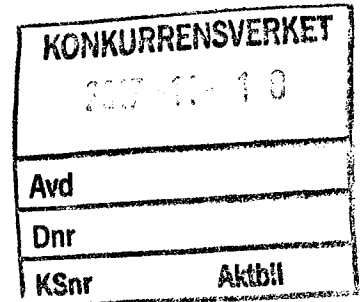




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-11-10
Meddelad i Jönköping

Mål nr
4569-17
4570-17



SÖKANDE

Tunstall AB, 556135-1197
Box 9028
200 39 Malmö

MOTPART

Upphandlingsenheten i Skövde kommun
541 83 Skövde

Töreboda kommun
Box 83
545 22 Töreboda

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Skövde kommun och Töreboda kommun (kommunerna) genomför en upphandling avseende Digital nyckelhantering för hemsjukvården, KS2017.0231. Upphandlingen genomförs som ett öppet upphandlingsförfarande där utvärderingsgrunden är att anbud med bästa förhållande mellan pris och kvalitet antas. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Tunstall AB (Tunstall) antagits.

YRKANDEN

Tunstall yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 243460

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

Kommunerna anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Tunstall

Avtalstiden i upphandlingen överstiger den längsta tillåtna avtalstiden för ramavtal enligt 7 kap. 2 § LOU. I förfrågningsunderlaget är det felaktigt angett att upphandlingen ska leda till ett avtal då det tydligt framkommer under 4.1.4 att det kommer att ske avrop fortlöpande under avtalstiden. I förfrågningsunderlaget har inte fastställts någon fast volym eller ett beräknat värde för den teknik som ska tillhandahållas. Istället har en generell uppskattad volym angetts. I punkt 1.3 anges att lämnad uppgift om volym lämnas utan förbindelse men att leverantören förbinder sig att tillhandahålla och leverera efter beställning oavsett volym. Vidare anges i punkt 4,7 att volymerna är uppskattade och att mängden kan både över- och understigas. Enligt förfrågningsunderlaget räknar kommunerna med att fyrtio procent av den beräknade volymen beräknas avropas under avtalstiden, vilket inte rimligtvis kan anses vara en mycket begränsad eller närmast försumbar volym. Det anges att det ska ske en initial leverans men det framgår inte hur många enheter som avses. En avsikt finns att starta upp två pilotområden i Skövde, men det framgår inte hur många enheter som omfattas av detta. Det framgår inte heller om det är den initiala huvudleveransen som avses. Av punkten 5.4.1 framgår att beställning ska kunna ske efter överenskommelse mellan köparen och leverantören. Vidare framgår av punkten 5.4.2 att det på fakturan ska framgå vilket avrop/uppdrag som avses. Det är vid ett ramavtal den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl för att tillämpa en längre avtalstid än fyra år. Några sådana särskilda skäl har inte angivits av kommunerna.

Kravet på storlek på referenskunder är oproportionerligt långtgående. Antalet låsenheter som kan hanteras beror på vilken kapacitet servern har och det

finns ingen övre gräns. Det är ingen skillnad kapacitetsmässigt för servern att hantera 780 eller 1 600 larm. I punkten 4.1.8 framgår att Tunstall bindande har svarat ja på kravet att det ska finnas en mobilapplikation som kan stödja obegränsat antal användare. Med stöd av detta ska det anses att referenserna som bifogats anbudet i punkten 3.4.2 vilka avser 760 respektive 680 enheter ska anses vara uppdrag av likartad storlek, då antalet anslutningar kan vara obegränsat och inte påverkar resterande krav på referensinstallationer i punkten 3.4.2 vilka även de uppfylls. De av kommunerna angivna volymerna är inte heller garanterade och kan likväl komma att bli väsentligt färre. Tunstall har under många år varit verksamma inom hälsoteknik och har både kapaciteten och erfarenheten av denna typ av uppdrag. Av den implementeringsplan som har bifogats anbudet framgår Tunstalls rutin för installation enligt ställda krav. Vad gäller supportering har Tunstall en supportorganisation som hanterar samtliga företagets kunder, vilka överstiger 1 400. Därmed finns inte någon skillnad om det är 600 eller 1 300 brukare ett uppdrag avser då detta huvudsakligen hanteras i en datoriserad miljö som hanterar massinformation. Den initiala leveransen skulle inte heller omfatta 1 400 enheter varför kravet blir oproportionerligt och de angivna referenserna borde godtas.

Kommunerna

Det upphandlande föremålets kärna är en initial varuleverans, med angivna volymer. Det behov som denna varuleverans ska täcka finns väl beskrivet i underlaget, preciserat med en tillräcklig grad av tydlighet. Att få systemet för digital nyckelhantering för 1 400 omsorgstagare driftssatt och levererat är ett omfattande arbete som tar sin tid. Det finns också risker att systemet inledningsvis inte fungerar som det är tänkt. Därför har kommunerna upphandlat ett upplägg med successiva leveranser. Att låsenheterna inte ska överlämnas i en enda container vid ett tillfälle, utan levereras områdesvis efterhand som driftsättningen av ett pilotområde visat sig lyckosamt, ändrar inte avtalets karaktär. Den initiala och ekonomiskt klart mest betungande

leveransen ska därtill genomföras relativt snabbt. Närmast under avtalets skal finns ett tunt skikt som avser att säkerställa driften på längre sikt, också avsett att ta höjd för den demografiska utvecklingen. Denna del av avtalet kan med fog sägas ha en ramavtalskaraktär. I avtalsvolym räknat handlar det dock om en mycket begränsad del, närmast försumbar sett till helheten. När ett avtal innehåller såväl delar av avtalskaraktär som av ramavtalskaraktär anger rättspraxis att avtalet ska definieras utifrån en överviktsprincip, jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13. Det saknas förutsättningar för att här definiera hela avtalet som ett ramavtal.

Syftet med att kräva en viss bevisning för att de tekniska kvalifikationerna är givetvis att säkerställa att dessa är uppfyllda. Det som ska säkerställas är att anbudsgivare verkligen har den förmåga som krävs för en fullgod leverans på detta mycket känsliga och sårbara område. Att kräva bevis på att en anbudsgivare har utfört uppdrag av motsvarande omfattning och karaktär kan inte anses vara oproportionerligt. Totalt omfattar det efterfrågade systemet för kommunerna 1 700 enheter. En gemensam leverantör har antagits. Det driftsatta systemet ska inte ses som en helhet, varför den kapacitet som anbudsgivare måste klara av uppgår till den största kommunens behov. Utgångsläget är att ett jämförbart system ska utgöras av storleksordningen 1 400 enheter, men viss avvikelse från detta kan godtas. Tunstall har inte heller uppfyllt det ställda kravet avseende driftsatt tjänst under minst ett år (avseende den ena referenskommunen; förvaltningsrättens förtydligande). Tunstall har begränsat frågan om teknisk förmåga till vilket antal låsenheter som en viss server kan hantera. Avtalet syftar dock inte enbart till att lägga in ett visst antal sådana enheter i en server. Därutöver efterfrågas förmåga att installera, implementera, supporta etc. ett system som uppfyller angivna behov. Att det skulle vara samma sak att implementera, supporta, etc. ett system som har 500-600 låsenheter som ett system för kommunens 1 400 låsenheter är felaktigt. Kravet på proportionalitet är därmed uppfyllt. Om

kommunerna hade frångått sitt underlag och utvärderat Tunstalls anbud trots att samtliga krav inte är uppfyllda hade likabehandlingsprincipen överträtts.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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.

I 20 kap. 6 § LOU anges att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är den upphandlande myndigheten som väljer vilka krav som ska ställas på leverantören, så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas. Tunstall har inte riktat någon invändning mot kravet på att referensuppdragen ska ha haft tjänsten driftsatt under minst ett år (3.4.2). Då Tunstall inte heller har emotsagt kommunernas uppgift om att dess ena referensobjekt inte uppfyller detta krav har kommunerna redan av denna anledning haft fog för att diskvalificera Tunstalls anbud.

Förvaltningsrätten anser även att kravet på att referensuppdragen ska vara av likartad storlek och omfattning är ändamålsenligt och proportionerligt. På de av kommunerna anförda skälen kan Tunstalls åberopade referensuppdrag inte heller bedömas tillräckliga för att säkerställa att tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet finns.

Härefter ska prövas om avtalet utgör ett ramavtal. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 22 juli 2013 (mål nr 3124 – 3127- 13) ansett att när omfattningen av uppdraget reglerats huvudsakligen i kontraktet utgör inte den omständigheten att det i viss utsträckning finns möjlighet till kompletterande uppdrag att kontraktet ska anses utgöra ett ramavtal. I samma mål ansågs dock ett kontrakt utgöra ett ramavtal när omfattningen av uppdragen hade lämnats helt oreglerat i kontraktet.

Enligt förvaltningsrättens mening klargör förfrågningsunderlaget kvantiteten av den upphandlande myndighetens behov så långt det är möjligt med hänsyn till föremålet för upphandling. Den beräknade omfattningen av leveranserna får därmed anses framgå med tillräcklig tydlighet.

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 5 juni 2014 (mål nr 1871-13) ansett att i en sådan situation ska överviktsprincipen gälla. Av avgörande betydelse blir därför om det är de varor och tjänster vars villkor är hänförliga till ett vanligt kontrakt enligt LOU eller de varor och tjänster som har villkor av ramavtalskaraktär som utgör upphandlingens huvudsakliga föremål.

Av handlingarna framgår att den större delen av kontraktet utgörs av den del av kontraktet som innehåller den initiala leveransen om cirka 1 400 enheter. Den andra delen av kontraktet framstår mot denna bakgrund endast som ett komplement. Förvaltningsrätten anser därför att det är de varor och tjänster som är hänförliga till vanliga kontrakt enligt LOU som kontraktet huvudsakligen avser. Reglerna som gäller för vanliga kontrakt enligt LOU ska därmed anses vara tillämpliga för kontraktet i sin helhet. Detta får till innebörd att bestämmelsen i 7 kap. 2 § LOU inte är tillämplig i målet. Det finns därför inte heller skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av denna bestämmelse. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Susanne Karlberg

Rådmannen Susanne Karlberg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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-post-adress, 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.

