



KONKURRENSVERKET	
2018-05-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Akibil

SÖKANDE

Omnitor AB, 556558-4413
Box 92054
120 06 Stockholm

MOTPART

Kramfors kommun
872 80 Kramfors

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Kramfors kommuns upphandling funktion för trygghetskamera, dnr KS 2017/613, ska göras om.

BAKGRUND

Kramfors kommun (kommunen) har genomfört en upphandling gällande funktion för trygghetskamera (dnr KS 2017/613). Upphandlingen sker genom förenklat förfarande och med utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tre leverantörer lämnar anbud, varav en anses uppfylla samtliga ska-krav och tilldelas kontraktet. Omnitor AB (Omnitor) återkallar sitt anbud på egen begäran och Great Security Sverige AB anses inte uppfylla ska-kraven.

YRKANDEN M.M.

Omnitor ansöker nu om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. I upphandlingens kravspecifikation 3.3 krävs att leverantören tillhandahåller ett administrationsverktyg som ska kunna integreras i det befintliga planeringssystemet TES. Det är Tunstall AB (Tunstall) som levererar TES och Tunstall har inte ett öppet Application Programming Interface (API). Ingen annan leverantör än Tunstall kan därmed integrera eller leverera en produkt som möter kravspecifikationen i upphandlingen. Omnitor blev därmed tvungna att återkalla sitt anbud i och med att Tunstall inte upplåter sitt API till andra leverantörer för att integrera sina produkter i planeringssystemet TES. Detta var ett krav i upphandlingen och Omnitor kunde därför inte lämna ett komplett anbud utifrån kommunens kravspecifikation. Skadan inträffade i och med att ingen annan leverantör än Tunstall kunde lämna ett anbud som uppfyllde samtliga delar av kravspecifikationen. Omnitor har därför lidit ekonomisk skada eftersom all tilldelning har gått till Tunstall, trots att Omnitors pris var 24 procent lägre än det av kommunen antagna anbudet. Detta strider mot LOU eftersom det ensidigt gynnar en leverantör och alla andra leverantörer utestängs och förhindras från att möta kraven i upphandlingen.

Kommunen yrkar i första hand att Omnitors yrkande ska avskrivas. I andra hand yrkar kommunen att ansökan om överprövning ska avslås. I huvudsak

anförs följande. Det finns inget giltigt anbud från Omnitor. Under pågående utvärdering skrev Omnitor till kommunen och återtog sitt anbud, detta kan utläsas i utvärderingsprotokollet där det står att ”anbudet förkastas enligt företagets egen begäran”. Det är därmed omöjligt att Omnitor kan vara skadelidande, se HFD 2013 ref. 53. Om anbudet trots återkallandet ska anses som giltigt uppfyller inte Omnitor obligatoriska ska-krav i upphandlingen.

Enligt Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2015 i mål nr 378-15 har en upphandlande myndighet stor frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i en upphandling. Kraven i aktuell upphandling har ett naturligt samband och står i proportion till det behov som ska täckas. TES är ett planeringssystem som är integrerat i kommunens verksamhetssystem och schemaläggningssystem och systemet har kommunen upphandlat tidigare. Kommunen arbetar för medmänsklig omvårdnad istället för att ägan tid åt planering. Systemet ger kommunen verktyg för att genomföra detta och personalen får mer tid för brukarna. Systemet är av yttersta vikt för kommunens framtida utveckling i den digitala världen. De kameror som nu är upphandlade innebär en utvidgning av en befintlig funktion i systemet TES vilket är anledningen till att kravet har uppställts i upphandlingen. Systemet och kamerorna måste vara integrerade med varandra i sådan omfattning att informationsmängder kan överföras mellan systemet och kamerorna med minimal risk för felaktigheter. Det aktuella kravet har ställts för att säkerställa det eftersträvade syftet. Det är flera typer av informationsmängder som måste kunna överföras mellan kameror och det befintliga systemet, vilket innefattar sekretesskänslig information på individnivå. Informationsmängderna är dessutom verksamhetskritiska för kommunen eftersom kommunen därigenom kan säkerställa att enskilda individer tillhandahålls de insatser som de är i behov av. Med hänsyn härtill finns det inget mindre ingripande alternativ än det aktuella kravet för att uppnå det eftersträvade syftet.

Om leveransen av kameror sker utan kravkoppling mot TES finns det ingen automatisk kommunikation mellan kamerorna och systemet. Konsekvenserna för drift och underhåll blir avsevärda. Därutöver finns det en otroligt stor risk för felkällor och att patientsäkerheten sätts ut spel när allt måste registreras och administreras manuellt i flera system. De tekniska svårigheter som det skulle innebära att vända sig till en leverantör utan kravställning kopplat mot TES överstiger gränsen för vad som ska anses som proportionerligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader (1 kap. 16 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 (20 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Under avsnittet krav på leverantören i avsnitt 3.3 anges följande:

”Den erbjudna lösningen ska kunna integreras i det befintliga planeringssystemet TES. Planerade tillsyner i planeringssystemet ska bli insatsrapporterade vid utförd tillsyn via kamera. Det ska vara möjligt att i det befintliga planeringssystemet TES följa upp om tillsyn gjorts, vilken tid och av vem”

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga är inledningsvis, mot bakgrund av de invändningar kommunen gjort, om Omnitor har talerätt i målet.

Av handlingarna framgår att Omnitor inledningsvis lämnade ett anbud i upphandlingen men återkallade det på grund av att de inte ansåg sig kunna uppfylla kravspecifikationen. Förvaltningsrättens bedömning är att Omnitor kan bedömas som leverantör vilket är en grundläggande förutsättning för talerätt i upphandlingsförfarandet. En ytterligare förutsättning för talerätt är att bolaget ska ha lidit skada eller riskerat att lida skada. I det ligger att bolaget rent faktiskt måste haft intresse av att ingå upphandlingsavtalet. Eftersom skälet till att Omnitor i detta fall dragit tillbaka sitt anbud är att de inte ansåg sig kunna uppfylla den kravspecifikation som de nu angriper, får det förutsättas att de haft för avsikt att ingå det aktuella upphandlingsavtalet. (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 10 november 2017 mål nr 4876-16). Förvaltningsrätten anser således att Omnitor, mot angiven bakgrund, har talerätt i målet.

Frågan i målet är vidare om ska-kravet att anbudsgivarna ska erbjuda kameror som kan integreras i det befintliga planeringssystemet TES strider mot LOU och om det därmed finns skäl att ingripa i den aktuella upphandlingen.

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Prövningen är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref 69).

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa på leverantörer i ett upphandlingsförfarande. Kraven måste dock vara förenliga med de grundläggande principerna, däribland proportionalitetsprincipen (4 kap. 1 § LOU). Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

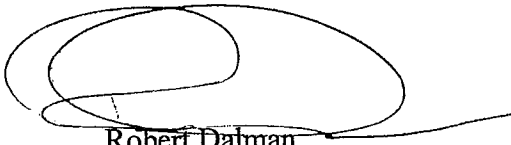
Förvaltningsrätten konstaterar att det av angivet krav framgår att anbudsgivarna ska erbjuda en lösning som kan integreras i det befintliga planeringssystemet TES. Omnitor har anfört att det endast är Tunstall som kan uppfylla kravspecifikationen i upphandlingen. Kravet på att den erbjudna lösningen ska kunna integreras i det befintliga planeringssystemet TES är således, enligt Omnitor, ett krav som endast kan uppfyllas av en leverantör. Kommunen har inte invänt mot att det bara är en leverantör som kan uppfylla kraven. Kommunen har i övrigt anfört att konsekvenser för drift och underhåll blir avsevärda om lösningen inte kan integreras i TES, samt att det föreligger en otroligt stor risk för felkällor och att patientsäkerheten därmed sätts ut spel när allt måste registreras och administreras manuellt i flera system.

Av handlingarna i målet framgår att Omnitor återkallat sitt anbud och att ingen annan leverantör, förutom Tunstall, lämnat ett anbud som uppfyllt de obligatoriska kraven. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att det endast är en leverantör som i praktiken getts möjlighet att lämna ett anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening framstår effekten av det som oproportionerlig i förhållande till vad kommunen anfört om vissa opreciserade drift- och underhållsåtgärder och risker avseende patientsäkerheten. Det förhållande att kommunen genom tidigare upphandling uppger sig ha blivit helt begränsade i sitt val av leverantörer för utvidgning, komplettering eller förbättring av det befintliga systemet kan inte medföra någon annan

bedömning. Med hänsyn härtill och till att det i övrigt inte har kommit fram annat än att endast en leverantör kan uppfylla ska-kravet gör förvaltningsrätten bedömningen att kommunen har brutit mot proportionalitetsprincipen.

Kommunen har således genomfört upphandlingen i strid med 4 kap. 1 § LOU. För att det ska föreligga förutsättningar för ingripande enligt LOU krävs, vid sidan av en överträdelse av någon bestämmelse i LOU, även att sökanden lidit eller kan komma att lida skada av åtgärden. De omständigheter som Omnitor anför medför att bolaget kan komma att lida skada. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede förordnar förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

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



Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Tina Montelius.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida