



SÖKANDE

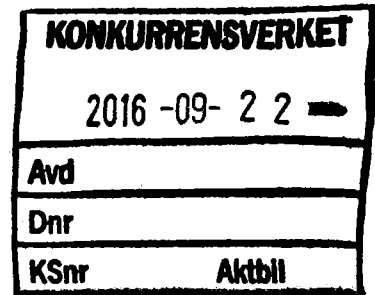
Mindmancer AB, 556705-4571
Regnbågsgatan 8B
417 55 Göteborg

MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Luleå kommun (kommunen) har genom öppet förfarande, för Norrbottens e-nämnds räkning, upphandlat ”KLF 2015/1324 Funktion för trygghetskamera”. Av tilldelningsbeslutet framkommer att fem anbud gick vidare till utvärdering av sju inkomna anbud.

Mindmancer AB:s anbud diskvalificerades på grund av att anbudet inte bedömdes uppfylla samtliga obligatoriska krav.

Mindmancer AB (Mindmancer) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelse ska göras på så sätt att utvärderingen görs om, varvid bolagets anbud tas upp till prövning.

Kommunen motsätter sig bifall till Mindmancers ansökan om överprövning.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Mindmancer anför sammanfattningsvis följande till stöd för sin talan.

Kommunen har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen när den förkastat bolagets anbud trots att anbudet uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Mindmancer har därför gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen och har således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Eftersom överträdelsen inte rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det tillräckligt att upphandlingen rättas i enlighet med yrkandet.

Mindmacers anbud förkastades med motiveringen att angivna referenser inte kunde anses likvärdiga med liknande innehåll och omfattning.

Av kammarrättspraxis framgår att en restriktiv tolkning av vilka referensuppdrag som är av ”liknande slag” strider mot LOU. Av Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1030-11 framgår t.ex. att krav på referenser som skulle avse uppdrag som var likvärdiga med ”Reparation/service storköksutrustning” (föremålet för upphandlingen) innebar att referenser från kök i snabbmatsrestauranger skulle ses som likvärdiga. Den upphandlande myndigheten ansåg att den utrustning som finns i snabbmatskök inte kunde likställas med den utrustning som finns i produktionskök för äldreomsorg och skola. Kammarrätten uttalade att om referenser endast skulle få avse uppdrag med erfarenhet av sådan typ av utrustning som finns i klagandens kök skulle det vara konkurrenshämmande och strida mot LOU. Detta skulle begränsa den fria rörligheten och hindra nya aktörer att komma in på marknaden.

Att bedömningen avseende vilka typer av referensuppdrag som ska anses vara likvärdiga inte får göras restriktivt framgår även av Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6065-04 avseende Historiska museets upphandling av lokalvård. Kammarrätten uttalade att det var oproportionerligt att endast acceptera referenser avseende lokalvårdsuppdrag från andra museer. Även referenser som inte avser exakt samma tjänst/produkt som är föremål för upphandling ska således godtas som fullgott bevis på att en anbudsgivare har kapacitet att utföra uppdraget i fråga.

Vad gäller referensuppdragens volym/omfattning framgår av Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 114-12 och 116-12 att krav på volym ska tillämpas med stor försiktighet. Även vad det gäller ett referensuppdrags omfattning måste således en generös bedömning göras.

Såsom kravet på referenser är formulerat i det nu aktuella förfrågningsunderlaget krävs endast att referensuppdragen är av liknande innehåll och omfattning. Kravet medger därmed stort utrymme för vilka uppdrag som ska accepteras. Något särskilt krav på uppdragens volym framgår inte heller.

Av bolagets anbud framgår med all önskvärd tydlighet att referensuppdragen avser med upphandlingen tekniskt likvärdiga uppdrag varför uppdragen till sitt innehåll är liknande. Uppdragen tillsammans omfattar vidare installationer av sammanlagt 200 kameror och är endast två exempel på alla de installationer som Mindmancer utfört. Mindmancer har därför den kapacitet som krävs för uppdragets utförande och uppdragen är av liknande omfattning. Det ska även nämnas att upphandlingen avser ett ramavtal utan garanterade volymer, vilket innebär att det förstås är svårt att veta exakt vilken volym en rangordnad leverantör kan komma att få leverera under avtalstiden. Några högre krav på referensuppdragens volym kan, i brist på uttryckliga volymangivelser i förfrågningsunderlaget, därför rimligen inte ställas.

I sammanhanget kan även nämnas att Mindmancers referenser godtagits i Mörbylånga kommuns och Landstinget Dalarnas snarlika upphandlingar ("Digital nattillsyn 2016" respektive "Fjärrtillsyn med kamera"), där i allt väsentligt identiska krav på referenser ställts upp.

Mot bakgrund av redogjord praxis står det klart att Mindmancers referensuppdrag är av liknande innehåll och omfattning med upphandlingsföremålet och att anbudet därmed uppfyller kravet i punkten 7.8 i förfrågningsunderlaget.

Av tilldelningsbeslutet framgår att de leverantörer som antagits haft anbudspriser om 2 985,00 kr, 6 100,01 kr samt 8 550,00 kr. Mindmancer har lämnat ett anbud med anbudssumman om 5 007,00 kr, och skulle därmed ha

haft ett av de tre bästa anbudena. Mindmancer hade tilldelats ramavtalet och lider därför skada av kommunens agerande.

Kommunen framför sammanfattningsvis följande till stöd för sin inställning.

I upphandlingen inkom sju anbud och fem bedömdes kvalificerade för utvärdering. Mindmancer var en av de leverantörer som inte kvalificerades till utvärderingen på grund av att anbudet inte uppfyllde upphandlingens obligatoriska krav.

För kommunen är referenser en viktig del i syftet att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Syftet med referenserna var att undersöka hur anbudsgivaren tidigare utfört en liknande tjänst och hur väl den utförts. För kommunen var referenserna en viktig del av upphandlingen då erfarenhet från liknande tillsyn är värdefull utifrån lagstiftarens krav på kommunen vad gäller garanterad patientsäkerhet för brukaren.

De referenser Mindmancer lämnat och vilka avser kameraövervakning av två skolor hade till syfte att förhindra skadegörelse. Dessa referenser motsvarar inte förfrågningsunderlagets krav på tidigare erfarenheter och referenser med liknande innehåll och omfattning. Av kommunens förfrågningsunderlag framgår klart och tydligt att upphandlingen avser trygghetskameror utformade för att användas inom vård och omsorg (hemtjänstens verksamhet). Stationär kameraövervakning av lokal kan inte jämföras med videotillsyn av hemtjänstens brukare då tillsynens fokus är brukarens trygghet och säkerhet. Kraven på anbudsgivarnas kapacitet är dessutom högre avseende en tjänst för tillsyn i brukarens boende via trygghetskamera än för områdesbevakning av skolor.

Kommunens ska-krav på referenser är rimligt och affärsmässigt motiverade i förhållande till det som ska upphandlas och strider inte mot principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens.

Kommunen vill även tillägga att Mindmancer i sin ansökan om överprövning felaktigt hävdade att bolagets referenser godtagits vid tidigare upphandlingar hos Mörbylånga kommun och Landstinget Dalarna. Enligt uppgift är Mörbylångas upphandling föremål för överprövning utifrån Mindmancers referenser och Landstinget Dalarna har inte publicerat sitt tilldelningsbeslut ännu.

Mindmancer tillägger därefter bl.a. följande.

Kommunen hävdar att stationär bevakning av lokal inte kan jämföras med videotillsyn av hemtjänstens brukare. I sak är den tekniska leveransen densamma men de referenser som Mindmancer lämnat gäller inte stationär kameraövervakning utan intelligent videotillsyn med trygghetskameror, vilket är mycket snarlikt tillsyn med trygghetskameror för användning inom hemtjänst. Fokus för tillsyn av elever och skolor och tillsyn av brukare är densamma, det är trygghet och säkerhet i båda fallen.

Kommunen anger att "Kraven på anbudsgivarens kapacitet är dessutom högre avseende en tjänst för tillsyn i brukarens boende via trygghetskamera än för områdesbevakning av skolor". De specifika ska-krav för den programvara kommunen upphandlar som en tjänst för tillsyn anges i utvärderingsdelen i anbudet, inte i bedömningen av teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Om Kommunen avser att utesluta anbud för att de inte levererat exakt den tjänst som kommunen efterfrågar till exakt samma målgrupp kommer detta kraftigt att begränsa konkurrensen då varken nya företag eller nya produkter

kan klara kvalificeringskravet. Det strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. I denna upphandling har kommunen begärt referenser av liknande system och Mindmancer har angivit referenser där trygghetskameror till kommuner har levererats.

Mindmancer hänvisar till de upphandlingar som genomförts av Mörbylånga kommun och Landstinget Dalarna där bolagets referenser har godtagits. Mörbylånga kommun har gjort en upphandling av trygghetskameror för nattillsyn med mycket liknande kravbild som Luleå kommun. Mörbylångas upphandling var uppdelad i en kvalificeringsdel och utvärderingsdel samt en bedömning av en användargrupp på kommunen där all teknisk utrustning samt tjänst skulle demonstreras live. Mörbylånga kommun bedömde att Mindmancer uppfyllde kvalificeringskraven och bjöd in bolaget till utvärdering. Vid utvärderingen erhöll Mindmancer delad högsta poäng gällande användarvänlighet och funktion. Mindmancer uppfyllde kommunens krav på programvara och dessa krav är näst intill identiska med Luleå kommuns krav i nu aktuell upphandling. Mindmancer vann upphandlingen och det stämmer att upphandlingen har överklagats men det ändrar inte det faktum att Mörbylånga kommun ansåg att Mindmancers anbud uppfyllde kvalificeringskraven samt att programvaran för nattillsyn mer än väl uppfyllde alla krav i upphandlingen.

Det stämmer också att Landstinget Dalarnas upphandling inte är avslutad men Mindmancer har även här klarat kvalificeringskraven och har bjudits in till presentation av produkten.

Luleå kommuns bedömning i nu aktuell upphandling, att diskvalificera Mindmancer som har tio års erfarenhet av att leverera trygghetskameror strider mot principerna om likabehandling, transparens och förutsägbarhet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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 iakttas.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

Vad Kommunen angett om upphandlingens omfattning

Av **punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget** framgår bl.a. följande. Upphandlingen omfattar: Produkter och tjänster för att på distans göra tillsyn i brukares boende via mörkerseende kamera ("videotillsyn") med option på tillsynstjänst via trygghetscentral eller motsvarande.

De deltagande kommunerna, beställarna har för avsikt att införa trygghetskamera som en insats i hemtjänst. Med trygghetskamera menas att utföra biståndsbeviljad tillsyn med hjälp av modern och lättanvänd informations- och kommunikationsteknik (IKT).

Under samma punkt anges vidare att beställarna idag har cirka 140-150 brukare tillsammans som har endast tillsyn på natten. Någon garanterad volym kan inte utlovas.

I upphandlingen ställda krav

Gällande kravspecifikation anges under **punkten 4.2.1 i förfrågningsunderlaget** följande. Anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla produkter och tjänster som omfattas av upphandlingen och som

- a. är utformade och/eller anpassade för användning inom vård- och omsorgsverksamhet.
- b. fungerar i överensstämmelse vid varje tillfälle gällande lagstiftning, regelverk och säkerhetsmässiga krav för detta område och att
- c. funktionaliteter som efterfrågas ska vara färdigutvecklade och igång vid anbudsgivning.

Av **punkten 3.7 i förfrågningsunderlaget** avseende tidigare erfarenheter/referenser framgår att kravet har ersatts med en formulering i krav 7.8.

I **punkten 7.8 i förfrågningsunderlaget** avseende krav på anbudsgivares tidigare erfarenheter/referens anges bl.a. följande.

Kvalificeringskrav

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet av genomförda leveranser med liknande innehåll och omfattning.

Anbudsgivaren ska styrka sin erfarenhet av liknande leveranser genom att i anbudet ange minst två referensuppdrag som utförts de senaste 36 månaderna räknat från sista dag för anbudstidens utgång.

Referenserna ska kunna styrka att anbudsgivaren uppfyllt ställda tids-, kostnads- och kvalitetskrav.

Ange i kommentar eller bifogad fil för respektive referensuppdrag:

- Beställare (kommun/företag) och kontaktperson inklusive kontaktuppgifter
- Ange omfattning och värde på liknande uppdrag som avses i denna upphandling.
- Ange period för uppdragets utförande

Mindmancers anbud

Mindmancer har i sitt anbud avseende **kravet i 7.8 i förfrågningsunderlaget** angett bl.a. följande.

Natttillsyn är en tjänst som Mindmancer precis har lanserat. Referenserna är för tekniskt likvärdiga installationer där syftet för videotillsynen skiljer sig åt men där övriga aspekter är desamma. Enbacksskolan Skolfastigheter i Stockholm Aktieföretag SISAB ... Uppdraget i sin helhet omfattar ca 150 kameror med live verifiering. Uppdragsvärde 8 miljoner. Första uppdraget påbörjades 2009/6 och har utökats successivt varpå vi tilldelades ramavtal 2011. Angiven referensinstallation skedde i november 2015. Samtliga uppdrag är pågående. Vättleskolan Göteborgs Stad Angered ... Skolor och förskolor i Angered som har uppsättningar av olika typer av kameror kopplat till larmcentral för videoverifiering. Uppdraget utfördes hösten 2015 som en del av ramavtal med Göteborgs stad. Uppdraget omfattar drygt 20 skolor och förskolor stadsdelen med över 50 kameror och påbörjades 2011/3, har förlängts och är pågående. Värde 0,5 miljoner.

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

Mindmancer gör gällande att bolagets anbud uppfyller kravet på referenser eftersom de av bolaget åberopade referenserna är av liknande innehåll och omfattning och att det därför har varit felaktigt av kommunen att förkasta bolagets anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att syftet med det nu aktuella kravet på referenser är att fastställa anbudsgivares förmåga och lämplighet att utföra uppdraget och att kravet därmed utgör ett obligatoriskt krav som hänför sig till leverantörskvalificeringen.

Frågan i målet är därefter hur kravet ska tolkas och om Mindmancer har uppfyllt kravet.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett bl.a. att produkter och tjänster ska vara utformade och/eller anpassade för användning inom vård- och omsorgsverksamhet. Vidare har angetts att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av genomförda leveranser med liknande innehåll och omfattning. När det gäller omfattning har det uppgetts att beställarna idag har cirka 140-150 brukare tillsammans.

Med hänsyn till hur kravet på referenser har utformats – och då annat inte föreskrivs i förfrågningsunderlaget – anser förvaltningsrätten att bedömningen av om kravet på referenser med liknande innehåll och omfattning är uppfyllt eller inte ska göras i förhållande till det nu aktuella upphandlingsuppdraget i dess helhet. Kommunens behov av trygghetskameror och syftet med aktuellt uppdrag beskrivs tillräckligt tydligt i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare har därför haft möjlighet att förutse vad kommunen har avsett med kravet på referenser och därigenom utforma konkurrenskraftiga anbud. Enligt förvaltningsrättens mening måste det vidare finnas utrymme för den upphandlade myndigheten att kontrollera om det uppställda kravet är uppfyllt genom en samlad bedömning av åberopade referensobjekt.

Mindmancer har i sitt anbud angett att de referenser som bolaget lämnat och som gällt skolor är tekniskt likvärdiga installationer där syftet med videotillsynen skiljer sig åt men övriga aspekter är desamma. Kommunen har i sitt yttrande till förvaltningsrätten konstaterat att Mindmancers referensuppdrag avsett kameraövervakning av lokal där syftet med tillsynen varit att förhindra skadegörelse. Kommunen har bedömt att de åberopade referensuppdragen inte kan jämföras med videotillsyn av hemtjänstens brukare där tillsynens fokus är brukarens trygghet och säkerhet. Kommunen har angett att anbudsgivarens kapacitet torde vara högre avseende en tjänst för tillsyn i brukarens hem via trygghetskamera än för områdesbevakning av skolor. Mindmancer har gjort gällande att bolagets referensuppdrag avsett intelligent videotillsyn med trygghetskameror, vilket är mycket snarlikt tillsyn med trygghetskameror inom hemtjänst.

Mot bakgrund av vad som i förfrågningsunderlaget framkommit om omfattningen av uppdraget och antalet brukare med natttillsyn anser förvaltningsrätten att Mindmancers referensuppdrag synes uppfylla omfattningskravet när det gäller antalet kameror. Förvaltningsrätten bedömer dock mot bakgrund av vad som framkommit om kommunens kontroll av de åberopade referensuppdragen, Mindmancers anbud i aktuell del samt av utredningen i övrigt att Mindmancers referensuppdrag inte uppfyller kravet på liknande innehåll. Att Mindmancer lämnat anbud i andra upphandlingar där bolagets referenser godtagits förändrar inte förvaltningsrättens bedömning i förevarande mål. Kommunen har därmed vid prövningen av Mindmancers anbud bedömt och tolkat kravet på referenser i enlighet med vad som framgått av förfrågningsunderlaget.

Mindmancer har slutligen gjort gällande att det strider mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolagets anbud för att det inte har levererat exakt den tjänst som kommunen efterfrågar till exakt samma målgrupp och till

stöd för detta åberopat kammarrättsdomar. Förvaltningsrätten konstaterar att ett absolut krav om erfarenhet av tillsyn från vård- och omsorgsverksamhet (hemtjänst) skulle kunna vara oproportionerligt. Kommunen har dock i nu aktuell upphandling uppgett att även erfarenhet från liknande tillsyn är kvalificerande och även tillämpat kravet på detta sätt. Vad som vidare framkommit om det aktuella upphandlingsuppdragets karaktär och omfattning ger enligt förvaltningsrättens bedömning vid handen att kravet på två referenser med liknande innehåll och omfattning är relevant för att säkerställa syftet med upphandlingen och står i rimlig proportion till det som upphandlas.

Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar förvaltningsrätten att kommunen har agerat i enlighet med LOU när den förkastat Mindmancers anbud på grund av att kravet på referenser inte varit uppfyllt. Eftersom det inte heller i övrigt har visats att det aktuella förfarandet strider mot de principer och krav som anges i LOU, anser förvaltningsrätten att det inte finns förutsättningar att vidta åtgärder med stöd av 16 kap. 6 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Marika Pernu

Carola Andersson har föredragit målet.



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.