



SÖKANDE

IntraPhone AB, 556534-5633

Ombud: Karl Sunnermalm
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPARTER

1. Östra Göinge kommun
Storgatan 4
280 60 Broby

2. Tunstall AB, 556135-1197

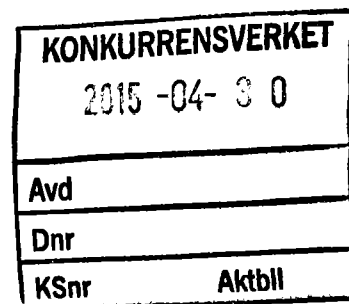
Ombud för Tunstall AB: advokaterna Johanna Jonsson och Niklas Sjöblom
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND

Östra Göinge kommun genomför en upphandling av ”IT-stöd för hemtjänsten” (dnr KS 2014/00149.71.1). Av tilldelningsbeslut daterat den 2 februari 2015 framgår att kommunen beslutat att teckna avtal med Tunstall AB (Tunstall).

YRKANDE OCH INSTÄLLNINGAR M.M.

IntraPhone AB (IntraPhone) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att kommunen ska vidta rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av Tunstalls anbud. Som grund för sin talan anför IntraPhone följande.

Kommunen har, i strid mot såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU, tilldelat Tunstall kontraktet trots att bolaget inte uppfyller alla obligatoriska krav. Bristerna består för det första i att Tunstall inte i kravspecifikationen vid punkten 3.2.10 har besvarat frågan med ”ja”, vilket är obligatoriskt. Tunstall har lämnat fältet där anbudsgivarna ska ange om kravet är uppfyllt tomt. Tunstalls anbud är för det andra bristfälligt då det inte framgår av anbudet att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda vid tiden för anbudets lämnande. Av de administrativa föreskrifterna punkterna 2.7.3 och 2.7.4 framgår att det av anbudet ska framgå om anbudsgivaren uppfyller kraven. Att kommunen skriver ”uppfyller” innebär att tidpunkten för kravets uppfyllelse ska vara vid anbudstidens utgång. Av Tunstalls kommentar vid punkt 3.2.10 i kravspecifikationen och av Tunstalls svar till kommunen framgår att kravet inte uppfylls vid tiden för anbudets lämnande.

Vidare har Tunstall särbehandlats på ett otillåtet sätt av kommunen. Tunstall har, i strid mot såväl 9 kap. 8 § LOU som likabehandlingsprincipen, tillåtit att komplettera sitt anbud med en ny uppgift. Kommunen har efter-

frågat ett förtydligande av varför Tunstall i kravspecifikationen vid punkt 3.2.10 skriver om CareApp Note men inte har tagit med CareApp Note i sin bilaga. I Tunstalls ursprungliga anbud saknades ett angivande av CareApp Note, varför den bilagan som gavs in efter kommunens förfrågan måste anses utgöra helt ny information och därmed en otillåten komplettering. Att ange CareApp Note i kravspecifikationen och inte i bilaga 4 medför även att Tunstall har lämnat motstridiga uppgifter i anbudet. Det är inte tillåtet att läka motstridiga anbudsuppgifter som innebär bristande uppfyllelse av obligatoriska krav genom kompletteringar.

Även IntraPhone har beretts tillfälle att lämna ett förtydligande till kommunen. I sitt förtydligande klargjorde IntraPhone att service och underhåll för insatsregistrering och planering var inkluderat i licensen. Det utgjorde ingen otillåten komplettering eftersom ingen ny fakta ersatte den befintliga.

IntraPhone har lidit skada p.g.a ovannämnda brister i upphandlingen eftersom IntraPhone, för det fall Tunstall rätteligen inte hade beaktas i den slutliga anbudsutvärderingen, hade tilldelats kontraktet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Tunstall har inte svarat "ja" i det aktuella fältet i kravspecifikationen vid punkt 3.2.10. Att Tunstall uppfyller kravet framgår i beskrivningen i fältet intill. Det framgår också av begärt förtydligande. Inte heller IntraPhone har svarat "ja" på alla aktuella positioner i kravspecifikationen. På samma sätt som med anbudet från Tunstall framgår det på annat ställe i IntraPhones anbud att de uppfyller de aktuella kraven. Kommunen har därmed behandlat de båda anbuden i enlighet med likabehandlingsprincipen och övriga grundläggande krav i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen har angett en annan tidpunkt än anbudets lämnande för när de obligatoriska kraven ska vara uppfyllda, vilken framgår i de administrativa

föreskrifterna. I dessa anges att tiden för när systemet ska vara fullständigt och kunna tas i drift är vid visningen. Det framgår att visning av system ska ske under veckorna 4 och 5 år 2015.

Kommunen har begärt ett förtydligande från Tunstall av vad som menades med "kommer man att kunna" och "kommer kunna" för att kunna fastställa om lösningen är utvecklad eller när den kommer att vara det. Tunstall har lämnat beskrivningar, i anbudet och förtydligandet, som visar att systemet senast vid visningen uppfyller samtliga obligatoriska krav. Genom Tunstalls svar på kommunens fråga har den otydlighet som fanns vid punkt 3.2.10 undanröjts. Det är således fråga om en konkretisering av lämnade uppgifter och någon otillåten ändring har inte skett. Kravuppfyllnaden verifierades vid visningen. Tunstall bifogade även en uppdaterad förteckning med ingående moduler där de skrivit CareApp Note. Den nya förteckningen utgör inte en otillåten komplettering då ingen ny uppgift har tillkommit. CareApp Note fanns sedan tidigare omnämnt i Tunstalls anbud.

Ingen otillåten särbehandling har skett av Tunstall. Kommunen har efterfrågat ett förtydligande även från IntraPhone gällande en otydlighet i dess anbud rörande ett obligatoriskt krav. Förtydligandet från IntraPhone är en konkretisering av redan lämnade uppgifter i anbudet. En otydlighet som fanns undanröjdes, precis som med förtydligandet av Tunstalls anbud. Kommunen har därmed behandlat anbuden enligt likabehandlingsprincipen och grundläggande krav i 1 kap. 9 § LOU samt enligt 9 kap. 8 § LOU.

Tunstall har getts tillfälle att yttra sig i målet och bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet 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 iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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.

Enligt 9 kap. 8 § 2 stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt (prop. 2006/07:128 s. 377).

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Utredning

I förfrågningsunderlaget anges såvitt nu är relevant följande.

”Anbud prövas mot de obligatoriska krav som ställs upp i kravspecifikationen. Samtliga obligatoriska krav i kravspecifikationen ska vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas. Av anbudet ska framgå om anbudsgivaren uppfyller och/eller accepterar kraven (se anbudsformuläret).” (punkt 2.7.3 i de administrativa föreskrifterna)

”Upphandlande myndighet kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. För att ett anbud ska kunna utvärderas i detta steg krävs att samtliga obligatoriska krav i kravspecifikationen uppfylls.”

”Anbudsgivaren ska kunna förevisa systemet hos Östra Göinge kommun. Visningen ska vara kostnadsfri för kommunen. Visningen ska kunna ske under veckorna 04 och 05 år 2015.” ”Vid visningen ska systemet vara fullständigt och kunna tas i drift.” (punkt 2.7.4 i de administrativa föreskrifterna)

I två fält överst på kravspecifikationen anges, över rubriken ”Uppfylld av obligatoriska krav och utvärderingskriterier”: ”Gråa fält i denna kolumn SKA fyllas i; JA/NEJ” respektive ”Gråa fält i denna kolumn SKA (om inget annat anges) fyllas i med en BESKRIVNING eller HÄNVISNING, det räcker således *inte att endast svara ja/nej*”.

”Man ska kunna lämna talmeddelande till nästa medarbetare. Det skall gå att lämna talande meddelanden via webgränssnittet och styra detta till unik brukare, personal, arbetslag samt och/eller hela organisationen. Det skall i systemet gå att se när dessa meddelanden kvitterats.” (punkt 3.2.10 i kravspecifikationen)

I sitt anbud har Tunstall i kommentarsfältet vid punkt 3.2.10 i kravspecifikationen angett följande.

”I CareApp Note kommer man kunna lämna talande meddelanden till nästa medarbetare. Meddelandena kommer kunna lämnas via webbgränssnittet och styra dessa till unik brukare, personal, arbetslag/hela organisationen. Det går att utläsa ur systemet när dessa meddelanden kvitterades.”

Kommunen har den 16 januari 2015 skrivit följande till Tunstall:

”Hej! I pos 3.2.10 kravspecifikationen har ni skrivit följande beskrivning ”I CareApp Note kommer man kunna lämna talande meddelanden till nästa medarbetare. Meddelandena kommer kunna lämnas via webbgränssnittet och styra dessa till unik brukare, personal, arbetslag/hela organisationen. Det går att utläsa ur systemet när dessa meddelanden kvitterades.” Ett förtydligande behövs i följande avseende: 1. CareApp Note nämns i besvarad kravspecifikation men finns inte upptagen i er bilaga 4 med förteckning över ingående moduler. Vad gäller? 2. Vad menar ni med ”kommer man kunna” och ”kommer kunna”? Är lösningen utvecklad eller inte?”

Tunstall har samma dag lämnat följande svar:

”I bilaga 4 är det den mänskliga faktorn som har felat och vi har missat att skriva dit CareApp Note. Denna skall givetvis stå med där. Vänligen se förtydligande bilaga.” ”Gällande CareApp Note och Talande meddelanden kommer denna funktion finnas tillgänglig i nästa release av CareApp Note, vilket infaller den kommande veckan vilket innebär att den finns klar att visa vid intervjutillfället.”

Förvaltningsrättens bedömning

Ett anbud som inte uppfyller samtliga i en upphandling uppställda obligatoriska krav får inte antas utan ska förkastas, såvida kravet i sig inte är oproportionerligt eller på annat sätt strider mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. De obligatoriska kraven kan vara såväl formella krav som krav på själva upphandlingsföremålet. För att ett ingripande enligt LOU ska kunna bli aktuellt krävs att sökanden lyckas visa både att upphandlande myndighet handlat i strid med LOU och att sökanden till följd av detta lidit, eller riskerar att lida, skada. Båda dessa rekvisit måste alltså vara uppfyllda.

Av utredningen i målet framgår att varken Tunstall eller IntraPhone har svarat ”ja” eller ”nej” i samtliga aktuella fält i kravspecifikationen, samt att inget av deras anbud förkastats till följd av detta. De båda anbudsgivarna har således behandlats lika i detta avseende. Förvaltningsrätten finner att kommunen inte heller hade kunnat anta anbudet från IntraPhone om den bedömt att lämnande av svar i de aktuella fälten varit ett obligatoriskt krav. IntraPhone har därför inte lidit eller riskerat att lida skada till följd av att kommunen inte förkastat Tunstalls anbud p.g.a. det uteblivna svaret. Eftersom skaderekvisitet inte är uppfyllt kan ett ingripande enligt LOU på den grunden att Tunstall inte svarat ”ja” vid punkt 3.2.10 inte bli aktuellt. Det saknas under detta förhållande skäl för förvaltningsrätten att bedöma om det rör sig om ett sådant obligatoriskt krav som bort upprätthållas av upphandlande myndighet.

Vad gäller tiden för när det upphandlade föremålet eller tjänsten ska uppfylla samtliga obligatoriska krav är huvudregeln att det är vid anbudets lämnande. Den upphandlande myndigheten kan dock bestämma en annan tidpunkt vid vilken kraven ska vara uppfyllda. När det gäller tidpunkten för uppfyllelse av de obligatoriska kraven i den aktuella upphandlingen anser förvaltningsrätten att det framgår av förfrågningsunderlagets punkt 2.7 att det är tillräckligt att dessa är uppfyllda vid visningstillfället. Vad IntraPhone anfört avseende att det i Tunstalls anbud inte angetts att kraven i punkt 3.2.10 var uppfyllda vid anbudslämnandet utgör därför inte heller något skäl för ingripande enligt LOU.

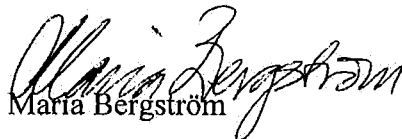
Samtliga uppgifter som begärts av den upphandlande myndigheten måste finnas med i anbudet när det lämnas. Tunstall har i kravspecifikationen vid punkt 3.2.10, i kolumnen i vilken anbudsgivarna ska beskriva hur det obligatoriska kravet uppfylls, angett hur kravet i punkt 3.2.10 kommer att uppfyllas i CareApp Note. Förvaltningsrätten anser att Tunstall därmed har angett i anbudet att det offererar ett system som omfattar denna produkt. I

den uppräknning som Tunstall gjort i en bilaga till sitt anbud av vilka produkter som offereras finns CareApp Note inte med. Bilagan är att anse som en del av Tunstalls anbud. Således har det funnits oklarheter i anbudet om CareApp Note offereras eller inte. Det har därmed funnits ett behov av ett förtydligande. Att förtydliga något innebär att lämnade uppgifter konkretiseras och förutsätter att det i anbudet redan finns uppgifter som kan förtydligas eller kompletteras. Som ovan konstaterats har Tunstall i anbudet angett hur CareApp Note kan uppfylla ett av de obligatoriska kraven. Förvaltningsrätten anser därför att begäran om det aktuella förtydligandet har kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Tunstall har i sitt svar klargjort att anbudet innefattar CareApp Note. Förtydligandet innebär ingen ändring i sak av lämnat anbud eftersom CareApp Note redan angetts i anbudet.

Kommunen har även begärt ett förtydligande av om lösningen är utvecklad. Mot bakgrund av Tunstalls formuleringar ”kommer man att kunna” och ”kommer kunna” under rubriken om hur man kommer att uppfylla kraven i punkt 3.2.10 har det enligt förvaltningsrätten funnits otydligheter i anbudet. Eftersom det i den aktuella upphandlingen inte har varit tiden för anbudets lämnande som är den tidpunkt då de obligatoriska kraven ska vara uppfyllda har en sådan begäran om förtydligande kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Tunstall har svarat att produkten kommer att vara färdig att användas på det beskrivna sättet vid visningen. Vad Tunstall anfört till svar utgör enligt förvaltningsrätten inte en otillåten komplettering av vad som anges i anbudet. Förvaltningsrätten noterar att kommunen även har gett IntraPhone tillfälle att förtydliga en otydlighet i sitt anbud. Mot bakgrund av ovanstående har IntraPhone enligt förvaltningsrätten inte visat att kommunen på ett otillåtet sätt har gett Tunstall tillfälle att förtydliga sitt anbud. Inte heller av den anledningen finns således skäl för ett ingripande enligt LOU.

Eftersom ingen av de av IntraPhone åberopade omständigheterna i målet utgör skäl för ett ingripande enligt LOU ska ansökan avslås.

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


Maria Bergström

Målet har föredragits av Anna Aktermo.



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. 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 anlitat 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 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.

