



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2015-10-20
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2514-15 E

SÖKANDE

IntraPhone AB, 556534-5633
Gustav Adolfs torg 47
211 39 Malmö

Ombud: Ida-Maria Andersson
c/o Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Västerås stad
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-10-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 162383

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-431 63 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västerås stad (kommunen) genomför upphandling avseende IT-stöd för hemtjänstens verksamhet, dnr 2014/479-PV-061. Den 6 maj 2015 beslutade kommunen i tilldelningsbeslut att anta anbud från Joliv AB.

YRKANDE M.M.

IntraPhone AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud men utan beaktande av Joliv AB:s anbud. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Anbudsgivare ska ange två referensuppdrag som avser leveranser av IT-stöd för hemtjänstens verksamhet genomförda inom kommunal regi de senaste tre åren. Joliv AB har i sitt anbud angett ett referensuppdrag som utförts för Attendo Sverige AB vilket är ett privat omsorgsföretag. Genom formuleringen "genomförda i kommunal regi" har kommunen begränsat de referensuppdrag som anbudsgivare kan tillgodoräkna sig till att endast omfatta uppdrag eller leveranser som utförts på uppdrag av en kommun. Eftersom kommunen har uppställt kravet har man således att genomföra upphandlingen med beaktande av detta krav och det är därvid ovidkommande om kravet skulle kunna vara oproportionerligt eller inte. Anbudsgivare ska även ange uppgifter om referensuppdragens omfattning. Av Joliv AB:s anbud kan inte omfattningen av referensuppdrag två utläsas. Beskrivningen "IT-stöd för planering av all hemtjänst i Spånga-Tenta stadsdelsområde" säger ingenting om den ungefärliga omfattningen t.ex. beräknat på timmar/månad eller kontraktsvärde av det åberopade referensuppdraget.

Bolagets egna anbud uppfyller samtliga ska-krav och bolaget kvalificerades för vidare prövning och utvärdering. Det finns ingen anledning att ifråga-

sätta riktigheten av de uppgifter som angetts i anbudet. Upphandlande myndighet är skyldig att under utvärderingsfasen bedöma bolagets anbud så som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Efter att anbudsgivaren kvalificerats kan anbudet inte förkastas med hänvisning till att ska-krav inte är uppfyllda. I utvärderingsfasen kan anbud endast tilldelas lägre mervärdespoäng på grund av låg kravuppfyllnad. Trots detta har kommunen förkastat bolagets anbud efter att en demonstration ägt rum, det vill säga under utvärderingsfasen, med hänvisning till att samtliga ska-krav inte uppfylls. Detta strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

En del av utvärderingsfasen utgjordes av en demonstration varvid systemens användarvänlighet skulle bedömas. Under demonstrationen har bolaget förklarat att det inte är möjligt att ha en integration med automatisk utväxling aktiv under demonstrationen. Materialet och informationen som visades under demonstrationen matades därför manuellt in i systemet. Att ett system innehållande vissa manuella funktioner har presenterats vid demonstrationen innebär inte att bolaget inte har möjlighet att tillhandahålla ett system med automatiska funktioner. Det är inte ett ska-krav i den aktuella upphandlingen att demonstrationen genomförs i ett system med endast automatiska funktioner. Det finns inget hinder mot att demonstrationen genomfördes i ett system med vissa manuella funktioner och bolagets anbud kan därför inte förkastas på denna grund. Bolaget har ingen insikt i om övriga anbudsgivare lyckats visa systemet i skarp miljö. Denna omständighet är dock ovidkommande eftersom bolaget de facto kan leverera det system som efterfrågas oaktat att demonstrationen inte genomfördes i skarp miljö.

Genom att Joliv AB:s anbud rätteligen inte skulle ha beaktats och då bolagets egna anbud felaktigt har förkastats har bolaget lidit skada. Även om bolagets egna anbud inte skulle uppfylla samtliga ska-krav lider bolaget skada om Joliv AB:s anbud felaktigt antas eftersom upphandlingen annars kommer att behöva göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bland annat följande. Det finns inget krav om att referensuppdraget ska vara utfört med en kommun som avtalspart. Det referensuppdrag som Joliv AB uppgett i anbudet är ett uppdrag som genomförts inom kommunal regi och Joliv AB och Attendo Sverige AB har tillsammans utfört det aktuella referensuppdraget på uppdrag av en kommun. Att Joliv AB befunnit sig i ett leverantörsled där Attendo Sverige AB haft den avtalsrättsliga relationen med företaget ändrar inte uppdragets art eller omständigheterna kring genomförandet av leveransen. Att oavsett uppdragets art ha som krav att den kontraktsrättsliga relationen måste vara direkt med en kommun vore ett oproportionerligt krav i strid med 1 kap 9 § LOU. Vad gäller referensuppdrag nummer två har Joliv AB redovisat uppdragets omfattning, IT-stöd för planering av all hemtjänst i Spånga-Tenta stadsdelsområde. Det fanns inget krav på att specificera omfattningen i timmar.

Som underlag för utvärderingen av anbuden hölls en demonstration genom vilken inhämtades information både för prövningen av kraven och i utvärderingen av tilldelningskriterierna. Det framgår av förfrågningsunderlaget att ställda ska-krav gäller under hela anbudsprövningsfasen. Av lydelsen ”vidare prövning” framgår också att prövningen inte är till ända efter den inledande kvalificeringen utan att ytterligare prövning kommer att utföras. Under demonstrationen framkom att bolaget inte uppfyllde efterfrågade krav på bland annat automatisk maskinell utväxling av uppgifter om brukare och insatser och automatisk matchning av registrerade parametrar på personal och brukare. Bolaget genomförde inte demonstrationen i skarp miljö utan använde sig av manuell registrering av uppgifter. Då samtliga övriga anbudsgivare lyckats uppfylla kravet på att visa ett system med automatiskt utväxling i skarp miljö kan konstateras att kravet inte är omöjligt att uppfylla. Ingen förklaring gavs under demonstrationen om att den manuella hanteringen endast var ett sätt att hantera demonstrationstillfället.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att alla leverantörer behandlas likvärdigt och ickediskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se bland annat Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50), vilket bland annat innebär att den upphandlande myndigheten normalt inte får bortse från sådana krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget.

Bolaget gör till att börja med gällande att vinnande leverantör Joliv AB inte har uppfyllt upphandlingens samtliga ska-krav.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.2.2.2.5. *Referensuppdrag*, anges att referensuppdrag ska lämnas för att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område. Anbudsgivaren ska därvid ange två referensuppdrag som avser leveranser av IT-stöd för hemtjänstens verksamhet genomförda inom kommunal regi de senaste tre åren. För varje referensuppdrag ska redovisas bland annat uppdragets omfattning och innehåll.

Förvaltningsrätten konstaterar att vad som i förfrågningsunderlaget menas med kommunal regi inte närmare har preciserats. Det har dock inte framgått att kravet innefattar att en kommun rent faktiskt har utfört ett hemtjänstuppdrag. Av 2 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) följer att kommunen har det yttersta ansvaret för att se till att hemtjänst finns för de kommuninvånare som efterfrågar hemtjänst. Eftersom det vid all hemtjänst således är en

kommun som är huvudman för verksamheten får kravet som det är formulerat i förfrågningsunderlaget anses överflödigt. Enligt förvaltningsrättens mening kan det heller inte vad gäller själva utförandet av verksamheten anses föreligga en reell och påtaglig skillnad mellan en hemtjänst i privat regi och en hemtjänst som utförs i kommunal regi. Förvaltningsrätten finner att det inte är visat att Joliv AB inte skulle uppfylla aktuellt ska-krav. Kommunen har således inte agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU i denna del.

Bolaget har vidare anfört att en andra referens från Joliv AB brister i avseende på beskrivning av uppdragets omfattning. Förvaltningsrätten finner att det i förfrågningsunderlaget inte angetts att omfattning av ett referensuppdrag ska anges i timmar eller motsvarande varför även den beskrivning som lämnats av Joliv AB får godtas. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU även på den grunden.

Förvaltningsrätten har därefter att ta ställning till huruvida kommunen har haft fog för att förkasta bolagets anbud med hänvisning till att man inte uppfyllt ställda ska-krav. Bolaget har härvid inledningsvis anfört att ett kvalificerat anbud inte kan förkastas i utvärderingsfasen.

Enligt 1.2.1.1.15. *Arbetsgång*, är upphandlingen uppdelad i 1) kvalificering, 2) anbudsprovning och utvärdering samt 3) beslut om antagande av anbudsgivare.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.2.2.2.6. *Uppfyllande av obligatoriska krav*, anges att de anbud som uppfyller samtliga ska-krav är kvalificerade för vidare provning och utvärdering.

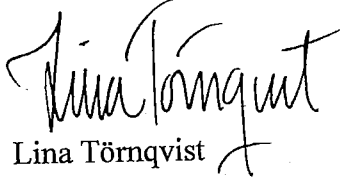
Under förfrågningsunderlagets rubrik *Anbudsprovning* anges i 1.2.2.4.3. *Ofullständigt anbud kan förkastas*, att anbud kan förkastas om anbudshandlingarna inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunens prövning av anbudet enligt förfrågningsunderlaget består av tre steg, varav ett är leverantörsrelaterat (kvalificeringskrav) och ett är produktrelaterat (anbudsprövning samt utvärdering). Förvaltningsrätten finner att det i sig framgår med tillräcklig tydlighet hur prövningen ska gå till (jfr RÅ 2002 ref. 50) och att kommunen i denna del inte brutit mot någon upphandlingsrättslig bestämmelse eller princip. Något principiellt hinder för kommunen att, även i samband med utvärderingsfasen, ompröva ett uppfyllande av ska-krav kan inte heller anses föreligga. Oavsett när i upphandlingen en brist i kravuppfyllnaden upptäcks strider det mot likabehandlingsprincipen om en upphandlande myndighet bortser från sådana krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har huvudsakligen anfört att det vid den demonstration som skulle ligga till grund för utvärderingen framkom att bolaget inte uppfyllde flera av de ska-krav som uppställdes, bland annat om automatisk matchning av personal och brukare. Bolaget har å sin sida i förvaltningsrätten argumenterat varför dessa ska-krav har uppfyllts. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte har uppvisats något protokoll eller liknande från demonstrationen och att det därför är svårt att bedöma vad som förevarit under demonstrationstillfället. Det är dock ostridigt i målet att bolaget inte genomfört demonstrationen i vad som kallas en skarp miljö. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.2.2.4.2, *Utvärdering av anbud*, framgår att det är ett obligatoriskt krav att demonstrationen ska ske i en skarp miljö. Enligt kommunen har också övriga anbudsgivare kunnat genomföra demonstrationen under de former som kommunen krävt. Förvaltningsrätten finner att av vad som har framkommit i målet får kravet på skarp miljö anses ha haft en avgörande relevans för utvärderingen. Kravet kan inte heller anses vara oproportionerligt. Bolagets förklaring till varför en demonstration i skarp miljö inte varit möjlig eller lämplig ändrar inte denna bedömning. Genom att bolaget inte uppfyllt detta obligatoriska krav har kommunen haft fog för att förkasta

bolagets anbud. Det saknas därför skäl att vidta åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

