



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2019-05-29
Meddelad i Göteborg

Mål nr
14808-18

SÖKANDE

Tunstall AB, 556135-1197

MOTPART

Falkenbergs kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tunstall AB:s ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019-05-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 614377

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Falkenbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling med beteckningen Mobil informationshantering Socialförvaltningen, dnr KS2018-582. Upphandlingen avser system för planering och ruttoptimering samt mobil dokumentation för kommunens hemtjänstverksamhet. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande. Av upphandlingsdokumentet framgår att kommunen avser att anta det anbud som erbjuder lägsta pris under förutsättning att de obligatoriska kraven är uppfyllda. När Tunstall AB:s (Tunstall) ansökan kom in till förvaltningsrätten hade kommunen ännu inte meddelat något tilldelningsbeslut.

YRKÄNDEN M.M.

Vad Tunstall yrkar och anför

Tunstall ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandlingen ska göras om. Tunstall anför följande.

Kommunen har i Upphandlingsdokumentet ställt krav på integration mot befintligt verksamhetssystem, Pulsen Combine (avsnittet 1.4.2 Allmänna krav i Upphandlingsdokumentet). Kommunen ställde även krav gällande mobil dokumentation:

”Dokumentation ska kunna ske via smartphones hemma hos brukaren. Detta ska göras genom att personalen pratar in dokumentationen i systemet.

Leverantören ska tillhandahålla textning av den intalade dokumentationen. Det ska även finnas möjlighet för beställaren att själv utföra textningen. Offererade priser ska avse att textning tillhandahålls av leverantören.

Den talade dokumentationen ska efter textning, godkännande av personal och ledning via integrationen skickas till rätt plats i verksamhetssystemet.” (1.4.4. Mobil dokumentation, sjätte–åttonde stycket)

”Svaren på anbudet skall utgå ifrån vad leverantörens system klarar då anbudstiden pågår, inte utifrån framtida planer på utveckling och visioner.” (1.4.2. Allmänna krav, sista stycket)

Dessa krav kan inte uppfyllas av någon annan leverantör än Intra Phone It AB i samarbete med Pulsan Integration AB. Ingen annan leverantör har denna funktionalitet idag. Intra Phone It AB är befintlig leverantör till kommunen.

Tunstall meddelade kommunen via telefon att önskad funktionalitet kunde utvecklas av företaget till tidpunkten för avtalsstarten, men inte under anbudstiden. Kravet strider mot den grundläggande principen i LOU om proportionalitet. Att något ska vara färdigutvecklat innan avtalsstarten är inte rimligt och begränsar konkurrensen. Tunstall och övriga leverantörer kan inte klara de efterfrågade kraven enligt punkterna 1.4.4 och 1.4.2 utan utveckling. Det finns inga uppgifter om att andra företag än Intra Phone It AB och Pulsan Integration AB uppfyller dessa krav. Kretsen av leverantörer som har möjlighet att konkurrera om kontraktet har således begränsats till en leverantör. Kommunen har gett en enskild leverantör betydande fördelar och har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

Kommunen har också ställt större krav på Tunstall än vad som är ändamålsenligt. Tunstall kan leverera system för planering och ruttoptimering samt mobil dokumentation som täcker det behov som upphandlingen avser samt efterfrågad funktionalitet bortsett från de krav som anges ovan. Dessa krav är fullt möjliga för Tunstall att uppfylla innan ett avtal träder i kraft. Därför finns inte någon förklaring till varför kommunen ställer angivet krav, som får anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Kommunen har genom sitt agerande brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet. Var och en av dessa brister har orsakat skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU, såväl för Tunstall som för andra faktiska och potentiella anbudsgivare. Skadan har uppkommit i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Skäl föreligger således för att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunens inställning i målet

Kommunen anser att Tunstalls ansökan ska avslås och anför följande.

I tjänsten för mobil dokumentation kan personalen se dagens planerade besök, var brukaren bor, vad som ska utföras, historisk dokumentation, vem som kommer på nästa besök m.m. Personalen dokumenterar muntligen sitt besök i tjänsten på plats hos brukaren. Dokumentationen översätts till text och skickas efter godkännande till rätt plats i socialförvaltningens verksamhetssystem, Pulsen Combine.

Upphandlingsdokumenten skickades för publicering den 12 november 2018 och sista anbudsdag var den 14 december 2018. Kommunen tillät att anbud skickades elektroniskt. Kravet på en tidsfrist om 30 dagar enligt 11 kap. 6 § LOU var således uppfyllt.

Det har i praxis uttalats att, om inget annat anges i upphandlingsdokumentet, bör i regel krävas att skall-krav ska vara uppfyllda vid tiden för anbudets ingivande. Att de krav en upphandlande myndighet ställer vid en upphandling ska uppfyllas vid anbudstidens utgång och inte vid avtalsstart, är snarare regel än undantag. I upphandlingen har kommunen ställt ett antal skall-krav, vilka ska vara uppfyllda vid tidpunkten för

anbudets ingivande. Detta framgår av upphandlingsdokumentets punkt 1.4.2 Allmänna krav, sista stycket.

Att kommunen skulle ha en skyldighet att, trots LOU:s regler om anbudstid etc., ta hänsyn till företags avsikt att utveckla nya tjänster är inte rimligt. Kommunen har i detta fall behov av en fullt utvecklad tjänst som kan tas i drift omgående efter planerad avtalsstart. Upphandlingen avser en samhällsviktig och verksamhetskritisk tjänst. Det är därför av yttersta vikt att tjänsten uppfyller de krav som ställs och att det är fråga om en fungerande tjänst som kommunen kan kontrollera.

Kommunen har i upphandlingen ställt krav på integration mot det verksamhetssystem som socialförvaltningen använder, Pulsen Combine. Verksamhetssystemet är navet i förvaltningens IT-miljö. De uppgifter som samlas in via den mobila informationshanteringen måste kunna överföras till verksamhetssystemet via en integration. Integrationen är en förutsättning för att kommunen ska kunna bedriva sin verksamhet på ett brukarsäkert- och rättssäkert sätt.

Av Tunstalls ansökan kan indirekt utläsas att det är möjligt för andra leverantörer att klara kravet på integration men att de inte gör det i dag. Således får anses ostridigt i målet att kravet på integration kan uppfyllas av andra leverantörer och även av Tunstall. Andra leverantörer är inte förhindrade, av exempelvis ensamrätt, att lösa den efterfrågade integrationen.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Att kommunen ställer krav på att den tjänst som upphandlas ska vara utvecklad, och därmed uppfylla ställda krav, vid tiden för anbudets inlämnande är helt i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om det obligatoriska kravet, att det i anbudet erbjudna systemet skulle uppfylla samtliga skall-krav senast när anbudet lämnades till kommunen, strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. För ett ingripande från förvaltningsrättens sida krävs också att Tunstall lidit eller riskerar att lida skada till följd av en sådan brist i genomförandet av upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet i allmänhet har stor frihet när det gäller att närmare bestämma föremålet för en upphandling. De krav som myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om likvärdig behandling, icke-diskriminering och proportionalitet.

Som framgår av handlingarna i målet utgör den aktuella upphandlingen i vart fall delvis ett komplement till det redan befintliga administrativa systemet inom kommunens verksamhet. I en sådan situation är det nödvändigt att kraven på de tjänster eller produkter som ska upphandlas är utformade så att föremålet för upphandlingen ska vara funktionellt i förhållande till det befintliga systemet. Att den leverantör som levererat eller tillhandahåller det befintliga systemet kan ha vissa fördelar vid en sådan kompletterande upphandling ligger då i sakens natur. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan det i en sådan situation inte ingå i den upphandlande myndighetens skyldighet att utan hänsyn till konsekvenserna utforma upphandlingen på ett sätt som helt neutraliserar dessa fördelar.

Förvaltningsrätten anser därmed att kommunen inte kan anses ha brutit mot principerna om proportionalitet och likabehandling genom kravet på att de erbjudna systemen ska kunna integreras med kommunens verksamhets-system (se 1.4.2 Allmänna krav).

I de flesta fall har den upphandlande myndigheten ett legitimt intresse av att den produkt som ska upphandlas är utvecklad och kan presenteras i samband med att anbud lämnas från potentiella leverantörer. Om tilldelningsbeslut ska meddelas innan leverantörerna har utvecklat föremålet för upphandlingen, så att det uppfyller de obligatoriska kraven, innebär det att utvärderingen blir osäker eftersom det kan vara svårt att avgöra om den tänkta utformningen kommer att uppfylla kraven. Det innebär också en viss osäkerhet beträffande när det upphandlade föremålet är klart för att tas i bruk.

Mot bakgrund av det ovan sagda anser förvaltningsrätten att kommunen haft godtagbara skäl för kravet att ”anbudet skall utgå ifrån vad leverantörens system klarar då anbudstiden pågår, inte utifrån framtida planer på utveckling och visioner”. Kravet bedöms inte vara oproportionerligt och inte heller strida mot likabehandlingsprincipen på ett sätt som kan ligga till grund för ett ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten sålunda att vad Tunstall anfört inte motiverar ett beslut om att upphandlingen ska göras om eller rättas enligt 20 kap. 6 § LOU. Tunstall begäran om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Sjunnesson
Tf. rådman

Föredragande i målet har varit fördragande juristen Per Olofsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.