



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2016-06-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2368-16

SÖKANDE

Intraphone AB, 556534-5633
Gustav Adolf Torg 47
211 39 Malmö

Ombud:

Advokaten Herman Ehrenstjärna Sahlin
Advokatfirman Lindmark Welinder AB
Kungsgatan 2 C
223 50 Lund

MOTPART

Göteborgs Stad
404 82 Göteborg

Ombud:

Stadsjuristen Erik Lindskog, som i sitt ställe satt bolagsjuristen Fredrik Rogö och upphandlingsjuristen Charlotta Ståhlberg
Upphandlingsbolaget
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2016-06-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 397064

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

Göteborgs Stad (staden) har genomfört upphandlingen *Verksamhetsstöd för planering och uppföljning* (dnr PL-UPP V2, 437/13-2) som avser IT-stöd för planering, genomförande och uppföljning av verksamheter inom välfärdsområdet med fokus på hemtjänsten och därtill besläktade verksamheter. Av tilldelningsbeslutet den 22 februari 2016 framgår att endast en leverantör bedöms ha lämnat ett kvalificerat anbud.

YRKANDE M.M.

Intraphone AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. I upphandlingen skulle anbudens, dvs. IT-systemets, användbarhet utvärderas. Det saknas dock någon som helst vägledning för vad som skulle få betydelse i utvärderingen. Poängskalan är helt intetsä- gande. Förfrågningsunderlaget innehöll inte någon teknisk specifikation över IT-systemets användbarhet. Inte heller fanns något annat dokument som gav vägledning i fråga om kravet på användbarhet. Anbudsgivare som förberedde sig inför systemvisning hade inte någon kunskap om vad som skulle få betydelse vid utvärderingen och poängsättningen. Utvärderingen då systemvisningen pågick under 1,5 dagar avsåg den användbarhet som förevisades på smartphones och datorer. Staden kan inte med stöd av in- gånget avtal hänvisa till att en viss beskriven användbarhet i skriftlig eller digital form ska gälla för leveransen. Utvärderingen av användbarhet gjor- des av ett mindre antal personer än vad förfrågningsunderlaget angav och det var olika antal utvärderingspersoner för olika anbudsgivare. Upphand- lingen strider i detta avseende mot kravet på öppenhet och förutsägbarhet och kravet på likabehandling. Staden har inte redovisat någon motivering till den poäng som anbudsgivarna erhöll vid utvärderingen av användbarhet. Genom att sätta ett krav på minst 3,5 poäng för användbarhet uppställs i

praktiken ett ska-krav på IT-systemet (upphandlingsföremålet). Ska-kravet är dock alltför otydligt eftersom det inte finns någon specifikation/kravställning på anbudens användbarhet eller vad 3,5 poäng i praktiken innebar för IT-systemets användbarhet. Genom att bolagets anbud har blivit bortsorterat på felaktiga grunder har det lidit skada.

En upphandlande myndighet kan ta hänsyn till subjektiva egenskaper i ett anbud och utvärderingen av användbarheten kan ske inom ramen för en demonstration/visning av aktuell produkt. En förutsättning är dock alltid att utvärderingskriterierna är transparenta och tydligt formulerade, att utvärderingsunderlaget är dokumenterat och att det inte blir fråga om en godtycklig bedömning. Grundproblemet med upphandlingen är att det inte funnits någon kravspecifikation eller något transparent, förutsebart och tydligt kriterium för utvärdering av användbarheten. Staden har angett att den tydligt definierat vad som avses med användbarhet och hänvisat till den internationella standarden ISO 9241-11. Standarden har inte utgjort en del av förfrågningsunderlaget och har inte tillhandahållits på ett transparent och förutsägbart sätt. Standarden kan inte anses vara en del av utvärderingskriteriet eller förfrågningsunderlaget. Fotnoten på sidan 3 i bilaga D "Beskrivning av Upphandlingsprocessen" utgör inte ett tydligt och preciserat utvärderingskriterium, varför upphandlingen brister i förutsebarhet och transparens. Detsamma gäller ska-kravet på 3,5 poäng i användbarhet för att ett anbud inte ska bli bortsorterat från utvärderingen. Eftersom det inte heller finns någon kravspecifikation på användbarhet blir utvärderingen av användbarhet i anbudet godtycklig.

Staden använder en poängskala där ett antal personer utvärderar användbarhet genom ett antal systemvisningar varvid poäng mellan 0–5 delas ut. Poängbeskrivningen har en rad godtyckliga ord såsom "önskar" och "förväntan". Genom att ställa upp fri poängsättning har staden haft all möjlighet att godtyckligt bestämma vilka leverantörer som ska gå vidare i processen. Det

faktum att alla leverantörer utom en diskvalificerades visar att modellen i sig ger utrymme för godtyckliga bedömningar. Samtliga diskvalificerade leverantörer är väl etablerade aktörer på marknaden. Genom att i utvärdering ställa upp krav på en viss minsta poäng för att komma ifråga som leverantör i kombination med att bedömningen av användbarhet ger utrymme för godtyckliga bedömningar ifråga om vad som utgör en ”önskan” eller ”förväntan” har staden tillförsäkrat sig en möjlighet till fri prövningsrätt. Det är vidare inte rimligt att en offererad produkt som i sig anses acceptabel, dvs. som skulle erhålla ett genomsnitt om 3 poäng, inte skulle vara kvalificerad att erhålla ett kontrakt. Stadens modell för utvärdering av användbarheten ger ett utrymme för godtyckliga bedömningar, vilket måste anses stå i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Staden har i bilaga 9 redovisat vilken poäng bolaget erhöll vid utvärderingen av användbarheten i bolagets system. Det finns dock inte någon motivering till den poäng som bolaget respektive vinnande leverantör erhållit. Inte någon av de fem anbudsgivarna vars anbud förkastats på grund av ska-kravet på användbarhet kan bilda sig någon uppfattning om eller förstå varför deras anbud förkastades eller varför vinnande leverantörs anbud godtogs.

Staden har inte preciserat sina önsknings/förväntningar på ett tillräckligt preciserat sätt. För användarfallen finns inte redovisat vad det är som innebär att behoven ger ett mervärde, dvs. vad det är i själva funktionaliteten som ger ett mervärde. I det som staden beskriver som förväntningar/mål anges t.ex. att det är viktigt att justeringar av besöksschema kan göras i realtid. Detta kan i sig utgöra en önskan men är i sig statisk, dvs. den beskriver ett visst givet förhållande. Vad som saknas är vad det är som specifikt värderas. Staden anger följande som exempel på att ett arbetssätt inte motsvarar förväntningarna, trots att funktionen uppnås i systemet; ”kan vara att det krävs många knapptryckningar för att ta sig vidare, att man behöver gå in på annan sida eller att systemet är svårnavigerbart”. Staden har inte klargjort en enhetlig

linje ifråga om vilka faktorer eller förhållanden som kommer att ge mervärdet. Det är just denna frihet som gör att olika personer kan lägga vikt vid olika förhållanden eller faktorer i sin bedömning. Uppbyggnaden av modellen ger utrymme för att lika situationer behandlas olika, vilket är i strid med EUrätten.

Göteborgs Stad anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. De utvärderingskriterier som ingår i utvärderingsmodellen är kopplade till kontraktsföremålet och kriterierna syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingskriterierna har varit klara och tydliga. Kriterierna har varit formulerade på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt och med utgångspunkt av underlaget kunna skaffa sig en bild av sina möjligheter att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Bedömningen av användbarhet har följt de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna och några ovidkommande hänsyn har inte tagits. Inte heller finns det några uppenbara skäl till en annan bedömning än den utvärderingsgruppen har gjort.

Det strider inte mot LOU att kombinera ett utvärderingskriterium med ett obligatoriskt krav som innebär att anbudsgivaren måste uppnå en viss poängnivå för att gå vidare till utvärdering. Vad LOU ställer krav på är transparens ifråga om hur upphandlingen kommer att genomföras, däribland hur den upphandlande myndigheten ska göra sin bedömning av de subjektiva egenskaperna hos de olika offererade lösningarna. Det måste därför finnas en beskrivning av en metod för den testning som ska genomföras och denna beskrivning måste ge anbudsgivarna ett rimligt mått av information om vad som kommer att premieras vid testningen, dvs. vad som kommer att beaktas.

Användbarheten är av central betydelse för kvalitén vid upphandling av en applikation av nu aktuellt slag. Hög användbarhet innebär bl.a. att effektiviteten och arbetstillfredsställelsen ökar genom att användarna kan fokusera på

arbetsuppgiften i stället för att komma underfund med hur verktyget fungerar, att inlämningstiden blir kortare och att behov av stöd och anpassningar minskar. Utvärderingskriteriet användbarhet har därmed en tydlig koppling till kontraktetsföremålet och utgör således ett godtagbart utvärderingskriterium. När upphandlingsföremålet är av sådan karaktär som nu är i fråga – en applikation med funktionella behov – och det alltså inte är fråga om en i alla delar jämförbar och specificerad produkt, måste det finnas utrymme för att utvärdera exempelvis användbarhet med en utvärderingsmodell som inte i detalj föreskriver varje enskild poängbedömning. I stället följer per automatik en viss användarupplevelse, dvs. bedömning av användbarheten utifrån respektive offererad teknisk lösning. Vid bedömningen av användbarhet av en utvärderingsgrupp kommer ofrånkomligen ett visst mått av subjektivitet att förekomma eftersom användbarheten är en subjektiv egenskap.

Utvärderingsgruppen har bestått av representanter utifrån olika professioner från användarna av det som upphandlas. Det är användarnas synpunkter kring användbarhet som är det relevanta i sammanhanget. Bolaget har lämnat anbud och avfattningen av utvärderingskriterierna har därmed knappast varit något hinder mot att lämna konkurrenskraftiga anbud. Bolaget har inte heller under anbudstiden, dvs. då det normalt ska klaras ut om någon otydlighet föreligger, ställt några frågor i de delar bolaget nu anför som otydliga. Det har varit tydligt att leverantören måste uppnå 3,5 i betyg under systemvisningen för att kvalificera sig vidare i den fortsatta processen. För att bolaget skulle kunna erhålla poäng som överstiger 3,5 och därmed varit godtagbart för utvärdering skulle det krävas att två personer var för sig lämnat ett snittbetyg på 4,65 poäng. Så höga poäng har inte någon av de tio personer som bedömt lösningen lämnat. Bolaget har under alla omständigheter inte kunnat visa någon konkretiserad skada av att användbarheten bedömts av tio istället för tolv personer.

Systemvisningarna har följt förutsättningarna på ett strikt sätt och samtliga visningar har skett utifrån strukturerade tillvägagångssätt och på ett likabehandlande sätt. Samtliga anbudsgivare hade tillgång till samma fiktiva data för korrekta och likabehandlande visningar. Vid systemvisningarna skedde inledningsvis en presentation av utvärderingsgruppen. Förutsättningen har varit att det är anbudsgivaren som ansvarar för att det tydligt framgår vilket användarfall som visningen avser. Eventuella brister, vilket i sig bestrids, i denna del får därmed tillskrivas bolaget.

Bolaget har anfört att det inte kunnat lämna sitt bästa anbud till följd av påstådda otydligheter i förfrågningsunderlaget. Det kan konstateras att bolaget, liksom branschens övriga aktörer, de facto har lämnat anbud och att avfattningen av utvärderingskriterierna därmed knappast har varit något hinder mot att lämna konkurrenskraftiga anbud. Bolaget har inte heller under anbudstiden ställt frågor i de delar bolaget nu anför som otydliga. Dessa omständigheter talar emot påståendet om att de påstådda otydligheterna skulle ha påverkat bolagets utformning av anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 (1 kap. 9 § LOU).

Efter ansökan av en leverantör, som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar.

Frågan i målet är om det finns skäl för ingripande. Det är uppenbart att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada om det vid upphandlingen förekommit sådana fel som bolaget gör gällande. Ansökan om överprövning ska därför tas upp till prövning.

Vid prövningen ska förvaltningsrätten endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). Ett anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets så kallade ska-krav får i regel inte beaktas vid utvärderingen. Ska-krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska pröva anbudet.

Bolaget har gjort gällande att upphandlingen ska göras om eftersom den av Göteborgs stad uppställda poängmodellen för utvärdering av användbarhet står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Vad modellen framför allt uppges strida mot är kraven om likabehandling och transparens eftersom modellen, enligt bolagets mening, ger utrymme för godtyckliga bedömningar. Staden har däremot ansett att vald modell väl uppfyller

kraven på de åberopade principerna samt att det tydligt framgått vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen av användbarhet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis vad gäller utvärderingsmodellen att staden har ställt upp en miniminivå vad gäller användbarhet. Dessa krav resulterade i att fem av sex anbudsgivare bedömdes diskvalificerade. Anbudsutvärderingen skulle ha avslutats med en e-auktion, men då enbart en leverantör kvalificerade sig för deltagande utgick auktionen.

Upphandlingsprocessen har beskrivits i Bilaga D till förfrågningsunderlaget och där framgår att leverantören måste uppnå ett i förväg bestämt gränsvärde för att gå vidare till fasen med systemvisningar. Syftet med denna fas har bl.a. varit att utvärdera anbudsgivarnas föreslagna applikation utifrån användbarhet samt att fastställa användbarhetspoäng. Vidare framgår att alla leverantörer som kvalificerat sig skulle ges möjlighet att genomföra en systemvisning under 1,5 dagar varvid applikationerna skulle komma att bedömas utifrån ett flertal användarfall av en utvärderingsgrupp om 12–20 personer. I Bilaga E har utvärderingsmodellen och de olika poängnivåerna beskrivits samt att lägsta nivå för fortsatt kvalificering var att leverantören uppnådde poängtalet 3,5 under systemvisning.

Poängtilldelningen vid de olika anbudsgivarnas systemvisningar resulterade i att endast *en* leverantör uppnådde miniminivån för fortsatt kvalificering. Bolaget har gjort gällande att övriga anbudsgivare inte haft förutsättningarna för de uppställda betygsnivåerna klara för sig och att kriterierna för poängtilldelningen vid systemvisningen inte varit tillräckligt tydliga. Dessa påståenden har tillbakavisats av Göteborgs stad som anført att kontrollen genomförts av en utvärderingsgrupp som haft till uppgift att kontrollera användarvänligheten utifrån givna kriterier. Förvaltningsrätten konstaterar att en utvärdering mycket väl får bygga på användningsfall och att det då är ofrånkomligt med en viss subjektivitet i bedömningen. Utifrån den dokumentation som funnits tillgänglig anser inte förvaltningsrätten att de påtalade bris-

terna är av sådan art och grad att utvärderingsmodellen inte skulle uppfylla kraven på likabehandling och transparens. Inte heller vad bolaget anfört i övrigt innebär att det finns tillräckliga skäl för att ingripa mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Karin Johansson
Rådman

Föredragande har varit föredragande juristen M Georgsson.



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 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.