



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Karin Nilsson

DOM
 2013 -06- 2 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3282-13

SÖKANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807

Ombud: Advokaten Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2013 -07- 0 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Alfa Kommun & Landsting AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Malmö stad genomför upphandling av "Verksamhetssystem för vård och omsorg" med referensnummer 2012-00213. Upphandlingen genomförs med upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog enligt LOU. Alfa Kommun & Landsting AB (nedan kallat Alfa) inkom med en ansökan om att få delta i dialogerna och den kommande anbudsgivningen. Malmö stad beslutade emellertid att inte bjuda in Alfa till dialogerna och anbudsgivningen.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Alfa ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Alfa anför som grund för sin ansökan bl.a. följande. Det föreligger inte förutsättningar för att använda konkurrenspräglad dialog. Det är Malmö stad som har bevisbördan för att den aktuella upphandlingsformen, som är en undantagsform, kan användas. Malmö stad har endast redovisat allmänna skäl till varför den konkurrenspräglade dialogen har använts. Den valda upphandlingsformen och tillämpningen av kvalificeringskraven strider mot gällande rätt, vilket gör att det i vart fall föreligger en risk för skada för Alfa.

Det är inte fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt. Av den kravspecifikation som förelåg i det öppna förfarandet framgår att Malmö stad har haft en klar bild av sina behov. I och med den avbrutna öppna upphandlingen har Malmö stad dessutom fått information som gjort att ett komplett förfrågningsunderlag hade kunnat upprättas. Malmö stad är en van aktör på upphandlingsområdet och den aktuella verksamheten är inte ny utan etablerad. Dessutom är de leverantörer som deltagit i den aktuella upphandlingen leverantörer som regelmässigt deltar i öppna eller selektiva upphandlingsförfaranden. Det har inte funnits några hinder för Malmö stad att

använda sig av marknadens kunskaper innan upphandlingen påbörjades. Därutöver kan inte interna beslut hos myndigheten anses utgöra objektiva skäl för att utnyttja en undantagsform.

Malmö stad har gjort gällande att Alfas anbud skulle ha förkastats oavsett vilket förfarande som använts eftersom Alfa inte uppfyllt referenskravet från en kommun med minst 40 000 invånare. Ett förkastande av Alfas anbud är emellertid i strid med gällande rätt. Det är inte rätt att per automatik utesluta en anbudsgivare enbart på grund av att denne inte uppfyller ett kvalificeringskrav vars kravnivå är en presumtion. Om presumtionskravet inte uppfylls ska en individuell bedömning göras (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 958-05). Malmö stad har inte gjort någon individuell bedömning av om Alfa har förmågan och kapaciteten att utföra kontraktet. Alfas referenskommun Partille har 36 000 invånare, men kommunen uppfyller kravet om 600 användare. Både kravet på likabehandling och proportionalitet gör att Malmö stad ska vidta en individuell bedömning av Alfas anbud. Inte bara kravets utformning ska vara proportionerligt, utan även tillämpningen av kravet. Eftersom Alfa uppfyller kvalificeringskravet skulle man inte ha uteslutits vid en upphandling genomförd med ett öppet förfarande.

Vidare fattades inte något särskilt formellt beslut om urvalet och inte heller lämnades någon närmare precisering till varför Alfa inte valts ut att delta i dialogerna och anbudsgivningen. De urvalskriterier som Malmö stad använt för att välja ut anbudsgivare i den konkurrenspräglade dialogen ger ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Urvalskriterierna är därmed i strid med likabehandlingsprincipen.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Inför upphandlingen gjorde kommunen en behovs- och marknadsanalys samt en förstudie. Upphandlingen inleddes därefter med ett öppet förfarande. Un-

der anbudstiden uppmärksammades emellertid att kommunens behov och konkurrensen på marknaden inte fullt ut kunde beaktas med det öppna förfarandet. Det inkom synpunkter på det öppna förfarandet att underlaget var visionärt med långtgående krav på utveckling, att det var svårt eller omöjligt att utan dialog tillgodose önskad inriktning, att konkurrensen på marknaden inte kunde utnyttjas fullt ut samt att det fanns behov som var kostnadsdrivande med flera utvecklings- och lösningsalternativ. Därutöver beslutade kommunstyrelsen, under pågående anbudstid, om en mycket omfattande organisationsförändring som inte var sörjd för i förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund avbröts den öppna upphandlingen. Upphandlingen genomfördes i stället med förfarandet konkurrenspräglad dialog.

Den aktuella upphandlingen avser framtidens IT-system för vård- och omsorgsverksamheterna i Malmö stad. Avtalet beräknas till ett värde av 30 miljoner kr och är således över tröskelvärdet. Upphandlingen omfattar utöver kommunlicens för IT-system även införandetjänster, integrationer med andra IT-system i kommunens IT-miljö, utveckling av kundspecifika lösningar, driftstöd, utbildning, support, underhåll och konvertering. Det krävs minst sex integrationer mellan verksamhetssystem och övriga system i kommunens IT-miljö. Verksamhetssystemet utgör navet för kommunens vård- och omsorgsverksamhet. Systemet är ingången för samtliga brukare och patienter med hantering av information, dokumentation, kommunikation, resursfördelning, återrapportering av utförda insatser, schemaläggning, boendeadministration och arkivering för och om den enskilde. Kommunen har Sveriges tredje största kommunala vård- och omsorgsverksamhet med cirka 6 000 systemanvändare, minst 14 olika professioner samt innefattar sex olika myndighetsgränser med beaktande av offentlighets- och sekretesslagen. Systemet ska stödja samtliga processer och lagrum inom vård- och omsorgsverksamheterna från beslut och verkställighet till uppföljning. Systemet ska även möjliggöra utbyte av information mellan

olika vårdgivare, så som exempelvis Malmö stads nämnder, Region Skåne och privata vårdgivare.

Alfa gick inte vidare i urvalet med anledning av att tre andra anbudssökande bedömdes som lämpligare utifrån kraven och urvalskriterierna samt att Alfa inte uppfyllde kvalificeringskravet på att lämna in två referenser från kommuner med minst 40 000 invånare. Av Kammarkollegiets vägledning framgår att "samtliga ställda krav måste uppfyllas av den anbudssökande för att denne ska få bjudas in till dialog". Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att anta en anbudsansökan som inte uppfyller kraven. Kommunen har ett flertal nämnder inom samma organisation, vilket ställer krav på erfarenhet i den omfattning som angetts. Ett kvalificeringskrav specificerat i inbjudan måste anses uppfylla krav på likabehandling och transparens. Alfa varken har eller kan komma att lida skada oavsett vilket förfarande kommunen tillämpat eftersom kvalificeringskraven inte uppfylldes. Det rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen som Alfa hänvisat till är inte tillämpligt i förevarande fall. Detta eftersom kommunen har värderat information från Alfa själv och inte information som en tredje part har lämnat om Alfa. Kommunen ställde samma kvalificeringskrav i den öppna upphandlingen som avbröts och hade ställt samma krav vid ett selektivt förfarande.

I kommunens inbjudan att skicka in en ansökan för att delta i upphandlingen framgår kommunens behov och de krav som ställs. Det framgår också att urvalskriterierna är angivna i prioritetsordning. Urvalskriterierna är relevanta, tydligt angivna och i proportion till uppdraget. Det är endast en begränsning av antalet anbudssökande som har vidtagits, inte en anbudsutvärdering.

Under dialog har visioner, utvecklingsarbete och avtalsvillkor för leverantörs rättsliga ansvar kunnat behandlas. Utan dialog saknas det möjlighet att

avgöra vilken av flera lösningar som marknaden erbjuder som bäst kan tillgodose myndighetens behov och kommunen riskerar att möjliga lösningar som det finns behov av inte omfattas av avtalet. IT-sektorn befinner sig i en snabb utveckling och trots omfattande och ingående förstudie med fastställda mål är det svårt att få en full förståelse för möjliga ändamålsenliga lösningalternativ. Med avseende på upphandlingens innehåll gör kommunen en objektiv bedömning att det inte rimligen kan krävas att kommunen på förhand ska kunna formulera samtliga tekniska och rättsliga förutsättningar eller definiera samtliga prestanda- och funktionskrav. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU, dess grundläggande rättsprinciper och övrig tillämplig upphandlingslagstiftning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Ramen för förvaltningsrättens prövning

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I förevarande mål har förvaltningsrätten att ta ställning till följande frågor:

1. Har Malmö stad haft fog för att använda sig av upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog?
2. Har Malmö stad tillämpat kvalificeringskravet angående referenskommun med minst 40 000 invånare i enlighet med LOU?
3. Var Malmö stads urvalskriterier förenliga med de krav som ställs i LOU?
4. Har eller kan Alfa antas ha lidit skada?

Har Malmö stad haft fog för att använda sig av upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog?

En upphandlande myndighet är i allmänhet fri att välja upphandlingsförfarande och att bestämma upphandlingens syfte. Enligt 4 kap. 10 § LOU får emellertid konkurrenspräglad dialog användas endast vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt och då ett öppet eller ett selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontraktet. Av 4 kap. 11 § LOU framgår att ett kontrakt anses som särskilt komplicerat, om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

Förfarandet med konkurrenspräglad dialog innebär i normalfallet en mindre förutsägbar process med större inslag av subjektivitet. Samtidigt ska en upphandlande myndighet iakttä öppenhet och likabehandling vid genomförandet av en upphandling. Det ankommer därför på denna att göra sannolikt att förutsättningarna för att få använda förfarandet konkurrenspräglad dialog är uppfyllda.

Av prop. 2009/10:180 s. 323 framgår att det inte enbart är den upphandlande myndighetens uppfattning om vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt som är avgörande för om konkurrenspräglad dialog ska få användas. Bedömningen ska göras på mera objektiva grunder utifrån en bedömning av vad som rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet. I samma förarbeten nämns som exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade; större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga upplägg inte kan fastställas i förväg. Detta innebär inte att t.ex. alla kontrakt som avser stora datanät är särskilt komplicerade. Bedömningen av svårighetsgraden beror bl.a. på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. En upphandling av en landförbindelse kan exempelvis göras genom konkurrenspräglad dialog för att utröna om en bro eller en tunnel på bästa sätt tillgodoser de specificerade behoven. Detta skulle vara tillåtet även om det är möjligt att ta fram tekniska specifikationer för det ena eller det andra alternativet.

Av det i målet aktuella förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Malmö stad har för avsikt att upphandla "Framtidens IT-system för vård och omsorg". För att uppnå målet vill kommunen teckna avtal med en leverantör som har ett långsiktigt kontinuerligt utvecklingsarbete som är i linje med de förändringar som sker i samhället och inom verksamhetsområdet. Systemet ska stödja samtliga processer och lagrum inom vård och omsorg från beslut och verkställighet till uppföljning. Systemet ska fungera gränsöverskridande och integreras med flera av de olika sidosystem som kommunen använder. I framtiden ska systemet möjliggöra för brukaren att få insyn i sina insatser m.m. på ett lättillgängligt sätt (3.1). Omfattningen av upphandlingen är verksamhetssystem för vård- och omsorgsverksamheten i kommunen med avtal för support och underhåll. Behovet omfattar även stöd i närliggande verksamhetsområden och möjlighet till avrop av

ytterligare funktionalitet för att stödja kommunens medarbetare i omsorgs-
arbetet (3.2).

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av förfrågningsunderlagets krav
samt Malmö stads beskrivning av sitt behov att verksamhetssystemet för
vård och omsorg är ett omfattande system som ska fungera över olika
verksamhetsgränser. Systemet har inte karaktären av ett klart och tydligt
avgränsat område, vars omfattning utan svårighet kan definieras. Det finns
därmed klara likheter i förhållande till de verksamhetsområden som anges i
prop. 2009/10:180. Vidare handlar förfrågningsunderlaget inte heller om
en teknisk lösning för ett avgränsat problem. I stället ställer Malmö stad
långtgående krav på leverantörens förmåga att tillsammans med kommu-
nen utveckla lösningar utifrån en ny och oförutsägbar vision.

Utvecklandet, genomförandet och underhållet av kommunens verksam-
hetssystem har upphandlats med ambitionen att tilldela kontrakt till inno-
vativa lösningar. Det kan då inte rimligen krävas att Malmö stad i förväg
ska kunna definiera de prestanda- eller funktionskrav som krävs för att
uppnå kommunens syfte. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att
det på motsvarande sätt kan anses särskilt komplicerat på objektiva grunder
att upphandla Malmö stads datasystem för kommunens verksamhet inom
vård och omsorg. Detta trots att Malmö stad kan anses vara en van aktör på
upphandlingsmarknaden.

Enligt förvaltningsrätten är det emellertid också av vikt att det komplice-
rade inslaget får betydelse vid tilldelningen av kontraktet. Av Malmö stads
förfrågningsunderlag (5.2) framgår att en leverantör som har en långtgå-
ende vision som visar på nytänkande och är oförutsägbar, men ändå realist-
isk utifrån kommunens förutsättningar tilldelas en högre poäng än exem-
pelvis en leverantör som endast har en vision som visar på nytänkande. En
leverantör som inte tillför ytterligare dimensioner till kommunens redan

befintliga vision tilldelas inga poäng. Denna del utgör en betydande del av utvärderingskriterierna (20-30 procent). Enligt förvaltningsrätten visar detta på en genuin vilja från Malmö stads sida att ta fram innovativa lösningar och att ett av de komplicerade inslagen i upphandlingen har fått betydande genomslag i upphandlingens tilldelningskriterier.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att det kontrakt som upphandlingen avser är att anse som särskilt komplicerat på det sätt som avses i 4 kap. 10 och 11 §§ LOU. Malmö stad har således haft fog för att använda sig av konkurrenspräglad dialog vid upphandlingen.

Har Malmö stad tillämpat kvalificeringskravet angående referenskommun med minst 40 000 invånare i enlighet med LOU?

Enligt punkt 5.1 i inbjudan till anbudsansökan, daterad den 19 oktober 2012, utvärderas anbudssökanden först utifrån kvalificeringskraven för att avgöra om samtliga krav är uppfyllda. Vidare anges att de anbudssökande som inte uppfyller kraven inte är kvalificerade till urvalet.

Enligt punkt 4.5.1 i inbjudan till anbudsansökan ska anbudssökanden redovisa sina två största (baserat på organisationsstorlek) referensuppdrag med leverans av verksamhetssystem till kommun med minst 40 000 invånare. Det är i målet ostridigt att Alfa har uppfyllt invånarantalet avseende en referenskommun, men inte den andra.

Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En grundläggande princip för all upphandling är emellertid proportionalitetsprincipen, vilken bl.a. innebär att de kvalificeringskrav som ställs vid en upphandling inte får gå utöver vad som är nödvändigt för aktuell upphandling. Nu aktuell upphandling avser Malmö stads verksam-

hetssystem för vård och omsorg. Syftet med kravet på leverantören är att denne har tillräcklig förmåga att klara uppdraget. Malmö stad är en kommun med över 300 000 invånare och 20 000 anställda, varav 6 000 är anställda inom vård- och omsorgsverksamheten. Kommunen är dessutom uppdelad i flera olika nämnder. Enligt förvaltningsrätten kan det mot denna bakgrund antas vara av vikt för kommunen att leverantören besitter erfarenhet från stora kommuner. Kravet kan därmed inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Det har inte heller framkommit något till stöd för att det nämnda kravet skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar också att Malmö stad inte har brutit mot principerna i LOU genom att inte göra en individuell bedömning av Alfas förmåga att klara av uppdraget. I rättsfallet från Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 958-05) som Alfa hänvisar till hade den upphandlande myndigheten inhämtat ett yttrande om leverantörens ekonomiska förmåga från ett kreditupplysningsföretag, dvs. en tredje part. I förevarande fall har Malmö stad gjort sin bedömning utifrån Alfas egen uppgift om tidigare utförda uppdrag och hur stora kommunerna varit. Rättsfallet saknar därmed relevans för förevarande mål. Därutöver skulle det kunna strida mot reglerna i LOU att anta erbjudande trots att nämnda krav inte uppfylls.

Var Malmö stads urvalskriterier förenliga med de krav som ställs i LOU?

Av inbjudan till anbudsansökan (5.1) framgår att företag som uppfyllt kvalificeringskraven bedöms enligt urvalskriterierna angivna i prioriteringsordning:

1. Omdömen av redovisade referenser.
2. Hur verksamhetssystemets befintliga processtöd motsvarar beställarens behov enligt bilagda flödesscheman.
3. Anbudssökandens arbete med strategisk utveckling av verksamhetssystem och tjänster.

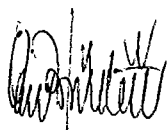
4. Anbudssökandens projektmetodik, konsultresurser och kompetenser.

Förvaltningsrätten anser inte att ovan nämna kriterier bryter mot reglerna i LOU. Med hänsyn till den verksamhet som upphandlas är urvalskriterierna både relevanta, proportionerliga och tydliga. Alfes uppfattning att kriterierna öppnar för godtycke delas inte av förvaltningsrätten.

Har eller kan Alfa antas ha lidit skada?

Mot bakgrund av att Malmö stad har haft fog för att använda sig av upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog samt att varken kvalificeringskravet i 4.5.1 i inbjudan till anbudsansökan eller urvalskriterierna i 5.1 samma inbjudan strider mot reglerna i LOU, har Malmö stad haft fog för sitt agerande. Det kan därmed inte heller anses att Alfa har lidit eller kan komma att lida skada. Alfes ansökan om ingripande enligt LOU ska således avslås.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1B LOU