



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2010-04-15
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
1065-10 E
Domarenhet 8

SÖKANDE

Kinnekullehälsan AB, 556500-6821
Fabriksgatan 4
531 30 Lidköping

Ombud:

Advokat Henrik Gallus
Advokat Henrik Gallus AB
Älvgatan 16
531 31 Lidköping

MOTPARTER

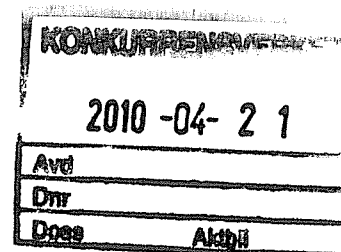
1. Arvika kommun (dnr 2009-207)
671 81 Arvika
2. Eda kommun (företrädd av Arvika kommun)
Box 66
673 22 Charlottenberg

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.



BAKGRUND

Arvika och Eda kommuner (kommunerna) har inlett en upphandling (förenklat förfarande) av företagshälsovård för personal anställda inom Arvika och Eda kommuner samt inom Arvika kommuns helägda bolag, Arvika Bostad AB och Arvika Elnät AB. Upphandlingen har skötts av Arvika kommun. Vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit. De bedömdes dock inte uppfylla alla skallkrav och kommunerna beslutade därför att avbryta upphandlingen och inleda förhandlingar med de två anbudsgivarna, där dessa gavs möjlighet att komplettera anbuden så att skallkraven skulle uppfyllas. Då Kinnekullehälsan AB (Kinnekullehälsan) inte ansågs inom föreskriven tid ha inkommit med efterfrågad komplettering beslutade kommunerna att anta anbudet från AB Previa (Previa).

PARTERNAS INSTÄLLNING

Kinnekullehälsan yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Kinnekullehälsan bl.a. följande.

Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunerna även genomfört det andra steget i upphandlingen (utvärdering) och att Previas anbud där-
efter antagits. Kommunerna har under upphandlingsarbetet gjort en
prisjämförelse mellan anbuden från Previa och Kinnekullehälsan. Av
denna framgår att Kinnekullehälsans anbud var det mest ekonomiskt
fördelaktiga.

I första hand hävdar Kinnekullehälsan att kommunerna, genom sitt
agerande, inte iakttagit de grundläggande krav som uppställs på en
offentlig upphandling. Kommunerna har sedan upphandlingen avbrutits
uppställt krav på att en förteckning över referenser och att ifyllda
referensblanketter skulle inges till kommunerna. Genom att samtliga
referensblanketter (två per företagssköterska) ingetts inom föreskriv-
en tid har Kinnekullehälsan fullgjort detta krav. Kommunerna me-
nar dock att detta skulle vara otillräckligt, och att en förteckning över
referenserna också skulle ges in. Genom att gentemot Kinnekullehäll-
san uppställa krav utan någon som helst praktisk betydelse så står
agerandet i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen

m.m. När Kinnekullehälsan hade inkommit med referenser för samtliga berörda företagsskoterskor så har kommunerna haft den nödvändiga informationen om vilka referenser som också åberopades.

I andra hand gör Kinnekullehälsan gällande att kommunerna genomfört upphandlingen och meddelat ett formellt tilldelningsbeslut trots att det dessförinnan framförts att upphandlingen avbrutits. Den offentliga upphandlingen har alltså genomförts trots att inget av de båda anbud som lämnades uppfyllde skullkraven. Detta förfarande står också i strid med de grundläggande principerna i LOU.

För det tredje menar Kinnekullehälsan att det faktum att kommunerna, sedan upphandlingen avbrutits, valt att inleda förhandlingar med två leverantörer står i strid med 15 kap. 5 § LOU. Nämnda bestämmelse anger att anbud genom skrivelse kan infordras från en (1) leverantör utan annonseringsförfarande. I förevarande fall har alltså förhandlingar inletts med två leverantörer.

Vidare gör Kinnekullehälsan även gällande att den aktuella upphandlingen inte uppfyllt de rekvisit som uppställs för att kommunerna skulle ha fått anordna ett s.k. enkelt förfarande enligt 15 kap. LOU. Upphandling av företagshälsovård är inte av den karaktären att den kan anses avse en s.k. B-tjänst enligt 1 kap. 2 § LOU. Av de övergripande krav som uppställs på anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen och som framgår på s. 9 i anbudshandlingen framgår bl.a. att "företagshälsovården ska bidra med kunskap till arbetsgivarens organisation och ta fram arbetsmetoder i det hälsofrämjande, förebyggande och rehabiliterande arbetet". Det anges även på samma sida uttryckligen att kommunernas "grundinställning är att den traditionella sjukvården skall tillgodoses inom ramen för samhällets hälso- och sjukvård och inte belasta Leverantörens resurser". På s. 10 räknas de obligatoriska kompetensområdena upp. Det noteras därvid särskilt att flera av de uppräknade yrkesgrupperna inte har med direkt hälsovård att göra. Företagshälsovård, i förevarande fall, kan inte anses inbegripas i definitionen "Hälsovård och socialtjänster" i bilaga 3 till LOU. Den s.k. B-tjänsten omfattar hälsovård i ordets traditionella betydelse. Den aktuella upphandlingen omfattar förebyggande vård och konsultation i arbetsrelaterade ohälsofrågor snarare än faktiskt hälsovård.

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

I brev till anbudsgivarna i den avbrutna upphandlingen redovisade kommunerna förutsättningarna för anbudsgivningen enligt 15 kap. 5 § 1 p LOU. Av förutsättningarna i brevet framgår att svaret med kompletteringarna skulle lämnas senast den 25 november. Uteblivna

kompletteringar medförde att anbudet blev ogiltigt. Även i den förnyade upphandlingen ställdes - liksom i den ursprungliga - krav på att själva svaret skulle innehålla uppgift om referenser. Kinnekullehälsan lämnade inget svar. Däremot inkom till kommunerna uppgifter direkt från referenspersoner.

I kommunernas beslut den 9 december 2009 redovisades hur upphandlingen genomförts och de olika steg som kommunerna vidtagit. Beslutet blev att Kinnekullehälsans anbud förkastades i och med att bolaget inte svarat och därmed ej heller lämnat begärda uppgifter om referenspersoner. Uppdraget tilldelades Previa.

Som redovisats ovan har det i upphandlingen inte lämnats några lämpliga anbud. Någon annan möjlighet än att avbryta upphandlingen förelåg då inte. Två alternativ stod då till buds. Antingen att göra en helt ny upphandling eller tillämpa 15 kap. 5 § LOU. Kommunerna beslutade för sin del att tillämpa 15 kap. 5 § 1 p LOU. Av bestämmelsen framgår att myndigheten får skicka en skrivelse till en anbudsgivare. Något hinder - om inga lämpliga anbud lämnats - att vidga den kretsen till samtliga anbudsgivare i den första anbudsomgången föreligger emellertid inte.

I LOU anges i bilaga 3 att hälsovård och socialtjänster utgör B-tjänster. Kommunerna gör gällande att det är hälsovård som omfattas av upphandlingen.

Förvaltningsrätten (dåvarande länsrätten) har den 18 december 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Beslutet gäller till dess att rätten slutligt avgör målet, om det inte dessförinnan ändras eller upphävs av rätten eller överinstans.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2

§ besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § ska upphandlande myndigheter 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.

I 1 kap. 2 § andra stycket LOU föreskrivs att endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster). B-tjänst är bl.a. hälsovård och socialtjänster (kategori 25).

Av 15 kap. 5 § 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet utan föregående annonsering får begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och under förutsättning att kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget inte ändras väsentligt.

Den första frågan är om den aktuella upphandlingen av företagshälsovård är att anse som en B-tjänst och om bestämmelserna i 15 kap. LOU är tillämpliga. I kravspecifikationen har kommunerna angett att de med företagshälsovård avser expertresurser inom områdena hälsa, arbetsmiljö och rehabilitering. Företagshälsovården ska bidra med kunskap till arbetsgivarens organisation och ta fram arbetsmetoder i det hälsofrämjande, förebyggande och rehabiliterande arbetet. Enligt förvaltningsrättens mening avser upphandlingen sådana tjänster som utgör B-tjänster, även om arbetet i stor utsträckning är inriktad på förebyggande och hälsofrämjande arbete. Bestämmelserna i 15 kap. LOU är därmed tillämpliga.

En förutsättning för att bestämmelsen i 15 kap. 5 § ska bli tillämplig är att det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller

inte lämnats några lämpliga anbud. I detta fall har anbud lämnats, och det kan knappast med fog hävdas att dessa inte varit "lämpliga". Med "inte lämplig" måste rimligen menas något fel i själva den erbjudna varan eller tjänsten, som gör att det erbjudna inte motsvarar upphandlande myndighets behov. Att kommunerna i detta fall inte ansett sig genast kunna gå vidare till utvärdering har istället berott på vissa formella brister beträffande referenser. Previas anbud har uppenbarligen bedömts lämpligt, eftersom kommunen efter komplettering avseende referenser antagit detta anbud. Vidare anger bestämmelsen, som Kinnekullehälsan anfört, att skrivelse med begäran om anbud kan få skickas till endast en leverantör.

Eftersom det är fråga om en undantagsbestämmelse får den enligt förvaltningsrättens mening tolkas restriktivt. Bestämmelsen är knappast heller avsedd för att bota sådana brister i anbudet som det här varit fråga om. Snarare hade kommunerna bort överväga inhämtande av kompletteringar enligt 15 kap 12 § LOU eller – om detta inte bedömdes möjligt – göra en ny upphandling.

Förvaltningsrätten anser alltså att kommunerna gjort fel då de tillämpat 15 kap 5 § LOU. Felet har sedermera lett till att Kinnekullehälsan uteslutits från utvärdering, vilket medfört skada eller risk för skada för Kinnekullehälsan. Upphandlingen bör därför göras om i enlighet med Kinnekullehälsans yrkande.

Vid denna bedömning behöver förvaltningsrätten inte pröva vissa andra anmärkningar som Kinnekullehälsan framfört.

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



Joar Berglund, rådman

Föredragande har varit beredningsjuristen Göran Wirdéus.

UPPLYSNING

Den 15 februari 2010 lades landets 23 länsrätter samman till 12 förvaltningsrätter. Verksamheterna vid Länsrätterna i Värmlands och Örebro län har överförts till Förvaltningsrätten i Karlstad. Detta mål som kommit in till Länsrätten i Värmlands län (mål nr 2642-09), har därför avgjorts av Förvaltningsrätten i Karlstad.