



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Mariestad
 Christian Martinsson

DOM
 2010-05-04
 Meddelad i
 Mariestad

Mål nr
 1111-10 E
 Rotel 2:4

2010-05-05

Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Feelgood Företagshälsovård AB, 556185-6385
 Box 5254
 102 46 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Jenny Lindgren och Advokat Hugo Norlén
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1203
 751 42 Uppsala

MOTPART

Skövde kommun
 541 83 Skövde

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 27 november 2009 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND och YRKANDEN M.M.

Skövde kommun har infordrat anbud på företagshälsovårdstjänster, dnr 90681 (upphandlingen).

I tilldelningsbeslut den 20 november 2009 antogs anbudet från Kinnekullehälsans Aktiebolag.

Länsrätten har den 27 november 2009 förordnat att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas.

Feelgood Företagshälsovård AB yrkar i första hand att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning förordnar att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i att Feelgoods anbud upptas till prövning samt att en ny utvärdering ska ske. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Feelgood anför bl.a. följande. Kommunen har i strid med LOU uteslutit Feelgoods anbud. Feelgoods anbud uppfyller samtliga skallkrav och borde rätteligen ha upptagits till prövning. Feelgood har lämnat det lägsta priset och borde därmed ha tilldelats upphandlingen. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Feelgood.

- Feelgood uppfyller samtliga skallkrav – Kommunen har gjort en felaktig prövning av Feelgood som anbudsgivare. Feelgoods anbud har förkastats från fortsatt anbudsutvärdering med hänvisning till att Feelgood inte uppfyllt skallkrav om tillgänglighet och företagskötterska. Feelgood har således inte ansetts ha tillräcklig teknisk förmåga och kompetens för aktuellt uppdrag. Feelgood har dock uppfyllt det aktuella skallkravet i förfrågningsunderlaget och har visat att Feelgood har tillräcklig teknisk förmåga och kompetens för att utföra det aktuella uppdraget.
- Krav på tillgänglighet – I anbudsförfrågan (punkten 4.1.3 i anbudet) anges att anbudsgivarens lokaler skall uppfylla kommunens krav på tillgänglighet. I tillgänglighetskravet ingår att annan verksamhet inte ska bedrivas i direkt anslutning till anbudsgivarens bedrivande av företagshälsovård. Exempelvis skall det finnas separata väntrum om anbudsgivaren bedriver olika slags verksamheter. Feelgood har i sitt anbud angett att Feelgood för närvarande har en kombinerad företags- och friskvårdsenhet utan separata väntrum.

Feelgood har dock även angett att man kommer att iordningställa ett separat väntrum för företagshälsovården för det fall Feelgoods anbud antas av kommunen. I anslutning härtill har Feelgood även, på plats i Feelgoods lokaler, visat företrädare för kommunen hur den tilltänkta uppdelningen kommer att disponeras. Trots detta har kommunen förkastat Feelgoods anbud på den grunden att Feelgood inte uppfyller tillgänglighetskravet. För det fall skallkravet om tillgänglighet kan tolkas på det sätt kommunen synes göra gällande, står kravet i strid med den gemenskapsrättsliga principen om proportionalitet och att bristande uppfyllelse av kravet därför inte kan utgöra grund för att förkasta Feelgoods anbud. Kravet att anbudsgivare skall ha t.ex. separata väntrum kan uppställas först vid kontraktets tilldelning, och då endast om det är nödvändigt för att kunna tillhandahålla företagshälsovårdstjänster. Proportionalitetsprincipen, såsom den kommit till uttryck i EG-domstolens praxis, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som ska upphandlas. Kraven som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Avseende denna prövning har Konkurrensverket uttalat att det av EG-domstolens praxis framgår att bedömningen av huruvida proportionalitetsprincipen åsidosatts består av tre steg. För det första ska en bedömning göras av huruvida en åtgärd är en lämplig eller effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. om det finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har även uttalat att reglerna ska tolkas i funktionella termer, dvs. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen

som ska bedömas. Enligt Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 4846-09 är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns. Syftet med skallkravet på tillgänglighet är enligt förfrågningsunderlaget att säkerställa att den leverantör med vilken kontrakt tecknas kommer att ha ändamålsenliga lokaler för att kunna utföra det aktuella uppdraget. Tillgänglighetskravet avser att skydda integriteten för de vård sökande. Det är en alltför långtgående åtgärd att kräva att anbudsgivare vid anbudstillfället disponerar över åtskilda lokaler, eftersom det medför att leverantören redan innan man har tilldelats kontraktet måste ha utfört ombyggnationer syftande till att separera den verksamhet som omfattas av upphandlingen från annan verksamhet. Effekten av detta blir att konkurrensen minskar, eftersom leverantörer som inte har åtskilda lokaler utesluts från möjligheten att avge anbud. Åtgärden är varken lämplig eller nödvändig. En lämplig åtgärd för att uppnå detta är att kräva att lokalerna vid avtalsstart är avskilda. Kommunens tillämpning av tillgänglighetskravet strider därmed mot såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen. Med beaktande av det anförda föreligger inte grund för att ifrågasätta tillgängligheten på Feelgoods lokaler. Då Feelgood genom sitt anbud och kontakter med kommunen har visat att bolaget kommer att bygga om lokalerna för att utföra det aktuella uppdraget kan skallkravet inte anses proportionerligt om det ska tolkas på så sätt att Feelgood inte kvalificerar sig i upphandlingen. Upphandlingen måste därför rättas i enlighet härmed.

- Krav på kompetens, företagssköterska – I anbudsförfrågan anges att anbudsgivaren skall tillhandahålla minst en företagssköterska. Krav på att det ska finnas fler än en företagssköterska saknas. Vidare anges att anbudsgivaren maximalt får erbjuda två personer som skall utföra tjänsten. Feelgood har i sitt anbud angett att bolaget tillhan-

dahåller en företagssköterska samt en legitimerad sjuksköterska. Feelgood har på så vis uppfyllt ställda kompetenskrav på minst en företagssköterska samt har därutöver valt att upplysa kommunen att man även förfogar över en legitimerad sjuksköterska som en del av de tillgängliga tjänsterna. Kommunen har trots detta förkastat Feelgoods anbud på den grunden att kravet på sjuksköterska inte har uppfyllts. Kommunens agerande i detta avseende strider mot den gemenskapsrättsliga principen om proportionalitet. Upphandlingen måste därför rättas i enlighet härmed.

- Feelgood har lidit skada – Feelgood har i sitt anbud angett det lägsta priset i upphandlingen med 1 088 475 kr jämfört med Kinnekuhlehälsans näst lägsta pris med 1 095 750 kr. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Om kommunen agerat i enlighet med LOU skulle Feelgoods anbud ha tagits upp till prövning och därmed varit det anbud som skulle ha antagits då Feelgood angav det lägsta priset. Feelgood har därmed lidit skada. Med hänsyn till att bristerna i upphandlingen hänför sig till kvalificeringsfasen och inte till upphandlingens konkurrenssökande skede, bör upphandlingen i första hand rättas i enlighet med Feelgoods förstahandsyrkande. Om förvaltningsrätten finner att bristerna är av så allvarlig karaktär att rättelse inte kan komma ifråga, bör upphandlingen istället göras om.

Skövde kommun (kommunen) yrkar att förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning samt upphäver det interimistiska beslutet. Kommunen anför bl.a. följande. Leverantör som enligt 16 kap. 1 § LOU anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU får ansöka om överprövning. Feelgoods anbud har inte uppfyllt skallkrav på tillgänglighet. Anbud som inte uppfyller skallkrav går inte att utvärdera och därmed kan inte leverantören anses lidit skada. Därför har inte Feelgood talerätt. Ansökan ska då avvisas.

- Kompetens – Vad gäller kravet på kompetens på företagssköterska, vitsordar kommunen vad Feelgood anger i sin överprövning. Det strider mot kravet på proportionalitet att diskvalificera Feelgoods anbud med hänvisning till att Feelgood har lagt till en person som inte uppfyller kravet på kompetens. Feelgood uppfyller kravet på minst en företagssköterska och borde inte ha diskvalificerats på denna grund.

- Tillgänglighet – Enligt förfrågningsunderlaget punkt 4.1.3 skall lokalerna vara centralt belägna inom kommunen och anpassade för företagshälsovård. Med tanke på den anställdes personliga integritet ska inte annan verksamhet bedrivas i direkt anslutning, exempelvis ska separat väntrum finnas. Det kan konstateras att Feelgood bedriver annan verksamhet i direkt anslutning; en gymverksamhet. Företrädare för Skövde kommun har varit på plats och inspekterat lokalen. Vid detta tillfälle har Feelgood redogjort för hur ett nytt väntrum ska disponeras i lokalen i anslutning till receptionen. Läkaro- och sköterskemottagningen ligger på andra sidan av den allmänna receptions- och cafélokalen, där även gymdelen finns. Ergonom/sjukgymnastlokalen ligger strax intill det tilltänkta väntrummet. Anställd/patient måste alltså röra sig i de utrymmen där annan verksamhet bedrivs, och lokalen trots det tänkta avskilda väntrummet, har inte ansetts uppfylla kravet på den anställdes personliga integritet. Vid besöket hos Feelgood gjordes bedömningen att företagshälsovården inte blir tillräckligt avskild från annan verksamhet utan är integrerad i den övriga verksamheten. Kommunens bedömning grundar sig inte på att väntrummet inte är iordningställt vid anbudstillfället. Grunden för beslutet att inte kvalificera anbudet är att den planerade omdisponeringen av lokalen genom ett avskilt väntrum inte är tillräcklig för att garantera den anställdes integritet. Uppfattningen av hur Feelgood har planerat lokalen har bekräftats i

e-post. Av ”frågor och svar” framgår att företagshälsovården ska hållas avskiljd från annan verksamhet. Ett avskiljt väntrum är bara ett exempel på vad som krävs.

Feelgood har härefter anfört bl.a. följande. Kommunen anger att grunden till varför kommunen har förkastat Feelgoods anbud avseende kravet på tillgänglighet, är att Feelgoods planerade omdisponering av sin lokal inte är tillräcklig för att garantera den anställdes integritet.

- Det uppställda kravet, med den innebörd det givits av kommunen, strider mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens – Feelgood har vid anbudsgivningen haft att utgå från det som anges i förfrågningsunderlaget. Kommunen har i efterhand kommit att tolka tillgänglighetskriteriet på ett sätt som inte framgår av anbudsunderlaget. Kommunen har således givit tillgänglighetskravet en för anbudsgivarna okänd innebörd varvid avgörande betydelse har tillmätts kriterier som inte framgått av förfrågningsunderlaget. Kravet står härmed i strid med den gemenskapsrättsliga principen om transparens och bristande uppfyllelse av kravet kan därför inte utgöra grund för att förkasta Feelgoods anbud. Vid kommunens inspektion av Feelgoods lokaler förevisade Feelgood hur man tänkt lösa frågan om skilda väntrum. Det var fullt möjligt för kommunen att då förtydliga vad som krävdes härvidlag. Kommunen kände för övrigt redan till – före besöket – att Feelgoods verksamhet var integrerad; platsbesöket skedde för att se hur Feelgood tänkte lösa väntrumsfrågan. Det faktum att kommunen överhuvudtaget var villigt att besöka Feelgood under rådande omständigheter stöder Feelgoods uppfattning att separata väntrum räcker. I annat fall fanns det inget skäl för kommunen att besöka Feelgood – det hade räckt att upplysa Feelgood att det krävdes att man etablerade företagshälsovården i alternativa lokaler. Om Feelgood fått reda på detta, hade Feelgood i anbudet kunnat ange att man avsåg vidta ytterligare åt-

gärder. Det är först nu som Feelgood upplysts om att lokalåtgärder-
na inte var tillräckliga och att som synes större förändringar kräv-
des för att Feelgood skulle uppfylla kravet. Noteras bör att kommu-
nen dock varken i tilldelningsbeslutet eller i sitt yttrande har angett
vilka brister som finns och vilka åtgärder som krävs för att Feel-
good ska anses uppfylla kravet på tillgänglighet. Feelgood vet såle-
des fortfarande inte vad som krävs för att kunna uppfylla tillgäng-
lighetskravet med kommunens nuvarande tolkning. Det enda som
kommunen anger är att Feelgood inte uppfyller kravet. Det ska
även noteras att Feelgood i detta fall har uppfyllt kravet på separata
väntrum, vilket i förfrågningsunderlaget angavs som exempel på
vad som avsågs med kravet på att garantera de anställdas personliga
integritet. Kommunen har som angivits ovan inte i sin inspektion
givit Feelgood anledning att tro att kravet skulle tolkas på det sätt
som kommunen nu tycks göra. Feelgood har därmed företagits möj-
ligheten att uppfylla kommunens krav. För det fall det aktuella kra-
vet kan tolkas på sätt som kommunen nu synes göra gällande i sitt
yttrande, trots det som anförts ovan, åberopas RÅ 2002 ref. 50. I
enlighet med rättsfallet måste en upphandlande myndighets för-
frågningsunderlag vara så klart utformat att både potentiella och re-
ella anbudsgivare utifrån detta ska kunna utforma anbud som mot-
svarar den upphandlande enhetens önskemål. En upphandling ska
vidare ske på lika villkor och det är därför, vilket framgår av både
doktrin och EG-rättslig praxis, av största vikt att en upphandlande
myndighet såväl skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag
som följer detsamma. Se även EG-domstolens mål C-19/00 angä-
ende att alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier på samma sätt.
Utformningen av förfrågningsunderlaget har gett kommunen ett
stort utrymme för skönsmässiga bedömningar av huruvida Feelgo-
ods lokal uppfyller kravet på tillgänglighet eller inte. Kommunen
har härigenom bl.a. kunnat ställa högre krav på Feelgood än vad
som framgår av förfrågningsunderlaget. I enlighet med vad som an-

förts kan tillgänglighetskravet inte förstås på annat sätt än att Feelgood uppfyllt kravet.

- Det uppställda kravet, med den innebörd som givits av kommunen, strider mot den gemenskapsrättsliga principen om proportionalitet – Syftet med kommunens krav på tillgänglighet anges vara att garantera de anställdas/vårdsökandes integritet. För att tillgodose detta syfte ställs som krav att det ska finnas separata väntrum för anbudsgivarnas företagshälsovård och annan eventuell verksamhet. Det är dock ett alltför långtgående krav att, utöver detta, även kräva att anbudsgivarna inte får bedriva någon annan verksamhet i anslutning till företagshälsovården. Detta krav står varken i proportion till vad som ska upphandlas eller är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå syftet att garantera de anställdas/vårdsökandes integritet. Att kräva helt åtskilda verksamheter hindrar även aktörer som är verksamma inom både företagshälsovård och friskvård. Feelgoods erfarenhet är att beställare normalt anser det vara positivt att friskvårdsverksamhet bedrivs i anslutning till företagshälsovården, eftersom det möjliggör för vårdgivaren att t.ex. enkelt kan kunna föreskriva ”motion på recept” och liknande friskvårdsinsatser.

Kommunen har härefter anfört bl.a. följande.

- Förfrågningsunderlaget – Feelgood anger i yttrandet att kommunen i efterhand tolkar tillgänglighetskriteriet på ett sätt som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunen bestrider detta påstående. Det framgår i förfrågningsunderlaget punkt 4.1.3 att annan verksamhet inte får bedrivas i direkt anslutning till företagshälsovården. Som ett exempel nämns separata väntrum. Feelgood har även under processen ställt en fråga kring detta krav och fått till svar att lokalerna inte ska vara tillgängliga för vem som helst, att det bara ska bedrivas företagshälsovård i lokalen samt att verksamheten ska håll-

las skild från annan verksamhet. Detta krav kan därför inte, såsom Feelgood påstår, anses ha en okänd innebörd eller innehålla kriterier som inte framgått av förfrågningsunderlaget.

- Förevisning av lokal – Feelgood har lämnat ett anbud på företagshälsovård. Anbudsgivaren måste kvalificeras och anbudet utvärderas i upphandlingsprocessen. Att kommunen inspekterat lokalen kan inte läggas som intäkt för att kommunen delar Feelgoods uppfattning eller accepterar lösningen. Besöket var nödvändigt för att se hur lokalen är disponerad och få information om hur Feelgood tänkt utforma lokalen vid eventuellt erhållande av kontrakt. Vad gäller Feelgoods inställning att kommunen vid besöket borde ha förtydligat eller instruerat Feelgood om hur de skulle ändra sitt anbud, så är kommunen av uppfattningen att ett sådant förfarande är i direkt strid med upphandlingslagstiftningen. Det strider mot likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet under en upphandlingsprocess talar om för en anbudsgivare hur deras anbud ska utformas för att de ska erhålla kontraktet. Sådan särbehandling är inte tillåten. Kommunen måste inspektera anbudet så som det är lämnat av leverantören. Vid besöket visades att patienten måste passera allmänna utrymmen där annan verksamhet bedrivs för att ta sig till sjukgymnast, läkare, ergonom etc. Väntrummet skulle i och för sig vara separat, men placerat mitt i lokalen där annan verksamhet bedrivs. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att företagshälsovårdverksamheten bedrivs i direkt anslutning till annan verksamhet. Det finns heller ingen möjlighet för en upphandlande myndighet att innan tilldelningsbeslutet meddela Feelgood att deras anbud skulle diskvalificeras då de bedriver annan verksamhet i direkt anslutning till företagshälsovårdverksamheten. Feelgood efterlyser att kommunen i tilldelningsbeslutet borde angett vilka brister som finns i deras anbud och vilka åtgärder som krävs för att Feelgood ska anses uppfylla kravet på tillgänglighet. Feelgood har inte inkommit

med en skriftlig begäran om upplysningar varför det egna anbudet inte kvalificerats eller inte tilldelats kontraktet. Kommunen har inte brustit i detta hänseende.

- Utformning av kravet på tillgänglighet, lokal – Feelgood menar att förfrågningsunderlagets krav på tillgänglighet inte är utformat på sådant sätt att det leder till ett rättvisande resultat och att det lämnar utrymme för skönsmässiga bedömningar. Feelgood anser att kommunen ställt högre krav på Feelgood än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Återigen får hänvisas till vad som står i förfrågningsunderlaget – att ingen annan verksamhet får bedrivas i direkt anslutning – samt till svaret på frågan ställd kring detta. Kommunen har hållit sig till denna lydelse under hela förfarandet och en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstår vad som menas med att ingen annan verksamhet får bedrivas i direkt anslutning.
- Proportionalitetsprincipen – Kommunen ställer inte krav på att leverantör inte får bedriva annan verksamhet än företagshälsovård, vilket Feelgood hävdar. Detta är fel och skulle naturligtvis vara oproportionerligt. Kravet är att ingen annan verksamhet får drivas i direkt anslutning. Kravet på avskildhet uppställs för att garantera de anställdas personliga integritet i en känslig verksamhet kring hälsa och sjukvård. Kravet på integritet kan inte anses som oproportionerligt vid en upphandling rörande hälsa.

Feelgood har härefter anfört bl.a. följande.

- Närmare om transparensprincipen – Feelgood har inte krävt att kommunen skulle tipsa Feelgood om hur anbudet skulle utformas. Det som Feelgood anfört är det inte av förfrågningsunderlaget går att sluta sig till att kommunen skulle tillämpa en så strikt tolkning av tillgänglighetskravet, och att kommunens agerande i övrigt inte

gav Feelgood anledning att tro att kommunen skulle tillämpa en så strikt tolkning Det är uppenbarligen så att Feelgood inte har tolkat kravet på det sätt som kommunen nu gör gällande. I annat fall hade Feelgood försäkrat sig om en annan lokal, planerat tillbyggnader eller vidtagit andra åtgärder. Feelgood hade inte lagt ned tid och resurser på sitt anbud om man hade fått indikation – i förfrågningsunderlaget – att tillgänglighetskravet skulle tolkas som att t.ex. vissa gemensamma utrymmen inte skulle kunna delas mellan verksamheterna.

- Närmare om proportionalitetsprincipen – Kommunen har gjort en alltför strikt tolkning av vad som utgör verksamhet i direkt anslutning, och kommunens tolkning av kravet leder till ett oproportionerligt resultat. Med kommunens tolkning, kommer Feelgood inte att kunna komma ifråga som leverantör eftersom en vårdsökande måste passera vissa allmänna utrymmen på väg till väntrummet. Kommunens tolkning innebär att Feelgood måste skaffa en ytterligare lokal förutom den befintliga lokalen. Att passera allmänna utrymmen på väg till väntrummet kan heller inte utgöra intrång i de anställdas integritet, utan är snarare huvudregel än undantag på svenska vårdmottagningar. Med kommunens tolkning skulle det inte heller vara tillåtet att ha en gemensam ingång. Det kan även ifrågasättas om kommunen menar att det är möjligt att ha verksamhet ”vägg i vägg”, eftersom de vårdsökande som går in även kan ses av besökare till den andra verksamheten. Det är ingen skillnad mot att en vårdsökande får passera en allmän gata eller en allmän ingång för att komma in till företagshälsovården, som att den vårdsökande får passera t.ex. ett receptionsområde. I kravet avseende den enskildes integritet ligger inget anonymitetskrav. En vårdsökande måste fortfarande vänta i ett allmänt utrymme, låt vara att övriga personer där själva är vårdsökande. Det kan tilläggas att Feelgood bedriver friskvårdsverksamhet i anslutning till företags-

hälsovården. Det är således fråga om verksamhet som bygger på personligt förtroende och respekt för de enskildas integritet. Det vore alltför ingripande att kräva att en anbudsgivare skulle behöva ha skilda lokaler för sina verksamheter för att kunna garantera de anställdas integritet, vilket blir resultatet av kommunens strikta tillämpning. Det tillräckliga är att separata väntrum finns. Kommunens tolkning av tillgänglighetskravet gör det orimligt betungande för aktörer med dubbla verksamheter att avge anbud, till fördel för aktörer som enbart verkar inom företagshälsovård. Kommunens krav på tillgänglighet strider därmed uppenbart mot proportionalitetsprincipen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. 1 § LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § samma lag 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I punkt 4.1.3 (tillgänglighet) i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Lokalerna ska vara centralt belägna inom kommunen och anpassade för företagshälsovård. Med tanke på den anställdes personliga integritet ska

inte annan verksamhet bedrivs i direkt anslutning, exempelvis ska separat väntrum finnas. Uppgift om lokalmässig placering ska framgå av anbudet.

I punkt 5.1.1 (utvärdering av anbud) i förfrågningsunderlaget anges följande. I utvärderingsfasen utvärderas de anbud lämnade an anbudsgivare som uppfyller samtliga kvalificeringskrav, samt där anbudet uppfyller samtliga krav. Vid prövning av anbuden kommer det anbud antas som har lägst pris.

I ”frågor och svar” till upphandlingen framgår bl.a. följande. Publik fråga: I kravspec. punkt 4.1.3 Tillgänglighet, sägs att annan verksamhet inte får bedrivs i direkt anslutning till FHV. Vad avses med annan verksamhet? Om man bedriver förebyggande friskvård och träning som en integrerad del i FHV anses det av er som annan verksamhet? Idag på de flesta ställen sitter anställda i gemensamma väntrum där någon ska träffa läkare, någon annan gå på en utbildning, någon tredje på en friskvårdsaktivitet utan att detta upplevs som något integritetsproblem eftersom våra erbjudanden ingår i ett helhetsperspektiv.

Publikt svar till ovan ställda fråga: Med annan verksamhet avses att lokalerna inte ska vara tillgängliga för vem som helst, utan vi anser att det, av integritetsskäl, bara ska bedrivs företagshälsovård där. Om man sedan har olika ärenden till fhv har vi inga synpunkter på. Men vi anser alltså att fvh-verksamhet ska hållas skiljd från annan verksamhet av mer öppen/offentlig karaktär.

I e-postmeddelande från kommunen till Feelgood framgår bl.a. följande. Här nedan kommer en beskrivning av hur jag uppfattade att lokalerna skulle disponeras om för Skövde kommuns räkning. Feelgood ämnar disponera om lokalerna för Skövde kommuns räkning på så sätt att ett avskilt väntrum tillhandahålles i anslutning till entrén/receptionen. Läkare- och sköterskelokaler ligger på andra sidan av den allmänna receptions- och kaféloka-

len. Ergonom/sjukgymnastlokaler ligger strax intill det tilltänkta väntrummet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Mot bakgrund av att kommunen uppgett att Feelgood uppfyller kompetenskravet på minst en företagssköterska och inte borde ha diskvalificerats på grunden att inte göra så, gör inte förvaltningsrätten någon särskild bedömning av framställningen i denna del. I övrigt kan följande sägas.

Tillgänglighetskravet i förfrågningsunderlaget

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis om Feelgoods lokaler för företagshälsovård uppfyller kommunens "skallkrav" på tillgänglighet mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget, där det uppges bl.a. följande: " Lokalerna ska vara - - - . Med tanke på den anställdes personliga integritet ska inte annan verksamhet bedrivas i direkt anslutning, exempelvis ska separat väntrum finnas". I frågor och svar" (ab. 1 sid.60) förklarar kommunen att företagshälsovård "skall hållas skiljd från annan verksamhet av mer öppen/offentlig karaktär". I belysning av det sagda framstår det som uppenbart att det nyssnämnda uttrycket "direkt anslutning" avser att förhindra att ifrågavarande dubbla verksamheter, när de inte redan sammansmält, nära anknyter till varandra, fogar sig tätt intill varandra, står i nära förbindelse med varandra eller därmed jämförliga förhållanden. Beträffande vad som i Feelgoods fall talar för "bedrivas i direkt anslutning", sett till företagshälsovården, noterar Förvaltningsrätten sådan annan verksamhet (gymverksamhet) som måste passeras igenom, omedelbart kringsluter eller direkt gränsar till. Samma ingång och tecken på samordning/integration inom ett gemensamt helhetsutrymme kan förstärka intrycket av att det sker ett "bedrivas i direkt anslutning". Mot bakgrund härav och övriga omständigheter finner Förvaltningsrätten att Feelgood inte kan anses uppfylla kommunens "skallkrav" på tillgänglighet på sätt som

anges i förfrågningsunderlaget. Att Feelgood uppgett avsikt att göra vissa ändringar föranleder ingen annan bedömning.

Utformningen av tillgänglighetskravet

Transparensprincipen innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att skapa öppenhet och lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Förfrågningsunderlaget bör vara klart och tydligt formulerat och innehålla samtliga krav som ställs. - Feelgood har gjort gällande att det uppställda tillgänglighetskravet, med den innebörd det givits av kommunen, strider mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens. Därtill åberopas att utformningen av förfrågningsunderlaget har gett kommunen ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar av huruvida Feelgoods lokal uppfyller kravet på tillgänglighet eller inte. Mot bakgrund av vad Förvaltningsrätten redan har anfört ovan i föregående stycke, får förfrågningsunderlaget vad gäller tillgänglighetskravet anses som klart och tydligt utformat, där anbudsgivarna givits samma förutsättningar för att lämna anbud.

Tillgänglighetskravet i förhållande till proportionalitetsprincipen


Feelgood har anfört att kommunens krav på att det inte får finnas annan verksamhet i direkt anslutning till verksamheten strider mot principen om likabehandling och proportionalitet genom att leverantörer som inte har åtskilda lokaler utesluts från möjligheten att lämna anbud. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Av EG-domstolens praxis framgår, som Feelgood uppgett i sin begäran om omprövning, att bedömningen ska genomföras som en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. - Det syfte som kommunen angett med det uppställda kravet är att garantera de anställdas personliga integritet i en känslig verksamhet kring hälsa och sjukvård. För att vara proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de ef-

tersträvade syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Förvaltningsrätten anser att det uppställda tillgänglighetskravet framstår som nödvändigt för att uppnå det efterstävade syftet.

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till det ovan sagda och vid en sammantagen bedömning att kommunen genom att uppsätta krav på att annan verksamhet inte får bedrivas i direkt anslutning till företagshälsovården, inte handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Det uppställda kravet kan heller inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Det framstår således som befogat att utesluta sökandens anbud från utvärderingen på grund av att nu nämnda obligatoriska krav inte uppfyllts.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att skäl att besluta om åtgärder enligt LOU inte föreligger. Upphandlingen får därför avslutas och det interimistiska beslutet ska inte längre gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 D)


Joakim von Warnstedt

