag att bedriva akutu-vårdsplatser i inlandet kan kallas sjukstuga. Om en Vårdgivare avser att bedriva primärvård på mer än en adress ska det inför tecknande av avtal

i enlighet med reglerna i LOS få teckna ett samverkansavtal med Landstinget. I 5 e § LOS uppställs kraven för ingående av samverkansavtal i den föreliggande situationen. Av Landstingets tilldelningsbeslut framgår att de har erbjudit det högsta priset för verksamheten och det är i målet ostridigt att de uppfyller villkoren i de två första punkterna. Som framgår av det föregående krävs därutöver att de inte redan har, eller kan få, rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett sådant valfrihetssystem som avses i LOV, dvs. bli godkänd för och kunna teckna ett vårdvalsavtal med Landstinget enligt LOV varigenom de ansluter sig till ett av Landstinget tillhandahållet vårdvalssystem för sjukgymnastik.

Som framgår av ovanstående erbjuder Landstinget inte något sådant vårdvalssystem för sjukgymnastik. Däremot erbjuder Landstinget ett i förfrågningsunderlaget beskrivet vårdvalssystem för primärvårdstjänster. [REDACTED] har erforderlig utbildning, erfarenhet och utrustning för att tillhandahålla sjukgymnastiktjänster. Det är däremot uppenbart att de inte har några som helst resurser för att uppfylla i förfrågningsunderlaget angivna krav för att bedriva primärvårdsverksamhet och därför inte kan komma i fråga för att ingå i detta system genom att själva träffa avtal med Landstinget på basis av i förfrågningsunderlaget angivna krav.

I vad mån [REDACTED] skulle ha haft möjlighet att bli anställda hos en godkänd vårdgivare/vårdcentral, vilket i och för sig bestrids, är på ovan angivna skäl irrelevant. De är därmed inte diskvalificerade från rätten till den begärda ersättningsetableringen. Detta hade varit fallet endast om Landstinget hade erbjudit ett vårdvalssystem för sjukgymnastiktjänster och de haft möjlighet att själva ingå avtal med Landstinget och därmed ansluta sig till vårdvalssystemet. Landstingets beslut är därmed uppenbart olagligt och strider mot bestämmelserna i LOS.

[REDACTED] har inte heller möjlighet att lämna anbud enligt Hälsoval Västerbotten tillsammans med andra vårdgivare för att på så sätt uppfylla de i förfrågningsunderlaget angivna kraven. De har inte några sådana samarbetspartners som tillsammans med dem skulle kunna lämna ett gemensamt anbud och har inte heller möjlighet att kontraktera sådana personer eller företag som underleverantörer.

Det är emellertid inte dessa möjligheter som avses i 5 e § LOS. Vad denna bestämmelse handlar om är möjligheten för [REDACTED] att själv teckna ett vårdvalsavtal för de sjukgymnasttjänster som de på egen hand kan åstadkomma. Det bör i detta sammanhang noteras att det i prop. 2008/09:64 s. 54 anges att det naturligtvis inte bör vara möjligt att kräva av en läkare eller sjukgymnast att denne ska ändra inriktningen på verksamheten när det gäller specialitet för att kunna ingå i valfrihetssystemet och på den grunden utesluta vårdgivaren från möjligheten till ersättningsetablering. Det är precis det Landstinget nu gör. Man utesluter dem från rätten till ersättningsetablering under hänvisning till att de kan ändra inriktning från sjukgymnasttjänster till det synnerligen breda och omfattande primärvårdsåtagande som Hälsoval Västerbotten innebär.

Landstinget anför bl.a. följande.

Sedan den 1 januari 2010 har Landstinget ett valfrihetssystem inom primärvården, där rehabilitering och habilitering ingår som en del i basuppdraget för Hälsoval Västerbotten. Detta uttrycks mycket tydligt i förfrågningsunderlaget. Det framgår även tydligt att de rehabiliterande åtgärder som avses ingå i uppdraget inte kräver sjukhusens medicinska och tekniska resurser.

I proposition 2008/09:74 uttalas på sidan 32 att det är naturligt att landstingen beslutar om vilka krav som ska gälla inom vårdvalssystemet i

primärvården. På sidan 41 anges att landstinget har frihet att besluta om utformningen av ersättningssystemet så att det anpassas till lokala och regionala förutsättningar. Landstinget har beslutat att sjukgymnaster utgör en del av Hälsoval Västerbotten.

Eftersom de sökande ingår i primärvårdens verksamhet som denna definieras har de, eller kan de få, rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett valfrihetssystem. Således är Landstinget förhindrat att ingå samverkansavtal med sökanden. Hur vården organiseras inom vårdvalssystemet saknar betydelse, möjlighet till offentlig ersättning för sjukgymnastik finns i det vårdvalssystem som inrättats i Västerbotten.

Ett vårdvalssystem innebär att medborgaren väljer utförare av hälso- och sjukvårdstjänster. Ersättningen följer patientens val av vårdgivare inom vårdvalssystemet. Det ligger i sakens natur att de vårdgivare som får offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster enligt annan reglering, exempelvis LOS, inte samtidigt kan ingå i ett vårdvalssystem, i detta fall Hälsoval Västerbotten. Naturligtvis kan patienter söka vård hos privatpraktiserande sjukgymnaster. De kan dock inte välja dessa som utförare enligt vårdvalssystemet.

DOMSKÄL

Efter att Landstinget den 8 juni 2010 publicerat en ansökningsinbjudan om att få ingå samverkansavtal vid ersättningsetablering enligt LOS beslutades att inte teckna sådant avtal med någon av de fem anbudsgivarna. Som skäl angavs att anbudsgivarna kan få rätt till offentlig ersättning inom ramen för valfrihetssystemet Hälsoval Västerbotten.

[REDACTED] menar att de varken ingår eller kan ingå i det valfrihetssystem som beskrivs i Hälsoval Västerbotten. Det är enligt förvaltningsrättens mening klarlagt att de inte ingår i valfrihetssystemet. Vad gäller frågan om de *kan* ingå i valfrihetssystemet framhåller Landstinget att sjukgymnastik ingår som en del av Hälsoval Västerbotten.

Förvaltningsrätten noterar att Hälsoval Västerbotten innebär val av hälso-central, som i valfrihetssystemets förfrågningsunderlag definieras som en funktionellt sammanhållen enhet som tillhandahåller primärvård. Hälso-centralerna ska vara ett naturligt förstahandsval av hälso- och sjukvård för medborgarna. Hälsocentralen ska utan avgränsning vad gäller sjukdomar, såväl fysiska som psykiska, svara för individers behov av medicinsk rådgivning, utredning, diagnostik, behandling, omvårdnad samt förebyggande och rehabiliterande åtgärder. Av den av Landstinget utfärdade handlingen Föreskrifter för ansökan framgår att en förutsättning för att en sökande ska kvalificera sig till att bli vårdgivare enligt Hälsoval Västerbotten är att denne åtar sig ett samlat vårduppdrag.

[REDACTED] tillhandahåller sjukgymnastiktjänster. De har inte de resurser som krävs för att bedriva en sådan hälso-central som beskrivs ovan och kan därmed inte komma i fråga för att själva teckna avtal med Landstinget inom ramen för det valfrihetssystem enligt LOV, Hälsoval Västerbotten, som införts fr.o.m. den 1 januari 2010.

I förarbetena (prop. 2008/09:64 s. 54) till 5 a-5 g §§ LOS uttalas att möjligheten att ingå i ett valfrihetssystem inte avser de fall där det är möjligt för en sjukgymnast att få anställning hos en vårdgivare som i sin tur ingår i eller kan ingå i ett valfrihetssystem. Den omständigheten att sjukgymnastik ingår som en del i Hälsoval Västerbotten, och att [REDACTED]

██████████ rent hypotetiskt skulle kunna ha möjlighet att få anställning hos en godkänd vårdgivare/vårdcentral, har därför inte någon betydelse för bedömningen.

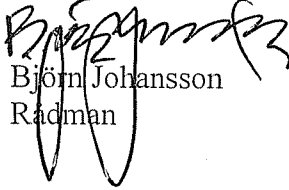
I nämnda proposition uttalas vidare att det inte bör vara möjligt att kräva av en sjukgymnast att denne ska ändra inriktningen på verksamheten när det gäller specialitet för att kunna ingå i valfrihetssystemet och på den grunden utesluta en vårdgivare från möjligheten till ersättningsetablering. Vidare framgår av propositionen att syftet med bestämmelserna varit att tillförsäkra de mindre vårdgivarna fortsatt möjlighet till offentlig finansiering fram till dess det finns ett system etablerat som underlättar för dem att på lika villkor konkurrera med stora eller offentliga aktörer.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten klarlagt att ██████████
██████████ varken har eller kan få rätt till offentlig ersättning för sina hälso- och sjukvårdstjänster inom ramen för ett valfrihetssystem enligt LOV. Härmed följer att Landstinget agerat i strid mot bestämmelsen i 5 e § första stycket 3. LOS när landstinget vägrat att teckna samverkansavtal med ██████████ med hänvisning till valfrihetssystemet Hälsoval Västerbotten.

Med hänsyn till att ██████████ har lämnat de anbud som har erbjudit högst pris för verksamheten måste de, eller i vart fall ██████████
██████████ som lämnat det allra högsta priset, anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av Landstingets agerande.

Enligt förvaltningsrättens mening är det något oklart huruvida Landstinget har prövat om de aktuella anbuden uppfyller förutsättningarna i 5 e § första stycket 1.-2. LOS. Förvaltningsrätten ska därför besluta att förfarandet om ersättningsetablering inte får avslutas förrän Landstinget gjort en ny prövning av anbuden.

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


Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

