



SÖKANDE

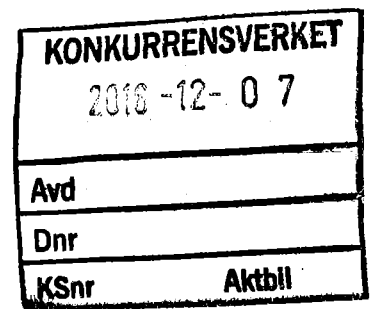
Mindmancer AB (publ.), 556705-4571
Regnbågsgatan 8 b 3tr
471 55 Göteborg

MOTPART

Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) genomför en upphandling av Tjänsten trygghetskamera nattetid (dnr UH-2016-50) och har beslutat att diskvalificera det anbud som lämnats av Mindmancer AB. Som skäl för att diskvalificera anbudet har angetts att anbudet inte uppfyller skall-krav 4.1. – Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Mindmancer AB (Mindmancer) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets bilaga Ska-krav anges bl.a. följande.

4.0 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Krav på bilaga 4.1

Anbudsgivaren samt eventuella underleverantörer ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget.

Anbudsgivaren och eventuell underleverantör ska ha aktuell erfarenhet och minst två kunder med en färdigutvecklad ”Tjänsten trygghetskamera nattetid” som används inom äldreomsorg för brukare i ordinärt boende hos kommuner.

För att styrka teknisk och yrkesmässig kapacitet ska en förteckning över de viktigaste uppdragen som utförts under de senaste tre åren med uppgift om företag, uppdrag, värde, tidpunkt, kontaktperson, kontaktuppgifter. Uppdragen ska redovisas i bilaga svarsbilaga referenser. Alternativt lämnas motsvarande uppgifter i eget dokument.

Referenserna ska kunna styrka att det är ett fullt fungerande färdigutvecklad ”Tjänsten trygghetskamera nattetid” inom äldreomsorg ordinärt boende hos

kommuner. Det är den upphandlande myndigheten som gör bedömningen om de angivna referenserna motsvarar det som efterfrågas.

För nystartade företag gäller samma uppgifter som angivits ovan men uppgifterna får då vara relaterade till person/personer i företagsledningen eller nyckelpersoner hos anbudsgivaren.

Parternas anföranden

Mindmancer anför bl.a. följande.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Mindmancers anbud förkastats eftersom anbudet inte anses uppfylla skall-krav 4.1 i bilaga ska-krav. Vid kontakt med Kommunen har Mindmancer därefter fått ytterligare motivering till att anbudet förkastats:

Orsak

Vid kontroll av referens 1 framkom det att tjänsten används för bevakning av inre och yttre skolmiljö, inte enligt ska-krav. Enligt referens 2 används tjänsten på särskilt boende, inte enligt ska-krav.

Av förfrågningsunderlaget framgår att referensuppdragen måste innebära att

- 1) den specifika tjänsten trygghetskamera nattetid tillhandahålls
- 2) för användning inom äldreomsorgen,
- 3) för brukare i ordinärt boende hos kommuner.

Kravet är således mycket snävt formulerat och innebär i praktiken att endast leverantörer som redan har precis likadant uppdrag som upphandlingen avser kan komma i fråga för deltagande i upphandlingen.

Proportionalitetsprincipen innebär att ett krav måste vara

- en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet,
- nödvändigt för att det eftersträvade syftet ska uppnås,
- och den negativa effekten av kravet får inte vara oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

På motsvarande sätt måste förstas ett krav tillämpas på ett proportionerligt sätt vid bedömningen av anbudet.

Kravet på referenserna i upphandlingen ska tillämpas och bedömas i ljuset av att syftet med kravet är att verifiera anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet att utföra uppdraget. Att tillämpa kravet utifrån den exakta ordalydelsen är möjligen effektivt för att uppnå syftet. Dock är en ordagrann tillämpning av kravet knappast lämplig och än mindre nödvändig för att uppnå kravets eftersträvade syfte.

Mindmancer kan uppfylla samtliga tekniska krav, vilket i sig borde visa att bolaget har den tillräckliga tekniska och yrkesmässiga kapaciteten att genomföra uppdraget. Vidare har Mindmancer erfarenhet av att ha levererat tjänsten trygghetskamera nattetid till andra kommuner. Denna erfarenhet avser emellertid inte just leverans av tjänsten i fråga till brukare i ordinärt boende. Det finns ingen avgörande skillnad i att leverera trygghetskameror till skolor, kontor eller äldreomsorgen. Inte heller finns någon skillnad mellan att leverera trygghetskameror till ett hemlarm eller till ett ordinärt eller särskilt boende. De tekniska kraven och funktionerna är desamma.

Kommunens strikta tillämpning av referenskravet i upphandlingen är därför inte ett lämpligt eller nödvändigt sätt att säkerställa teknisk och yrkesmässig kapacitet hos anbudsgivarna. Därtill får Kommunens tillämpning av referenskravet en konkurrenshämmande effekt, eftersom det utestänger leverantörer från deltagande i upphandlingen, som är oproportionerlig i förhållande till kravets syfte.

Att ett krav inte får vara omotiverat snävt framgår även av praxis, se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 1030-11 och 2491-09.

Även referenser som inte avser exakt samma tjänst som är föremål för upphandling ska således godtas som fullgott bevis på att en anbudsgivare har kapacitet att utföra uppdraget ifråga. Kommunens tillämpning av kravet på referenser strider därmed mot proportionalitetsprincipen. Istället ska Kommunen tillämpa kravet på ett sätt som innebär att referenser som i allt väsentligt är tekniskt likvärdiga med uppdrag som upphandlingen avser, såsom Mindmancers referenser, ska godkännas.

Samma referenser som i förevarande upphandling har också använts i upphandlingar gjorda av Mörbylånga kommun och Landstinget Dalarna under 2016. Båda upphandlingarna avser samma typ av tjänst som Kommunens upphandling. Landstinget Dalarna och Mörbylånga kommun har godkänt Mindmancers referenser. Kommunens upphandling skiljer sig inte i fråga om syfte eller funktionalitet på vad de önskar upphandla. De har endast tillämpat ett onödigt snävt referenskrav på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Mindmancers lösning på Tjänsten trygghetskamera består av samma teknik som används vid bevakning av skolor. Det som skiljer tjänsterna åt är att den part som kommer att titta på kamerabilden är olika. I den typ av tjänst som upphandlingen gäller används vårdgivare och inom skola används larmcentralen som granskande part.

Mindmancer är nya på marknaden med Trygghetskamera inom E-hälsa och etableringen och driftsättningsprocessen av produkten hos kommuner tar tid. De har därför lämnat referenser som använder samma teknik som i Trygghetskamerorna.

Natttillsyn är ett nystartat produktområde som leds av EP, vilken har sju års erfarenhet av att arbeta med Välfärdsteknologi på sin tidigare arbetsplats. EP har gedigen kunskap inom området och har bl.a. tagit fram tjänsten Natt-

frid. Vidare har EP varit med och startat upp i över 30 kommuner med bortåt 300 kameror med digital Nattillsyn av brukare.

Mindmancer besitter som bolag erfarenheter av det tekniska systemet och har en nyckelperson i företaget som har lång erfarenhet av att arbeta med Nattillsyn.

Därför yrkas att Mindmancer godkänns som kvalificerad leverantör för utvärdering.

Kommunen anför bl.a. följande.

Referenserna var en relevant del av upphandlingen, då erfarenhet från liknande tillsyn är viktig utifrån lagstiftningens krav på Kommunen vad gäller garanterad säkerhet och integritet för brukaren på ordinärt boende. Syftet med referenserna var att undersöka hur anbudsgivaren tidigare utfört en liknande tjänst och hur väl den utfördes samt att få bekräftat att anbudsgivaren har en färdigutvecklad lösning för den efterfrågade tjänsten.

Kommunen har erhållit två referensuppdrag från Mindmancer. I Kommunens motivering för diskvalificering av anbudet angavs beträffande referens 2 att tjänsten används på särskilt boende, inte enligt ska-krav.

Vid en ytterligare kontroll genomförd 2016-09-08 avseende referens 2 framkom att även det uppdraget avser kameraövervakning på skolor för bevakning av yttre miljö. Inget av referensuppdragen motsvarar alltså förfrågningsunderlagets krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget såtillvida att Mindmancer kan presentera en *fullt fungerande färdigutvecklad "Tjänsten trygghetskamera nattetid" inom äldreomsorg ordinärt boende hos kommuner.*

I förfrågningsunderlaget framgår tydligt att upphandlingen avser trygghetskameror utformade för att användas inom vård och omsorg; inom hemtjänstens verksamhet. Stationär kameraövervakning av lokal kan inte jämföras med videotillsyn av hemtjänstens brukare då tillsynens fokus är brukarens trygghet och säkerhet. Lösningen måste anpassas efter brukarens behov och individuella, kognitiva förutsättningar samt med tanke på att tillsynen sker i dennes eget hem, något som leverantören måste ha kunskap om och erfarenhet av.

Kraven på anbudsgivarnas kapacitet är både annorlunda och högre avseende en tjänst för tillsyn i brukares boende via mörkerseende kamera än för områdesbevakning av skolor med syftet att framförallt minska skadegörelse.

Förvaltningsrätten i Luleå konstaterar i ett avgörande att kraven på anbudsgivarens kapacitet är högre avseende en tjänst för tillsyn i brukarens boende via trygghetskamera än för områdesbevakning av skolor.

Sex anbud inkom i upphandlingen varav fem bedömdes vara kvalificerade för utvärdering. Det faktum att fem leverantörer kvalificerat sig för anbudsutvärdering visar att skall-kravet gällande referenser inte är konkurrensbegränsande.

Socialstyrelsen har i maj 2016 uppgett att 23 procent av Sveriges kommuner har testat eller infört trygghetskamera som insats i hemtjänsten. Den kraftiga marknadstillväxten innebär att nya leverantörer har goda möjligheter att erhålla två referensuppdrag.

Kommunen har ställt krav som är erforderliga och i proportion till den tjänst som ska levereras. Att andra upphandlande myndigheter genomför upphandlingar inom liknande områden innebär inte per automatik att kraven är

utformade med exakt samma ordalydelse och att bedömningen av dessa således alltid ska vara densamma.

En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget ska utformas under förutsättning att det inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen. För Kommunen var referenserna en viktig del av upphandlingen då erfarenhet från liknande tillsyn är nödvändig utifrån de krav Kommunen har avseende patientsäkerhet. Kommunen har bedömt om kravet på referenser är uppfyllt enligt hur kravet har utformats i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har i Ska-krav 4.1 öppnat upp så att nystartade företag ska kunna lämna anbud. Mindmancer hade möjlighet att i sitt anbud ange referenser inom användning av Tjänsten trygghetskamera natttid som används inom äldreomsorg för brukare i ordinärt boende hos kommuner, relaterade till person/personer i företagsledningen eller nyckelpersoner hos anbudsgivaren, vilket de inte har gjort.

Kommunens skall-krav på referenser är rimligt och affärsmässigt motiverat i förhållande till det som upphandlas och strider inte mot principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens som anges i 1 kap. 9 § LOU.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska 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 iaktas. (1 kap. 9 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten

besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (16 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Mindmancer menar bl.a. att dess anbud felaktigt diskvalificerats eftersom det icke uppfyllda kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och 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, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till syftet med åtgärden.

Kommunens syfte med det aktuella kravet var bl.a. att få bekräftat att anbudsgivaren har en färdigutvecklad lösning för den efterfrågade tjänsten trygghetskamera natttid inom äldreomsorg ordinärt boende hos kommuner. Kravet måste anses effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Med tanke på att den efterfrågade tjänsten avser tillsyn i brukarens eget boende och de särskilda aspekter, bl.a. avseende integritet, som det medför anser förvaltningsrätten att kravet även måste anses vara lämpligt. Med hänsyn till vikten av att säkerställa att anbudsgivaren faktiskt har förmågan att tillhan-

dahålla den efterfrågade tjänsten måste kravet också anses nödvändigt för att uppnå sitt syfte.

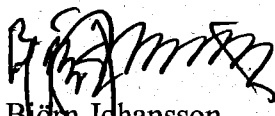
Det har i målet framkommit att fem av de sex inkomna anbuden i upphandlingen uppfyllt det aktuella skall-kravet. Vidare har nystartade företag getts möjlighet att lämna motsvarande uppgifter för person/personer i företagsledningen eller nyckelpersoner hos anbudsgivaren. Mot bakgrund bl.a. av dessa omständigheter kan den negativa effekten av kravet inte anses vara överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att kravet måste anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen.

Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Det är i målet klarlagt att Mindmancer i sitt anbud inte lämnat sådana referenser som efterfrågats. Anbudet från Mindmancer har därmed inte uppfyllt skall-krav 4.1 och Kommunen har haft fog för att inte utvärdera anbudet.

På grund av det ovan anförda och då inte heller vad som i övrigt anförts av Mindmancer medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna ska ansökan avslås.

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


Björn Johansson
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.

