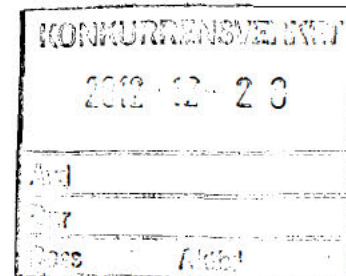
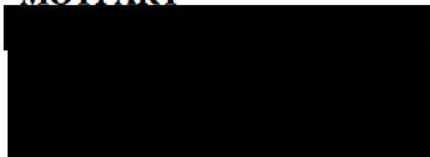




KLAGANDE

Stockholms läns landsting
Box 6913
102 39 Stockholm

MOTPART



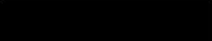
ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 9 juli 2012 i mål nr 9807-12, 9809-12, 12950-12 och 12953-12, se bilaga A

SAKEN

Ersättningsetablering enligt lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik, LOS

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till överklagandet ändrar kammarrätten förvaltningsrättens dom och avslår  ansökningar om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (landstinget) yrkar att [REDACTED] ansökningar om överprövning ska avslås. Till stöd för sin talan anför landstinget i huvudsak följande.

Enligt 5 b § LOS ska landstinget utan dröjsmål publicera ansökningsinbjudan i ärende om ersättningsetablering. För att kunna uppfylla detta var det under nu aktuell tidsperiod nödvändigt för landstinget att publicera flera ansökningsinbjudningar i följd och i nära anslutning till varandra, dock med olika slutdatum för annonsering. Konsekvensen av detta förfaringssätt var att en och samma person ansökte om att få ingå samverkansavtal i flera ärenden om ersättningsetablering för att utöka sin chans att få köpa en verksamhet med möjligheten att få teckna ett samverkansavtal med landstinget.

Enligt förarbetena till LOS (prop. 2008/09:64 s. 55) är landstinget även skyldigt att inom rimlig tid fatta ett formellt beslut med anledning av en ersättningsetablering. Den lagstadgade skyldigheten att utan dröjsmål fatta ett tilldelningsbeslut i varje ersättningsetableringsärende hindrar landstinget att avvakta med ett tilldelningsbeslut i övriga ersättningsetableringsärenden i väntan på att en säljare och köpare faktiskt fullbordar ett civilrättsligt avtal med varandra. Varje beslut om tilldelning av samverkansavtal måste därför fattas enligt 5 e § LOS med utgångspunkt från den information som är tillgänglig för landstinget vid varje ärendes utvärderings- och beslutstillfälle.

[REDACTED] ansökningar i respektive ärende ifråga utvärderades i den ordning ansökningsinbjudningarna hade publicerats, efter att tiden för varje inbjudan hade gått ut. Beslut om tilldelning av samverkansavtal i varje ärende fattades därefter av berört sjukvårdsutskott. I ärendet avseende [REDACTED] verksamhet erbjöd [REDACTED] inte det högsta priset, varför han inte kunde tilldelas samverkansavtal avseende denna verksamhet. I ärendena avseende [REDACTED], [REDACTED]

██████████ och ██████████ respektive verksamhet var det känt att ██████████ uppfyllt alla krav för att teckna samverkansavtal avseende ██████████ verksamhet. I ärendet avseende ██████████ verksamhet erbjöd ██████████ inte heller det högsta priset.

Vid utvärdering och slutligen vid beslut om tilldelning av samverkansavtal i ärende om ersättningsetablering bedömer landstinget om en sökande uppfyller de krav som uppställs i 5 d och 5 e §§ LOS. Om landstinget efter prövningen bedömer att en sökande inte uppfyller de krav som ställts i ansökningsinbjudan "utesluts" denne från förfarandet om ersättningsetablering. Med detta menas att ett samverkansavtal inte kan erbjudas denne i det ärendet ansökan avser.

Av landstingets nu aktuella ansökningsinbjudningar (avsnitt 4) framgår att "[s]ökande som har eller kommer att erbjudas att teckna samverkansavtal i ett ärende om ersättningsetablering utesluts från övriga ärenden om ersättningsetablering som denne sökt till". Redovisat stycke åsyftar den prövning som landstinget ska göra vid utvärdering och beslut om tilldelning av samverkansavtal i varje ersättningsetableringsärende avseende heltidskravet i 8 § LOS, vilket är ett led i förfarandet enligt 5 e § LOS. "Uteslutning" i nu aktuellt sammanhang innebär att i det fall landstinget efter prövning av en ansökan finner att en sökande med fog inte kan bedömas uppfylla heltidskravet enligt 8 § LOS p.g.a. att denne erbjudits att teckna samverkansavtal i annat ärende (där den sökande förväntas uppfylla heltidskravet i verksamheten), kan ytterligare samverkansavtal inte tilldelas samma sökande. Detta med anledning av att en sökande inte bedöms kunna uppfylla det grundläggande kravet om heltidsverksamhet i två verksamheter samtidigt. Detta förfaringsätt och denna bedömning av ansökan vid utvärderingstillfället och slutligen vid beslutstillfället följer den ordning som anges i 5 e § LOS. Förvaltningsrätten i Stockholm har också i dom den 26 november 2009 (mål

nr 22664-09) prövat och godtagit landstingets förfaringssätt i liknande ärende.

Begreppet "uteslutning" i ansökningsinbjudningarna innebär således inte att landstinget avstått från att utvärdera [REDACTED] ansökningar eller uteslutit honom från deltagande i ansökningsförfarandena. [REDACTED] har deltagit i samtliga ansökningsförfaranden i de aktuella ärendena. Beslut att "utesluta" honom innebär att landstinget har bedömt att han inte kan komma att uppfylla heltidskravet vid övertagande av verksamheterna ifråga.

[REDACTED] bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Han gör inte anspråk på fler än en etablering, i första hand [REDACTED] verksamhet avseende vilken han erbjudits att teckna samarbetsavtal med landstinget. Emellertid är nämnda tilldelningsbeslut överklagat och han har ännu inte getts möjlighet att teckna något samverkansavtal. Så länge han inte fått det är han felaktigt utesluten från de andra ersättningsetableringsärendena han deltagit i.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

I 5 c § LOS anges att landstinget ska behandla sökande på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 5 d § LOS får landstinget utesluta en sökande från att delta i ansökningsförfarandet i enlighet med vad som föreskrivs i 7 kap. 1 och 2 §§ lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). Av 7 kap. 1 § LOV framgår att landstinget får utesluta en sökande om han eller hon exempelvis är i konkurs eller likvidation, är dömd för brott som avser yrkesutöv-

ningen eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt.

I 5 e § LOS anges att landstinget ska fatta beslut om att ingå samverkansavtal med den sökande som har erbjudit högsta pris för verksamheten samt bl.a. vid övertagande av verksamheten kan uppfylla de krav som anges i 7–9 §§ och inte har uteslutits enligt 5 d §. Av 8 § LOS framgår att sjukgymnastikersättning, med vissa i målen inte aktuella undantag, endast lämnas till en sjukgymnast som senast ett år efter det att verksamheten påbörjades bedriver privat sjukgymnastisk verksamhet på heltid. Vidare framgår att en sjukgymnast anses som heltidsverksam om sjukgymnasten arbetar minst 35 timmar per vecka i genomsnitt eller har arbetat minst denna tid någon tolv månadersperiod under de senaste två åren.

Enligt 5 g § LOS och 16 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse enligt SFS 2007:1091 ska rätten besluta att förfarandet om ersättningsetablering ska göras om eller att det får avslutas först sedan rättelse gjorts, om landstinget har brutit mot 5 b 5 f §§ LOS och detta har medfört att den sökande lidit eller kan komma att lida skada.

Kammarrättens bedömning

Uteslutande grunder

Uppräkningen i 7 kap. 1 § LOV av grunder för uteslutning av en sökande från att delta i ett ansökningsförfarande om ersättningsetablering är uttömmande. Landstinget har i nu aktuella ansökningsinbjudningar (avsnitt 4, Uteslutning av deltagande i ansökningsförfarande) angett fem skäl för möjlig uteslutning motsvarande grunder som räknas upp i 7 kap. 1 § LOV. Som ett sjätte skäl för möjlig uteslutning har landstinget angett att en sökande som har eller kommer att erbjudas att teckna samverkansavtal i ett ärende om ersättningsetablering utesluts från övriga ärenden om ersättningsetablering som denne sökt. Detta motsvaras inte av någon

grund i 7 kap. 1 § LOV. Frågan är om den omständigheten att landstinget har angett denna sjätte grund för uteslutning medför att bestämmelserna i 5 b 5 f §§ LOS, främst 5 c och 5 d §§, åsidosatts på ett sätt som innebär att i målen aktuella förfaranden om ersättningsetablering ska göras om eller rättas.

Landstingen ska vid ingående av samverkansavtal tillämpa bl.a. LOU, om inte annat följer av 5 a 5 g §§ LOS (se 5 § LOS). Vidare är de grundläggande EU-rättsliga principer som enligt 5 c § LOS ska iakttas av landstingen vid förfaranden om ersättningsetablering samma principer som enligt LOU ska tillämpas vid offentliga upphandlingar. Ledning vad gäller i målen aktuellt rättsområde torde därmed kunna hämtas i bl.a. den rättspraxis som utvecklats beträffande LOU i tillämpliga delar. Vad gäller offentliga upphandlingar accepteras vissa brister i utformningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). Detta resonemang får enligt kammarrätten anses vara applicerbart även på förfaranden om ersättningsetablering enligt LOS.

Landstinget har beskrivit hur nu aktuella förfaranden här hanterats i praktiken. Kammarrätten finner det inte visat annat än att den praktiska hanteringen skett i enlighet med beskrivningen, även om viss tveksamhet föreligger med beaktande av bl.a. vissa formuleringar i de dokument med sammanställningar över utvärderade ansökningar som getts in av landstinget. Mot bakgrund av landstingets beskrivning och med beaktande av vad som i övrigt kommit fram i målen i denna del gör kammarrätten bedömningen att den omständigheten att en sökande har erbjudits eller kommer att erbjudas att teckna samverkansavtal i ett annat ärende om ersättningsetablering, oaktat utformningen av ansökningsinbjudan, i praktiken inte har utgjort en uteslutningsgrund i den mening som avses i 5 d § LOS. Det är snarare fråga om ett uttryck för hur landstinget kommer att bedöma heltidskravet enligt 8 § LOS, vilket enligt lag är en faktor som ska beaktas vid utvärderingen av ansökningar. Även om

utformningen av nu aktuell del i ansökningsinbjudningarna och användningen av begreppet ”uteslutning” i nu aktuellt sammanhang är synnerligen olämpliga, så är bristerna ifråga inte av den art och omfattning att de grundläggande EU-rättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i 5 b–5 f §§ LOS har åsidosatts.

Heltidskravet i 8 § LOS

██████████ har ingett ansökningar om att få ingå samverkansavtal med landstinget i samband med, såvitt nu är relevant, fem ersättnings-etableringar. Av utredningen i målen framgår följande angående tidsperioder för annonsering, utvärderingstillfällen och beslutstidpunkter i här aktuella ärenden.

Säljare	Annonseringstid	Utvärdering	Beslut
██████████	10 januari–6 mars	9 mars	3 april
██████████	18 januari–14 mars	15 mars	19 april
██████████	20 januari–16 mars	20 mars	19 april
██████████	8 februari–4 april	27 april	5 juni
██████████	9 februari–5 april	7 maj	5 juni

Av handlingarna framgår att en annan sökande än ██████████ erbjöd högsta pris avseende ██████████ verksamhet och bedömdes uppfylla samtliga ställda krav. Det förelåg därmed en skyldighet för landstinget att fatta beslut om att ingå samverkansavtal med denna andra sökande. Vid tidpunkten för prövningen av de ansökningar som inkommit avseende ██████████, ██████████ och ██████████ ██████████ respektive verksamhet stod redan klart att ██████████ i sin ansökan avseende ██████████ verksamhet erbjudit högsta pris och att han bedömts uppfylla samtliga krav för att få överta den verksamheten. Det förelåg således en skyldighet för landstinget att fatta beslut om att ingå samverkansavtal med ██████████ avseende ██████████ verksamhet. Landstinget har uppgett att bedömningen därmed gjordes att ██████████ inte kunde uppfylla

heltidskravet i 8 § LOS avseende [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] respektive verksamhet. Frågan är om denna landstingets bedömning innebär att bestämmelserna i 5 b 5 f §§ LOS, främst 5 e §, åsidosatts.

I linje med vad landstinget anfört, finner kammarrätten att systemets uppbyggnad innebär att varje beslut om att ingå samverkansavtal måste fattas utifrån en bedömning av ställda krav med utgångspunkt från den information som är tillgänglig för landstinget vid varje ärendes utvärderings- och beslutstillfälle.


I förarbetena till LOS (prop. 2008/09:64 s. 53–54) uttalas bl.a. följande. Det mest grundläggande kravet för att få ingå samverkansavtal är att sjukgymnasten vid övertagandet av verksamheten ska kunna uppfylla de i 7 9 §§ LOS angivna förutsättningarna för att överhuvudtaget vara aktuell för ersättning enligt taxan. Ersättning lämnas, med vissa särskilt angivna undantag, endast till sjukgymnaster som senast ett år efter det att verksamheten påbörjades bedriver verksamhet på heltid. Detta krav behöver inte vara uppfyllt redan vid tidpunkten för ansökan. Landstinget ska istället bedöma huruvida den sökande sjukgymnasten kan förväntas uppfylla kravet när han eller hon väl övertar den aktuella verksamheten.


Enligt landstinget kan en sjukgymnast inte samtidigt uppfylla mer än ett heltidskrav enligt 8 § LOS. Kammarrätten finner inte skäl att göra en annan bedömning. En sökande som med fog kan förutsättas komma att ingå samverkansavtal med landstinget avseende en viss verksamhet kan därför som utgångspunkt vid en prövning avseende en annan verksamhet inte förväntas uppfylla heltidskravet. En sjukgymnast som ansökt om att få ingå samverkansavtal avseende en verksamhet måste enligt kammarrättens mening regelmässigt förutsättas komma att ingå sådant avtal om han eller hon av landstinget erbjuds det. [REDACTED] ansökte om att få ingå samverkansavtal avseende [REDACTED] verksamhet. Såsom framgår ovan uppfyllde han dessutom det som krävs

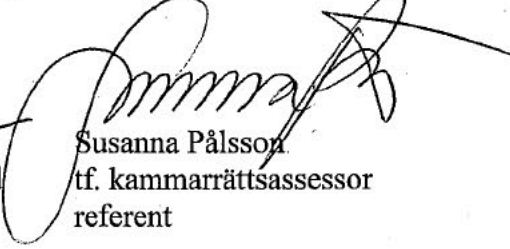
för att erbjudas avtal avseende denna verksamhet. Det har inte kommit fram att det vid tidpunkterna för landstingets utvärdering av de ansökningar som inkommit avseende [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] respektive verksamhet eller vid landstingets beslut avseende dessa verksamheter fanns några omständigheter som tydde på att en överlåtelse av [REDACTED] verksamhet inte skulle komma att ske. Landstinget får därmed anses haft fog för bedömningen att [REDACTED] skulle komma att ingå samverkansavtal avseende denna verksamhet. Av detta följer att landstingets bedömning, att heltidskravet inte var uppfyllt vad beträffar [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] respektive verksamhet, inte står i strid med bestämmelsen i 5 e § LOS. Landstingets bedömning innebär inte heller att någon annan av bestämmelserna i 5 b 5 f §§ LOS har åsidosatts.


Sammanfattningsvis finner kammarrätten att vad som kommit fram i målen enligt ovan och i övrigt inte visar att landstinget vid nu aktuella förfaranden om ersättningsetablering agerat i strid med bestämmelserna i 5 b 5 f §§ LOS på ett sådant sätt att [REDACTED] lidit eller kunnat komma att lida skada. Landstingets överklagande ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Eva Lénberg Karlsson
kammarrättsråd
ordförande


Mats Svensson
kammarrättsråd


Susanna Pålsson
tf. kammarrättsassessor
referent


Charlotte Heindow
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2012-07-09
Meddelad i Stockholm

Mål nr
9807-12, 9809-12,
12950-12, 12953-12

Bilaga A
Sida 1 (4)

SÖKANDE



MOTPART

Stockholms läns landsting
Hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltning
Box 6913
102 39 Stockholm

SAKEN

Ersättningsetablering enligt lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik, LOS

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller [redacted] ansökningar och förordnar att förfarandena om ersättningsetablering ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 29 maj 2012 och den 20 juni 2012, att förfarandena om ersättningsetablering tills vidare inte får avslutas, upphör därmed att gälla.

Dok.Id 246481

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltning i Stockholms läns landsting (landstinget) har genomfört förfaranden om ersättningsetablering avseende sjukgymnasterna [REDACTED] verksamhet, dnr HSN 1110-1352, [REDACTED] [REDACTED] verksamhet, dnr HSN 1109-1167, [REDACTED] verksamhet, dnr HSN 1111-1456 och [REDACTED] verksamhet, dnr. HSN 1111-1471.

Landstinget meddelade i underrättelser avsända den 25 april 2012 respektive den 7 juni 2012 att samverkansavtal i ovan angivna ärenden kommer att slutas med andra anbudsgivare än [REDACTED]. I underrättelserna anges dessutom följande. Av Ansökningsinbjudan avsnitt 4 framgår att sökande som har eller kommer att erbjudas att teckna samverkansavtal i ett ärende om ersättningsetablering utesluts från övriga ärenden om ersättningsetablering som denne sökt till. [REDACTED] ansökan har uteslutits med anledning av att han föreslagits teckna samverkansavtal i [REDACTED] [REDACTED] verksamhet, dnr HSN 1110-1289.

[REDACTED] ansöker om överprövning och yrkar att förfarandet om ersättningsetablering ska rättas avseende ovan angivna ärenden på så sätt att hans anbud inte ska uteslutas. Han anför bl.a. följande. Han anser att han blivit felaktigt utesluten från förfarandena av samma skäl som [REDACTED] anført i sina mål (9580-12, 9582-12 och 9583-12). Han uppfyller ställda krav i ansökningsinbjudan. Landstinget har hänvisat till att han redan vunnit möjligheten att teckna samverkansavtal i annat ärende, vilket är korrekt. För det fall [REDACTED] ansökan om överprövning till förvaltningsrätten vinner bifall (mål nr 9580-12), innebär det att han inte längre kommer stå som vinnare och därför inte kommer kunna teckna något samverkansavtal med landstinget.

Landstinget vidhåller besluten och anför bl.a. följande. Den nationella sjukgymnasttaxan är konstruerad så att en och samma sjukgymnast inte kan uppfylla två heltidskrav vilket framgår av 8 § LOS samt förordningen

(1994:1120) om ersättning för sjukgymnastik (FOS). Det är alltså inte juridiskt möjligt för en och samma sjukgymnast att ingå samverkansavtal med ett landsting avseende två etableringar enligt LOS. Eftersom [REDACTED] skulle erbjudas att teckna samverkansavtal i annat ärende beslutades att utesluta honom i de andra ärendena. Skulle en och samma person ge in ansökan avseende två eller flera efter varandra utannonserade etableringar ange högsta pris för flera, saknas en grundläggande förutsättning för beslut om att ingå samverkansavtal med personen i fråga beträffande den etablering som har ett senare utannonserings- och öppningsdatum. Vid prövningen av de övriga etableringarna går det inte att komma till någon annan slutsats än att sökanden inte kan uppfylla heltidskravet i 8 § LOS, vilket får till följd att beslut om att ingå samverkansavtal inte kan fattas i enlighet med 5 e § första stycket LOS 1, och 8 § LOS.

Förvaltningsrätten har den 29 maj 2012 och den 20 juni 2012 i beslut förordnat att förordnandena om ersättningsetablering avseende ovan nämnda förfaranden tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Inledningsvis noterar förvaltningsrätten att [REDACTED] ansökan om överprövning i aktuella mål har gjorts beroende av utfallet i ett annat hos förvaltningsrätten pågående mål (mål nr 9580-12). Förvaltningsrätten kan inte pröva hans yrkanden utifrån denna omständighet, varför den lämnas utan avseende.

Förvaltningsrätten har i dom denna dag avgjort mål 9580-12, 9582-12 och 9583-12 och där funnit att landstinget, genom att tillämpa en uteslutningsgrund som inte har stöd i LOS, har genomfört förfarandena om ersättningsetablering på ett sätt som strider mot bestämmelsen i 5 d § LOS. Skäl saknas att göra en annan bedömning i nu förevarande mål. Eftersom [REDACTED] [REDACTED] har blivit utesluten från deltagande i ansökningsförfarandet på felaktig grund, har han lidit eller kan han i vart fall komma att lida skada.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.