


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
DOM
2018-06-25
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
5220-17 E
29-18 E

SÖKANDE

1. Everon Sverige AB, 559073-8992
Olai Kyrkogata 50
602 32 Norrköping

Ombud för 1: Biträdande juristen Linnéa Larsson
c/o Annot Advokatbyrå AB
G:a Rådhusgatan 30
602 24 Norrköping

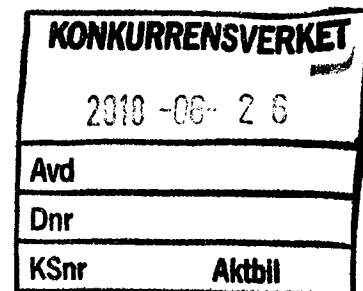
2. Tunstall AB, 556135-1197
Box 9028
200 39 Malmö

MOTPART

Åre kommun
Box 201
837 22 Järpen

SAKEN

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


FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Åre kommuns upphandling Trygghetslarm i särskilda boenden (dnr SN.2017.65/739), ska göras om.

Dok.Id 145459

Postadress Box 314 871 27 Härnösand	Besöksadress Backgränd 9	Telefon 0611-46 06 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se	Telefax 0611-51 18 20	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
--	------------------------------------	--	---------------------------------	---

BAKGRUND

Åre kommun (kommunen) genomför en upphandling av trygghetslarm i särskilda boenden (dnr SN.2017. 65/739). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande och utvärderingen av anbuderna sker utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga där, utöver priset, funktion och användarvänlighet samt leverantörsintervju utvärderas. Av tilldelningsmeddelandet framgår att fem anbudsgivare lämnade godkända anbud och uppdraget tilldelades Viser AB (Viser).

YRKANDEN M.M.

Everon Sverige AB (Everon) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att utvärderingen ska rättas genom att det görs en ny utvärdering där Viser inte får delta. I andra hand yrkar Everon att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Everon anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunen har felaktigt godtagit anbud från Viser eftersom Viser inte uppfyller samtliga krav. Tillåtandet av Visers anbud i upphandlingen innebär därmed ett brott mot de grundläggande principerna, särskilt principen om likabehandling. Det hemställs att kommunen visar att vinnande anbud Viser uppfyller kraven om tillgänglighet även om GSM-nätet skulle ligga nere och inger deras ”kompletteringssvar”. Om inte kommunen gör detta hemställs att rätten gör detta.

Everon har lämnat anbud innefattandes displayer i enlighet med avsnitt 18.2 och 19 i förfrågningsunderlaget. Efter att Everon lämnat ett anbud i upphandlingen ställde kommunen ut en komplettering till anbudsgivarna angående punkt 19 i förfrågningsunderlaget. Everon kompletterade och uppgav att det inte tillkommer någon extra kostnad då efterfrågad funktion är uppfylld i offererad lösning och det därmed också är en integrerad del i det sedan tidigare lämnade anbudspriset. Först vid tilldelningsbeslutet, dvs. efteråt, fick Everon kännedom om att kompletteringen inte tagits i beaktande. Everon har därmed lämnat ett anbud med för högt belopp i denna del eftersom en display inte hade behövt ingå i anbudet för att uppfylla kraven i

avsnitt 18.2 och 19. Kommunen har själva i samband med sin begäran om komplettering angett att kravet i avsnitt 19.1 varit oklart och sedan frångått begäran om komplettering. Att kommunen inte vill tala om hur kravet på GSM-säkerlösning förhåller sig till anbudsgivarens svar ger vid handen att genomförandet och förutsättningarna i upphandlingen brister i transparens och likabehandling.

Om kriterierna i förfrågningsunderlaget hade varit tydliga hade Everon kunnat utforma sitt anbud på ett annorlunda sätt. Everon har lämnat näst bästa anbud och Everons anbudssumma hade varit lägst om förutsättningar för att lämna ett korrekt och välavvägt anbud hade förelegat. Detta förutsätter dock att förutsättningarna för alla varit klara från början. Everon hade således tilldelats kontraktet om förfrågningsunderlaget hade varit transparent och om alla behandlats lika. Till följd av detta har Everon lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Tunstall AB (Tunstall) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Tunstall anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunen har inte tillämpat utvärderingsmodellen i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget samt inkomna frågor och svar. I dokumentet frågor och svar har kommunen förtydligat att "Service och support trygghetslarmsystem" avser SEK/år/boende, vilket innebär att det skulle prissättas och utvärderas per boende och år. I en konversation via e-post med kommunen framgår dock att kommunen har valt att multiplicera den av Tunstall angivna kostnaden med antalet särskilda boenden. Trots att Tunstall var den enda leverantören som lämnade ett korrekt pris har kommunen på eget initiativ och i strid med angivna förutsättningar multiplicerat Tunstalls pris med antalet boenden. Kommunen har därmed inte utvärderat inkomna anbud i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget samt dokumentet frågor och svar. Det har dels fråntagit Tunstall möjligheten att konkurrera med andra anbudsgivare på lika villkor och dels fråntagit Tunstall möjligheten att lämna det

bästa möjliga priset i upphandlingen. Detta strider mot principerna om lika-behandling och transparens som anges i 4 kap. 1 § LOU.

Vidare har kommunen begärt in en komplettering som inneburit en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget, vilket strider mot 6 kap. 26 § LOU. Kommunens begäran om komplettering ställde ett explicit krav om en ”alternativ lösning (backup)”, vilket inte fanns med i förfrågningsunderlaget. Detta krävde dessutom en mer omfattande systemuppbyggnad än vad kraven i förfrågningsunderlaget stipulerade. Denna väsentliga förändring resulterade i skada inte enbart för Tunstall, utan även för andra faktiska och potentiella anbudsgivare som hade kunnat lämna anbud om kravet varit känt då upphandlingen annonserades. Vidare angav kommunen i tilldelningsbeslutet att ingen hänsyn tagits i utvärderingen till den genomförda kompletteringen eftersom det har visat sig att man tolkat denna komplettering på olika vis och att det funnits en otydlighet kring begärda uppgifter. Det är sålunda uppenbart att anbudsgivarna besvarat kompletteringen på olika sätt, vilket borde fått kommunen att avbryta upphandlingen. I stället valde kommunen att bortse från den genomförda kompletteringen och slutföra upphandlingen.

Dessa två grunder har orsakat skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU för såväl Tunstall som andra faktiska och potentiella anbudsgivare. Kommunen har därigenom skadat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen.

Kommunen motsätter sig både Everons och Tunstalls ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. I upphandlingen har det ställts krav på tillgänglighet och funktion enligt avsnitt 19 i kravspecifikationen. Anbudsgivare har lämnat in anbud och genom sanningsförsäkran bekräftat med sin underskrift att samtliga ställda krav och villkor uppfylls. Den komplettering som senare gjordes har inte kunnat användas för att ändra något i vårt ställningstagande. Fyra av fem anbudsgivare hänvisade till sina ingivna anbudshandlingar och en anbudsgivare lämnade kompletterande pris. Aktuell

komplettering tolkades alltså olika av anbudsgivarna och av den anledning-
en konstaterades att det inte gick att göra en rättvis bedömning som skulle
vara likabehandlande och transparent. Av denna anledning gjordes bedöm-
ningen att anbuden skulle utvärderas så som de såg ut ursprungligen i enlig-
het med vad som framgått i upphandlingsdokumenten, kravspecifikationen
och prisbilagans sidor.

Vad gäller frågan om den prisuppgift som Tunstall lämnade gällde denna för
ett boende medan de andra anbudsgivarna lämnade pris per boende men för
alla boenden tillsammans. För att rättvist kunna bedöma Tunstalls anbud
mot de andra anbuden multiplicerades summan med antalet aktuella boen-
den. Tillvägagångssättet har kommunicerats med anbudsgivare.

Everon har därefter anfört följande. Påståendet från kommunen om att leve-
rantörer, Everon inkluderat, skulle godkänt allt och förlorat sin rätt att klaga
på såväl oklarheter i förfrågningsunderlaget som kommunens förfarande vid
utvärdering, komplettering och tilldelning bestrids och saknar laglig grund.
Att anbudsgivare i sitt anbud uppgett själva att de uppfyller alla krav ändrar
inte det faktum att kommunen i efterhand, först på grund av oklarheter i hur
kraven ska uppfyllas och vad som ligger i kraven, begärt en komplettering
och sedan när den inte bringat klarhet bortsett från kompletteringsbegäran.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 ömse-
sidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundlägg-
ande 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).

Den upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga, precisera och optimera sitt anbud. Klarlägganden, preciseringar, optimeringar och kompletterande upplysningar får dock inte omfatta ändringar av väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen, däribland det behov myndigheten avser att tillgodose med upphandlingen och de krav som har ställts upp i annonsen, om ändringarna riskerar att snedvrida konkurrensen eller leda till diskriminering (6 kap. 26 § LOU).

Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning om möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

Av dokumentet Kravspecifikation framgår bland annat följande:

Samtliga krav ska vara uppfyllda och ikryssade.

18. Tekniska krav

18.2 Larmfunktionen ska fungera även om anslutningen till det centrala IT-systemet bryts t.ex. om servern går ner.

19. "SLA och Tillgänglighet"

19.1 Systemet ska vara tillgängligt och i funktion 99,5 % per år. Mätning av tillgänglig tid ska ske per 30-dagars period.

Av en begäran om komplettering från kommunen framgår följande:

Vi har insett att det finns oklarheter/otydigheter kring punkten 19 och 19.1 och vad vi efterfrågat. Att arbeta med säkra lösningar och larm som alltid måste fungera är högsta krav. Av erfarenhet så vet vi att det finns en sårbarhet när det gäller GSM-nät. Kan vara ur funktion samt att det under vissa tider kan vara långsamma och då kan larm ta längre tid att nå mottagare.

Vi har därför kommit fram till att vi behöver begära in en kompletterande lösning till Ert anbud.

Hur löser ni nåbarhet när befintliga GSM-nät ej fungerar/fungerar ej tillfredsställande. Hur ni kompletterar upp detta med alternativ lösning (backup) så att systemet för trygghetslarm alltid ska fungera 99,5 %.

Beskrivning av er lösning samt kostnad för detta ska inlämnas. Samtliga kostnader och för vad ska tydligt redovisas.

Förvaltningsrättens bedömning

Everon och Tunstall har i målet samstämmt anför att kommunen har genomfört upphandlingen i strid med principerna om likabehandling och transparens. Everon har bland annat gjort gällande att kriterierna i förfrågningsunderlaget inte varit tydliga och att Everon därmed inte haft förutsättningar att utforma ett korrekt och välavvägt anbud. Tunstall har bland annat gjort gällande att den komplettering som kommunen begärt in under upphandlingen utgjorde en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Tunstall har även anför att trots att kommunen insåg att det funnits en otydlighet kring begärda uppgifter, valde kommunen att slutföra upphandlingen.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. En upphandlande myndighet borde inte vara förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbuden ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring i ett ska-krav bör dock normalt ses som en

väsentlig ändring (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 juni 2010 i mål nr 1132-10).

Av handlingarna i målet framgår att systemet ska vara tillgängligt och i funktion 99,5 procent per år, se punkt 19.1 i dokumentet Kravspecifikation. Under upphandlingens gång begärde kommunen en komplettering och efterfrågade hur leverantörerna löser nåbarheten när befintliga GSM-nät inte fungerar eller inte fungerar tillfredställande samt efterfrågade därtill en alternativ lösning (backup). Efter att anbudsgivarna kommit in med svar på kompletteringen valde kommunen att bortse från dessa.

Av punkt 19.1 i dokumentet Kravspecifikation framkommer inte att det aktuella kravet har ett samband med GSM-nätet och inte heller framgår att systemets tillgänglighet och funktion ska lösas genom en alternativ lösning (backup). Förvaltningsrätten konstaterar mot denna bakgrund att det ursprungliga förfrågningsunderlaget i upphandlingen inte på ett tillräckligt tydligt och förutsebart sätt angett samtliga relevanta förutsättningar för utformning av anbud. Vidare bedömer förvaltningsrätten att kompletteringen har medfört att ska-kravet ökat i omfattning på ett sådant sätt att det är att betrakta som en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Omständigheten att kommunen i ett efterföljande skede inte beaktade svaren som inkom till följd av kompletteringen förändrar inte denna bedömning.

För att en upphandlande myndighet ska tillgodose likabehandlings- och transparensprincipen är det, enligt förvaltningsrättens uppfattning, inte tillräckligt att myndigheten, såsom i förevarande fall, endast annonserar väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget i en komplettering inom ramen för en pågående upphandling. Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlagets ursprungliga utformning och den vidtagna begäran om komplettering medför att kommunen förfarit på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen.

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 Everon och Tunstall anfört medför att bolagen kan komma att lida skada. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede förordnar förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Mot bakgrund av utgången i målet saknas anledning att ta in begärda uppgifter från Visers anbud.

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



Kerstin Widmark
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-postadress, 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

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.