



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2017-03-17
Meddelad i Jönköping

Mål nr 3037-16

1

KLAGANDE

JoiceCare AB, 556699-4231
Sven Källfelts gata 22
421 71 Västra Frölunda

MOTPART

Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

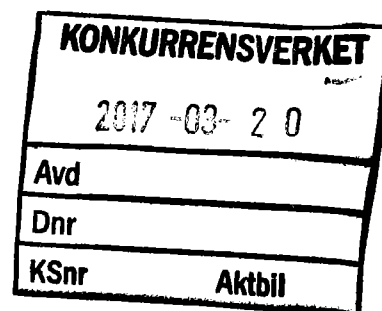
Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 11 oktober 2016 i mål nr 2318-16,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 202029

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

JoiceCare AB (JoiceCare) yrkar att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och åberopar bl.a. tabeller med exempel på utvärderingar.

Mörbylånga kommun (kommunen) motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR

JoiceCare

Det har lidit eller riskerat att lida skada på grund av att utvärderingskriterierna användarvänlighet och funktionalitet har utformats i strid med transparensprincipen. Dess konkurrensanalys av Mindmancer AB:s tjänst utmynnade i slutsatsen att Mindmancer AB kompenserar bristande användarvänlighet och funktionalitet med ett lågt pris. Om utvärderingskriterierna användarvänlighet och funktionalitet hade varit tydligt utformade, hade det angett ett annat pris. Det hade då bedömt Mindmancer AB:s tjänster annorlunda och kompenserat kommunens ovanliga preferenser för att få högt betyg avseende dessa utvärderingskriterier med ett mycket lägre pris.

Kommunen

JoiceCare har inte visat på vilket sätt det skulle ha kunnat utforma ett mer affärsmässigt och konkurrenskraftigt anbud. JoiceCare har inte heller visat att det har lidit eller kan komma att lida skada. Eventuella brister borde ha påtalats under upphandlingens annonseringstid. Totalt fem anbudslämnare deltog i upphandlingen. JoiceCare hade det näst lägsta priset.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget brister i öppenhet i den del som avser utvärderingskriterierna användarvänlighet och funktionalitet. Såsom underlaget har utformats har det i praktiken inneburit en fri prövningsrätt vad gäller dessa kriterier. Det framstår som oklart hur utvärderingen hade utfallit, om underlaget hade utarbetats på ett mer transparent sätt. Bristerna är så stora att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven i LOU.

Frågan är då om JoiceCare har lidit eller riskerat att lida någon skada på grund av otydligheten i förfrågningsunderlaget. JoiceCare har redan i förvaltningsrätten framhållit att bristerna i utvärderingsmodellen har medfört att det inte har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud och gett exempel på hur utvärderingen hade kunnat se ut, om utvärderingskriterierna hade varit utformade på ett annat sätt. Det framstår som sannolikt att JoiceCare hade kunnat utforma sitt anbud annorlunda och ange ett lägre pris, om otydligheten i förfrågningsunderlaget inte hade funnits. JoiceCare får därmed anses ha visat att skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen. Eftersom överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om.

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



Kammarrättsråden Bodil Stelzer (ordförande) och Göran Mattsson samt tf. kammarrättsassessorn Miriam Gewarges (referent) har deltagit i avgörandet.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-10-11
Meddelad i Växjö

Mål nr
2318-16

SÖKANDE

JoiceCare AB, 556699-4231
Sven Källfelts gata 22
421 71 Västra Frölunda

MOTPART

Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 140964

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Mörbylånga kommun (kommunen) har genomfört en offentlig upphandling av ett system för digital nattillsyn som i första hand är avsett att användas inom kommunens verksamhet för hemtjänst och nattpatrull. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att den kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till kriterierna pris, användarvänlighet och funktionalitet. Genom tilldelningsbeslut den 16 juni 2016 har kommunen antagit ett anbud som lämnats av en annan leverantör än JoiceCare AB.

JoiceCare AB (JoiceCare) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till JoiceCares ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

JoiceCare har till stöd för sin ansökan anfört i huvudsak följande.

Obligatoriskt krav på erfarenhet av uppdrag av liknande art och omfattning

I punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget anges angående teknisk förmåga och kapacitet att "Anbudsgivaren skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning under de tre senaste åren." Av punkterna 1.2 och 4.1.2 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att systemet främst kommer att användas inom kommunens hemtjänst och nattpatrull. Mindmancer introducerade sin tjänst "Nattillsyn" så sent som i april 2016. Mindmancer har i sitt anbud angett två referensuppdrag som avser områdesbevakning av skolor. Av Mindmancers beskrivning av tjänsten "skolbevakaren" framgår att tjänsten är specifikt framtagen för kameraövervakning av

skolgårdar. Användningsområdet kameraövervakning av skolgårdar skiljer sig från användningsområdet digital nattillsyn av äldre människor med funktionshinder inom hemtjänsten. Mindmancers två referensuppdrag är inte av liknande art och omfattning som nattillsyn inom hemtjänsten. Mindmancers anbud uppfyller således inte kvalificeringskravet på teknisk förmåga och kapacitet i punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget och borde därför diskvalificeras i upphandlingen. Kommunen har trots detta prövat Mindmancers anbud, vilket varit avgörande för att Mindmancer tilldelats kontraktet i upphandlingen. Mindmancer har till skillnad från de övriga fyra anbudsgivarna i den nu aktuella upphandlingen inte levererat en enda enhet av digital nattillsyn till någon av Sveriges kommuner, medan JoiceCare alltså sedan år 2006 har utvecklat och infört digital nattillsyn i svenska kommuner och landsting. Det finns ingen leverantör på den svenska e-hemtjänstmarknaden som har lika stor erfarenhet som JoiceCare av att leverera digital nattillsyn inom hemtjänst. Det är inte samma sak att leverera digital nattillsyn för tillsyn av äldre människor och människor med funktionsnedsättning som att leverera hårdvara och mjukvara för kameraövervakning av skolgårdar, exempelvis vad gäller utrustningens anpassning till omsorgstagarnas boendemiljö och behandling av personuppgifter. Även om Mindmancer har uppgett att deras lösning har efterfrågade funktioner så har de inga bevis för att programvaran verkligen fungerar i praktiken. E-hemtjänstmarknaden är en relativt ny marknad och nattillsyn med kamera av omsorgstagare i hemmiljön, inte sällan i väldigt utlämnande situationer, är en integritetskänslig form av e-hemtjänst. Samhället har ett ansvar att gentemot omsorgstagarna säkerställa att de digitala tjänster som införs inom vård och omsorg är ordentligt utprovade för ändamålet och inte för kameraövervakning av fastigheter.

Brister i förfrågningsunderlagets utformning

Förfrågningsunderlaget är otydligt på så vis att det saknar en definition eller närmare beskrivning av utvärderingskriterierna "Användarvänlighet" och

”Funktionalitet”. Det går inte heller på ett tillräckligt tydligt sätt att utläsa vilka egenskaper och funktioner hos kontraktetsföremålet som ger vilken poäng och därmed inte heller vad som egentligen kommer att föranleda lägre eller högre poäng vid utvärderingen av kriterierna. Det är oklart vad kommunen menar med exempelvis ”godtagbar standard”, ”acceptabel”, ”motsvarar förväntningar”, ”bra standard”, ”visst mervärde” och ”något bättre än förväntningar”. Dessutom är den reella viktningen av utvärderingskriterierna inte i överensstämmelse med den viktning som anges i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget innehåller inte heller någon närmare beskrivning av referensgruppen och dess sammansättning. Av tilldelningsbeslutet med bilaga framgår inte på vilka grunder de olika anbudsgivarnas lösningar tilldelats respektive poäng för kriterierna ”Användarvänlighet” och ”Funktionalitet”, vilket förstärker bilden av godtycklighet vid utvärderingen. Bristen på förutsebarhet vad gäller utvärderingskriterierna gör det omöjligt för anbudsgivare att lämna affärsmässiga och konkurrenskraftiga anbud. Kommunen har således, i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU, haft ett alltför stort utrymme för skönsmässiga bedömningar vid utvärderingen av anbudet.

Brister i anbudsutvärderingsmodellens utformning

Kommunen har använt sig av en utvärderingsmetod som bygger på en relativ poängsättning av pris. Metoden innebär att varje enskilt pris i upphandlingen tilldelas ett poängtal, vilket baseras på hur det enskilda anbudets pris förhåller sig till upphandlingens lägsta observerade pris. Ju högre det enskilda anbudets pris är, relativt det lägsta priset, desto lägre blir dess prispoäng. Anbudet med lägst pris erhåller maximal prispoäng. Varje anbuds prispoäng adderas sedan till de poäng som anbudet tilldelats för utvärderingskriterierna ”Användarvänlighet” och ”Funktionalitet”. ”Användarvänlighet” och ”Funktionalitet” poängsätts efter en subjektiv bedömning av kommunen. Det anbud som får högst summerad poäng för ”Pris”, ”Användarvänlighet” och ”Funktionalitet” utses till det ekonomiskt mest fördelaktiga an-

budet. För att spegla vilken relativ betydelse poängen för "Pris" och poängen för "Användarvänlighet" respektive "Funktionalitet" får vid beräkningen av totalpoängen viktas dessa poäng. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingskriterierna viktas enligt följande. "Pris" 50 procent, "Användarvänlighet" 30 procent och "Funktionalitet" 20 procent. Det fundamentala problemet med kommunens utvärderingsmetod, med en relativ poängsättning av pris, är att metoden bryter mot antagandet om att valet mellan två alternativ ska vara oberoende av förekomsten av ett irrelevant alternativ. Metoden uppfyller därmed inte kraven på en rationell beslutsmetod. Den relativa poängsättningen innebär att viktningen av "Pris", "Användarvänlighet" och "Funktionalitet" bestäms av storleken på det lägsta priset i upphandlingen, och därmed slumpmässigt ur en anbudsgivares perspektiv, istället för av den i förfrågningsunderlaget angivna tilldelningsgrunden. Viktningen av "Pris", "Användarvänlighet" och "Funktionalitet" stämmer således inte överens med den i förfrågningsunderlaget angivna tilldelningsgrunden. Anbudsutvärderingsmodellens utformning omöjliggör för en presumtiv anbudsgivare att lämna ett så affärsmässigt och konkurrenskraftigt anbud som möjligt eftersom att anbudsgivaren inte vet hur denne bäst ska formulera sitt anbud vad gäller avvägningen mellan "Pris", "Användarvänlighet" och "Funktionalitet". Syftet med att vikta "Pris", "Användarvänlighet" och "Funktionalitet" är därmed förlorat. Anbudsutvärderingsmetoden är inte tillräckligt tydlig och bryter således mot den grundläggande EU-rättsliga principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU. Till stöd för sin ansökan åberopar JoiceCare bl.a. Konkurrensverkets forskningsrapport "2009:12 En logisk fälla – Relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling", Utvärderingsprotokoll Skellefteå kommun – Tjänsten trygghetskamera natttid samt Förvaltningsrättens i Luleå dom den 21 september 2016, mål nr 1261-16.

Skada

Av totalt fem anbudslämnare som deltog i upphandlingen har JoiceCares anbud haft det näst lägsta priset, men efter utvärderingsfasen hamnat på tredje plats. Om JoiceCare hade vetat att kommunen skulle godkänna anbudsgivare utan minsta erfarenhet av digital nattillsyn inom hemtjänst hade JoiceCare kunnat ta hänsyn till konkurrensen på en marknad av betydligt större storlek än e-hemtjänstmarknaden. Om det inte vore för att kommunen felaktigt kvalificerat Mindmancers anbud och för den godtyckliga poängsättningen av kvalificeringskriterierna "Användarvänlighet" och "Funktionalitet" hade JoiceCare kunnat få högre poäng än den leverantör som nu hamnat på andra plats (Tieto/Phoniro), och därmed vunnit upphandlingen. JoiceCare har därför lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunen har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

Mindmancers referensuppdrag har bedömts vara fullt tillräckliga för att kvalificera deras anbud till en utvärdering enligt de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna. Kommunen blev positivt överraskad av Mindmancers presentation och referensgruppen var helt enig om att sätta betyget 4 både avseende "Användarvänlighet" och "Funktionalitet". Motsvarande bedömning av JoiceCares anbud utmynnade i betygen 3. Därefter gjordes en sammantagen viktad utvärdering där det visade sig att priset blev helt avgörande. Även för det fall att JoiceCares anbud skulle erhållit betygen 5 för såväl "Användarvänlighet" som "Funktionalitet" och Mindmancer motsvarande betygen 3, så skulle Mindmancers anbud ändå ha vunnit upphandlingen. Den tillämpade utvärderingsmodellen är vanligt förekommande vid offentliga upphandlingar och har visat sig fungera alldeles utmärkt. Den är dessutom förenlig med bestämmelserna i LOU. Anbudet har utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlaget. Även om anbudet istället hade utvärderats enligt principen "Lägsta pris" så hade Mindmancer ändå vunnit. JoiceCares produkt bedömdes sämre än Mindmancers och Tieto/Phoniros pro-

duktioner. Dessutom var JoiceCares pris betydligt högre än Mindmancers. Eftersom JoiceCares anbud endast hamnade på tredje plats i utvärderingen kan bolaget inte ha lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter 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 iakttagas.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Obligatoriskt krav på erfarenhet av uppdrag av liknande art och omfattning

Av förfrågningsunderlaget punkten 1.2 "Omfattning" framgår bl.a. följande. "Mörbylånga kommun avser att upphandla avtal avseende digital natttillsyn till M-verksamheten. Systemet ska även klara för tjänsten aktuella lagrum inom socialtjänsten. Uppdragsgivaren i den här aktuella upphandlingen är Mörbylånga kommuns M-verksamhet och systemet som upphandlas ska i första hand användas inom kommunens hemtjänst och nattpatrull."

I den del av förfrågningsunderlaget som avser kvalificering av anbudsgivare anges under punkten 3.4 "Teknisk förmåga och kapacitet" bl.a. att "Anbudsgivaren skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren. Som bevis skall anbudsgivaren ange två referensuppdrag med kort beskrivning av uppdraget och dess omfattning."

I den del av förfrågningsunderlaget som avser krav på tjänsten anges under punkten 4.1.2 "Uppdragsbeskrivning" vidare att "Uppdraget avser drift och support av digital natttillsyn för M-verksamheten. Systemet ska klara alla lagrum inom området men kommer främst att användas inom kommunens hemtjänst och nattpatrull."

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

JoiceCare har gjort gällande att Mindmancer inte uppfyller kravet på två referensuppdrag av liknande art och omfattning genom att ha angett två referensuppdrag som avser områdesbevakning av skolgårdar. JoiceCare har anfört att användningsområdet kameraövervakning av skolgårdar skiljer sig från användningsområdet digital natttillsyn av äldre människor med funktionshinder inom hemtjänsten. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte någonstans i förfrågningsunderlaget anges att ändamålet för tillsynen måste vara detsamma i referensuppdragen som i den nu aktuella upphandlingen. Mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget har utformats vad gäller de efterfrågade referensuppdragen finner förvaltningsrätten att JoiceCare inte har visat att Mindmancer inte uppfyller kravet på teknisk förmåga och kapacitet i punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget. JoiceCare har således inte heller visat att Mörbylånga kommun agerat felaktigt genom att, med hänvisning till de angivna referensuppdragen, kvalificera Mindmancers anbud. Vad JoiceCare anfört om andra upphandlande myndigheters bedömningar i andra än den nu aktuella upphandlingen föranleder inte någon annan bedömning i denna del.

Brister utvärderingsmodellen och/eller förfrågningsunderlaget i transparens?

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas. Vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får en upphandlande myndighet välja de utvärderingskriterier som den ämnar tillämpa, under förutsättning att dessa syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare kontrakt (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-448/01 Wienstrom p. 37-38). Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när. Härav följer bl.a. att ett förfrågningsunderlag ska vara utformat så att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (jfr RÅ 2002 ref. 50). Det måste dock finnas utvärderingskriterier som är formulerade på så sätt att de uppfattas på samma sätt av normalt omsorgsfulla och rimligt informerade anbudsgivare. Den upphandlande myndigheten måste lämna så mycket information om hur utvärderingen ska gå till att anbudsgivarna kan förutse vad som kommer att tillmätas betydelse (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 SIAC Construction).

Under avsnitt 5 i förfrågningsunderlaget redovisas den för upphandlingen aktuella anbudsutvärderingsmetoden. I punkten 5.2 "Tilldelningsgrund" anges att beställaren kommer att anta det anbud som utvärderats som det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till kriterierna pris, användarvänlighet och funktionalitet.

Under punkten 5.3 "Pris" anges att lägst pris ges 100 poäng och övriga anbud ges poäng efter relationen mellan respektive pris och det lägst offererade anbudspriset. Vidare anges att prispoängen beräknas enligt beräkningsformeln: $Betyg = ((Lägst offererat pris/aktuellt pris) * 100)$ samt att prispoängen viktas till 50 procent i utvärderingen.

Under punkten 5.4 "Användarvänlighet" respektive punkten 5.5 "Funktionalitet" anges följande. Utvärdering av användarvänligheten respektive funktionaliteten sker av en referensgrupp som kommer att använda systemets olika funktioner. För system, som för referensgruppen är okända, kommer bedömningen ske efter en presentation och visning av systemet. Användarvänligheten respektive funktionaliteten betygsätts utifrån en skala om 1-5 där högsta betyg ger 100 poäng i utvärderingen. Vid betygsättningen gäller följande riktvärden:

betyg 1 (0p) = **Ej godtagbar standard**, kvalitetsbrister, klart sämre än förväntningar.

betyg 2 (25p) = **Lägsta godtagbara standard**, uppvisar brister, något sämre än förväntningar.

betyg 3 (50p) = **Godtagbar standard**, acceptabel, motsvarar förväntningar.

betyg 4 (75p) = **Bra standard**, visst mervärde, något bättre än förväntningar.

betyg 5 (100p) = **Mycket bra standard**, stort mervärde.

Vidare anges att lägsta godtagbara betyg är 2. Uppnås inte lägsta godtagbara betyg kommer anbudet att förkastas. Poäng för användarvänlighet viktas till 30 procent i utvärderingen, medan poäng för funktionalitet viktas till 20 procent i utvärderingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det upphandlingsrättsliga regelverket innehåller inte några närmare formregler för hur anbudsutvärderingen ska gå till eller hur en anbudsutvärderingsmodell ska vara konstruerad. Olika utvärderingsmodeller förekommer i praktiken för att vikta samman olika kriterier. Modellen med relativ poängsättning av pris har kritiserats, bl.a. i den av JoiceCare åberopade forskningsrapporten ”2009:12 En logisk fälla – Relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling”. Kritiken består bl.a. i att även om upphandlaren i förfrågningsunderlaget anger viktningen mellan pris och kvalitet så kommer den relativa betydelse upphandlaren tillmäter pris och kvalitet de facto bestämmas av storleken på det lägsta priset i upphandlingen. Trots den kritik som riktats mot de relativa utvärderingsmodellerna har det inte ansetts finnas något absolut förbud för upphandlande myndigheter att använda sig av sådana modeller (jfr t.ex. Konkurrensverkets yttrande i Kammarätten i Göteborgs avgörande den 21 mars 2011 i mål nr 5293-10).

Vad gäller utvärderingskriterierna finner förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget, inte med tillräcklig tydlighet, framgår vad som avses med ”Användarvänlighet” och ”Funktionalitet”. Inte heller framgår vilka egenskaper eller funktioner hos kontrakt föremålet som referensgruppen har tagit ställning till vid utvärderingen. De betygsnivåer som anges i punkterna 5.4 och 5.5 i förfrågningsunderlaget är inte specificerade på ett sådant sätt att en leverantör på förhand kan utläsa vad som krävs för att uppnå en viss poäng. Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten bedömningen att förfrågningsunderlaget i denna del inte uppfyller kravet på öppenhet och transparens och därmed strider mot bestämmelsen 1 kap. 9 § LOU.

Har JoiceCare lidit skada?

Av punkten 2,8 i förfrågningsunderlaget framgår att endast en anbudsgivare kommer att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Av bilaga "Utvärdering Mobil Digital Nattillsyn" till tilldelningsbeslutet framgår att JoiceCare tilldelats totalpoängen 45 och därmed placerat sig på en tredje plats efter Mindmancer som tilldelats totalpoängen 88 och Phoniro/Tieto som tilldelats totalpoängen 55. Av utredningen i målet framgår vidare att totalt fem anbudslämnare deltagit i upphandlingen, varav JoiceCares anbud haft det näst lägsta priset. Enligt förvaltningsrättens mening har kommunen genom att kvalificera Mindmancers anbud inte agerat i strid med kap. 9 § LOU. Som konstaterats ovan har dock utvärderingskriterierna "Användarvänlighet" och "Funktionalitet" som återfinns i punkterna 5.4 och 5.5 i förfrågningsunderlaget utformats i strid med transparensprincipen. Detta fel är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Om ett fel i en upphandling är av ett sådant slag att det har påverkat det konkurrensuppsökande skedet, och således ska medföra ett förordnande om att upphandlingen ska göras om, är det tillräckligt att den klagande leverantören kan visa att felet har påverkat det sätt på vilket leverantören har utformat anbudet och att leverantören, om felet inte förelåg, hade kunnat utforma ett mer konkurrenskraftigt anbud. JoiceCare har gjort gällande att otydligheten i förfrågningsunderlaget har påverkat det sätt på vilket bolaget utformat sitt anbud. Förvaltningsrätten finner emellertid att JoiceCare inte visat på vilket sätt de hade kunnat utforma ett mer affärs- mässigt och konkurrenskraftigt anbud, för det fall att utvärderingskriterierna "Användarvänlighet" och "Funktionalitet" varit tydligare utformade. Vid dessa förhållanden har JoiceCare inte visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av de konstaterade bristerna i förfrågningsunderlaget. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Per Hansson

rådman

Föredragande: Ylva Nilsson



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

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. 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 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.