



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Lena Palmér

DOM
 2011 -07- 15
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 5312-11 E
 5580-11 E

SÖKANDE

1. Avonova Hälsa Syd AB, 556185-8795
 Hans Michelsensgatan 1 B
 211 20 Malmö

Ombud: Advokat Henrik Gallus och jur. kand. Joakim Persson
 Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB
 Älvgatan 16
 531 31 Lidköping

2. Feelgood Företagshälsovård AB, 556185-6385
 Hans Michelsensgatan 9
 211 20 Malmö

MOTPART

Vellinge kommun
 235 81 Vellinge

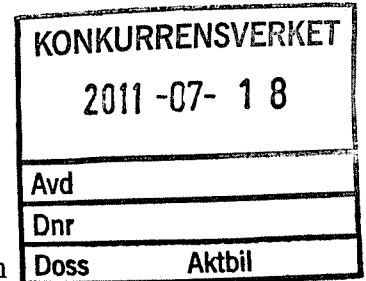
Ombud: Jur. kand. Catharina Lundberg
 SERKON i Vellinge AB
 Malmövägen 28
 235 36 Vellinge

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Vellinge kommuns upphandling av Företagshälsovård (dnr UH-11-3) ska göras om.



YRKANDEN M.M.

Vellinge kommun genomför en upphandling av Företagshälsovård (dnr UH-11-3). Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 17 maj 2011 har Vellinge kommun antagit anbud från AB Previa.

Avonova Hälsa Syd AB (Avonova) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Avonova har diskvalificerats i kvalificeringsfasen. Som grund härför har anförts att Avonova inte uppfyllt ett skall-krav i punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget. Det bestrides att Avonova inte uppfyller det aktuella skall-kravet. Oavsett detta har kommunen gjort fel som prövat ett s.k. skall-krav under kvalificeringsfasen. Detta ska prövas under anbudsprövningen. Hanteringen är således formellt inkorrekt och strider mot LOU. Diskvalificeringsgrunderna i 11 kap. 11 § LOU är uttömmande och därför har kommunen inte haft rätt att utesluta Avonova i kvalificeringsfasen. Upphandlingen måste därför göras om.

Punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget lyder på följande sätt vad avser sjuk- och friskanmälan: *”Uppdragstagaren skall ha fungerande rutiner för sjuk- och friskanmälan. Sjuk- och friskanmälan skall behandlas av leg sjuksköterska.”* Det finns i förfrågningsunderlaget således inte något krav på att det ska vara en leg sjuksköterska som tar emot samtalet från den enskilde, utan det är tillräckligt att behandling sker av en person som har sådan utbildning. Kommunen har i sitt beslut ställt upp ett krav som inte finns i förfrågningsunderlaget. Avonova har erbjudit en automatisk tjänst för sjuk- och friskanmälan med valmöjlighet att vid samtliga tidpunkter på dygnet kunna kopplas till leg sjuksköterska. Därutöver tar en leg sjuksköterska kontakt med den sjuke efter tre dagar. Avonova tillhandahåller också statistik över sjukfrånvaro samt analyserar och återkopplar till arbetsgivaren. Härigenom uppfyller Avonova det upp-

ställda kravet att en leg sjuksköterska behandlar sjuk- och friskanmälan, så som kravet rimligen kan tolkas.

För det fall rätten finner att kommunen gjort en riktig tolkning av det aktuella skall-kravet görs gällande att förfrågningsunderlaget är bristfälligt. Såsom kravet utformats i förfrågningsunderlaget kan det inte anses uppfylla kravet på fattbarhet, så som detta tolkats av EG-domstolen. Även en anbudsgivare som är nog så informerad och omsorgsfull kan inte förväntas förstå att det angivna kravet på att sjuk- och friskanmälningar behandlas av leg sjuksköterska, även innefattar ett krav på att samtliga anmälningar (per telefon) också ska mottagas av en leg sjuksköterska.

Av kommunens beslut framgår att syftet med det aktuella skall-kravet har varit att fånga upp eventuella bakomliggande orsaker till sjukskrivningen samt att professionella råd kan lämnas till den sjuke. Syftet har inte framkommit förrän i samband med tilldelningsbeslutet. Kravet är inte heller proportionerligt i förhållande till det angivna syftet. Syftet uppnås på samma sätt genom att leg sjuksköterska har ett övergripande ansvar för sjuksituationen och analyserar sjukläget. Kravet kan därför inte användas mot Avonova.

Kommunen har antagit anbud från Previa. Detta står i strid med LOU eftersom det finns brister i Previas anbud som innebär att det inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Bristen är så allvarlig att upphandlingen måste göras om. Previa uppfyller inte det ställda kravet på tillgänglighet i punkten 6.1. i förfrågningsunderlaget "*Företagshälsovården skall vara tillgänglig för besök och telefonrådgivning vardagar måndag – fredag 08.00 – 16.00 samt ha kompetens, resurser och erfarenhet att leda och driva arbetsmiljöprojekt*". Previa har i sitt anbud angett att man har öppet för besök och telefonrådgivning vardagar 08.00 – 17.00, dock ej klämdagar. Previa har vidare angett att semesterstängning kan förekomma under semestertid och att man efter överenskommelse med kund då kan hänvisa till annan Previaenhet. Det

ska noteras att antalet klämdagar per år överstiger två och att det inte av förfrågningsunderlaget framgår att kravet på tillgänglighet inte ska gälla under semestertid. Det faktum att Previa hänvisar till att tillgängligheten under semesterperioden kan lösas efter en överenskommelse innebär inte att det går att utvärdera vad anbudet faktiskt innebär och vilka villkor som Previa kommer att ställa upp för en sådan överenskommelse.

Avonova riskerar genom den felaktiga hanteringen av upphandlingen att lida ekonomisk skada. Avonovas offererade pris understeg Previas.

Feelgood Företagshälsovård AB (Feelgood) begär också överprövning av upphandlingen och anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Feelgood har uteslutits på felaktiga grunder. Det ifrågasätts att kommunen i utvärderingen, som ett nytt skall-krav, kan lägga in sin värdering att kommunens avsikt är att det professionella samtalet inte ska kunna väljas bort. Det ifrågasätts även om detta är i överensstämmelse med hälso- och sjukvårdslagen. Det kan inte heller vara möjligt för en arbetsgivare att kräva att arbetstagaren ska söka vård för att sjukanmäla sig. Tvångsvård i Sverige är hårt reglerat.

Vellinge kommun bestrider bifall till ansökningarna och anför bl.a. följande. Kommunen har inte sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Man har begärt en beskrivning av verksamheten utvisande att krav i förfrågningsunderlaget uppfylles. Enligt 11 kap. 11 § LOU får teknisk kompetens styrkas genom uppgift om utbildnings- och yrkeskvalifikationer. Avonova har inte styrkt den tekniska kompetensen beträffande yrkeskvalifikationer för mottagande av sjuk- och friskanmälan. Enligt Avonovas koncept för sjuk- och friskanmälningar ringer den enskilde till en automatisk tjänst för anmälan. Sjukanmälan kan enligt Avonovas anbud även göras via webbsida. Avonovas koncept uppfyller inte kravet på kontakt med leg sjuksköterska vid sjuk- och friskanmälan. Syftet med kommunens krav är att den anställde vid sjuk- och friskanmälan alltid ska tala med leg sjuksköterska som erbjuder kvalificerad

rådgivning. I förfrågningsunderlaget har klart och tydligt angivits att sjuk- och friskanmälan ska behandlas av leg sjuksköterska.

Previa har i sitt anbud angivit att öppettider inte omfattar klämdagar. Dock finns enligt anbudet möjligheter att utföra uppdrag på andra tider efter överenskommelse. Merparten av kommunens anställda är inte i tjänst på de två klämdagar som finns på ett år. Möjligheten finns till överenskommelse om annan tid, vilket gör att reservationen inte tillmätts någon betydelse. Under semestertid kan hänvisning ske till Previaenhet i t.ex. Malmö. Behovet av företagshälsovård är också begränsat under semesterperioden. Avonovas totalpris understiger Previas totalpris marginellt, men det bör observeras att priset endast är viktat till 50 %.

Feelgoods koncept för sjuk- och friskanmälan uppfyller inte kommunens krav på att sjukanmälan ska behandlas av leg sjuksköterska. Syftet med kommunens krav är att den anställde, vid sjuk- och friskanmälan, *alltid* ska tala med leg sjuksköterska som erbjuder kvalificerad rådgivning. Feelgood har inte styrkt den tekniska kompetensen beträffande yrkeskvalifikationer för mottagande av sjuk- och friskanmälan. Feelgood påstår att det rör sig om ett nytt skall-krav när kommunen som sin avsikt uttalat att det professionella samtalet inte ska gå att välja bort. Detta stämmer emellertid inte eftersom det av punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget tydligt framgår att anmälan ska behandlas av leg sjuksköterska. Sjuksköterskan tar emot samtalet och registrerar sjukanmälan. Därefter erbjuds rådgivning. Rådgivningen är med andra ord frivillig. Kommunens vilja är att den anställde bara ska behöva ringa ett samtal och i detta samtal bli professionellt bemött av en leg sjuksköterska. I de fall rådgivning ges dokumenteras detta i enlighet med hälso- och sjukvårdslagen och Socialstyrelsens föreskrifter. Vellinge kommuns tillvägagångssätt vid sjuk- och friskanmälningar har förhandlats med de fackliga organisationerna.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Både Avonova och Feelgood har uteslutits från vidare deltagande i den aktuella upphandlingen på den grunden att anbudet inte har ansetts uppfylla skall-kravet i punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget gällande rutiner för sjuk- och friskanmälningar. Avonova gör i förvaltningsrätten bl.a. gällande att förfrågningsunderlaget, vad avser det aktuella kravet, är otydligt. Feelgood gör bl.a. gällande att kommunen i tilldelningsbeslutet ställt upp ett nytt skall-krav gällande rutinerna för sjuk- och friskanmälningar.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Samtliga krav som ställs på det som ska upphandlas ska finnas med i förfrågningsunderlaget och det ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Uppställda krav får inte frånfallas eller ändras.

I punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget anges följande vad avser sjuk- och friskanmälan: ”Uppdragstagaren skall ha fungerande rutiner för sjuk- och friskanmälan. Sjuk- och friskanmälan skall behandlas av leg sjuksköterska.”

Någon närmare förklaring till vad kommunen avser med skrivelsen att anmälningarna ska *behandlas* av leg sjuksköterska ges inte. I utvärderingsprotokollet har kommunen dock anfört följande angående det aktuella kravet. ”I förfrågningsunderlaget punkt 6.2 finns ett viktigt strategiskt skall-krav för Vellinge kommun nämligen att vid sjuk- och friskanmälan skall samtalet behandlas av legitimerad sjuksköterska. För Vellinge kommun är det alltså ett krav att en leg sjuksköterska dygnet runt tar emot alla telefonsamtal vid sjuk- och friskanmälan etc. Vår avsikt med det är att det professionella samtalet inte ska kunna väljas bort. (.....) Kommunen accepterar således inte att sjuk- och friskanmälan etc sker på annat sätt.”

Att kravet på att sjuk- och friskanmälningar ska behandlas av en leg sjuksköterska innefattar ett absolut krav på att sjuk- och friskanmälan måste ske per telefon och att en leg sjuksköterska dygnet runt ska ta emot alla telefonsamtal vid sjuk- och friskanmälningar framgår inte av förfrågningsunderlaget utan har angetts först i utvärderingsprotokollet. Kravet på öppenhet, förutsebarhet och transparens i upphandlingen kan mot bakgrund av det anförda inte anses uppfyllt.

Redan på denna grund finner förvaltningsrätten det visat att Vellinge kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då Avonova och Feelgood härigenom har lidit eller kan komma att lida skada föreligger grund för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att den konstaterade bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet anser rätten att upphandlingen ska göras om.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU