



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-10-27
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 5083-16

SÖKANDE

Safe Care Svenska AB, 556705-1296
 Skeppsbron 2
 211 20 Malmö

Ombud: Advokat Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

MOTPART

Simrishamns kommun
 272 80 Simrishamn

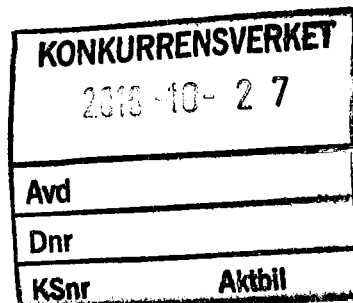
Ombud: Advokat Catharina Piper
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Safe Care Svenska AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.



Dok.Id 336589

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag-fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Simrishamns kommun genomför en upphandling av "Nytt verksamhetssystem till Socialförvaltningen", dnr 15/23. Något tilldelningsbeslut är ännu inte fattat i upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Safe Care Svenska AB (Safe Care) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Som grund för sin talan anför Safe Care följande. Förfrågningsunderlaget brister i transparens eftersom kvalificeringskravet avseende referensobjekt innebär att återopade referenspersoner kan ge godtyckliga bedömningar och eftersom den av Simrishamns kommun använda utvärderingsmodellen ger utrymme för godtyckliga bedömningar. Safe Care utvecklar sin grund enligt följande:

Kvalificeringskravet avseende referenser

I punkt 1.3.6 i förfrågningsunderlaget finns krav på att anbudsgivare ska redovisa tre referensobjekt. De referenspersoner som efterfrågas kommer via e-post att erhålla fyra stycken frågor där den fjärde frågan lyder: "*Vilken helhetsbedömning vill ni ge anbudsgivaren avseende den aktuella referensinstallationen?*" Referenspersonen ska sätta poäng på denna och övriga tre frågor i en skala 1-4 där fyra är högst poäng. Som krav för att anbudsgivaren ska ha klarat kvalificeringen gäller att var och en av de tre referenspersonerna måste ha givit minst poängen 3 på fråga fyra. Denna sista fråga är således en synnerligen väsentlig fråga i kvalificeringen. Frågans utformning ger emellertid stort utrymme för godtycke. Begreppet helhetsbedömning är synnerligen vagt och är inte definierat på något sätt. Referensperson 1 kan ha helt skild uppfattning i förhållande till referensperson 2 om vad detta begrepp innebär, vilka förhållanden och faktorer som ska beaktas etc. Det är Simrishamns kommuns skyldighet i egenskap av upphandlande myndighet

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

att definiera innehållet i begreppet helhetsbedömning. Såsom nu är fallet är definitionen helt upp till var och en av referenspersonerna att avgöra vilket är i strid med upphandlingsrättsliga principer. Det finns avseende begreppet helhetsbedömning ingen möjlighet att kontrollera och följa upp vad referenspersonerna lägger vikt vid.

Förutom oklarheten i definitionen av begreppet helhetsbedömning är stegen i poängskalan oklara. Begreppen som används är mycket vaga, vad som är dåligt för en person kan vara godkänt för en annan person och oacceptabelt för en tredje. Poängskalan i sig ger ett mycket stort utrymme för godtycke. Bristen ligger i att Simrishamns kommun inte har preciserat vad det innebär om stora brister föreligger eller om endast mindre brister föreligger eller vad det innebär att något är utan övrigt att önska. Felet är att varje enskild referensperson kan bestämma innebörden av oacceptabelt, behäftat med stora brister osv. Innebörden av t.ex. oacceptabelt ska fastställas av Simrishamns kommun i egenskap av upphandlande myndighet och inte av den enskilda referenspersonen.

För fråga 4 i punkt 1.3.6 föreligger utrymme för godtycke på två plan; dels kan var och en av referenspersonerna bestämma vilka faktorer/förhållanden som ska ligga i begreppet helhetsbedömning och dels kan varje enskild referensperson i poängdelsen bestämma vad man menar med oacceptabel, stora brister, mindre brister etc.

På motsvarande sätt förhåller det sig med fråga 2 om upplevelsen av supportorganisationen.

Utvärderingskriterierna

Vid utvärderingen av de skriftliga redovisningarna i anbud ska poäng ges utifrån skalan 0-4 poäng. Modellen benämns i förfrågningsunderlaget *Be-*

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

dömningsmodell 1. Metoden ger utrymme för godtyckliga bedömningar. I de olika poängstegen talas om vad Simrishamns kommun förväntar sig. För flera av de krav som bedömningen ska göras av finns det emellertid inte redovisat vad det är Simrishamns kommun förväntar sig. Inte heller själva redovisningen av poängstegen (punkt 1.5.1.4) anger vad förväntningarna är. Till exempel anges för 3 poäng att "(B)beskrivningen som lämnats överträffar kommunens förväntningar inom kvalitetsområdet". Frågan som infinner sig är, vilka är kommunens förväntningar som ska överträffas?

Det som Simrishamns kommun förväntar sig borde framgå av de krav som ska bedömas, i beskrivningen borde det framgå vad Simrishamns kommun vill ha ut av kravet.

Som exempel kan nämnas kravet i punkt 1.4.8.1 som avser utskriftsfunktion. Detta krav lyder: "Beslutsunderlag, uppdrag, planer, ordinationer, signeringslistor, brev m.m. ska kunna upprättas i systemet och skrivas ut." Kravet ifråga är ett absolut krav och anbudsgivaren ska beskriva sin utskriftsfunktion. Det framgår inte vad Simrishamns kommun förväntar sig utöver att beslutsunderlagen ska kunna skrivas ut. Vad är det som gör att en utskriftsfunktion "...lämnar inget övrigt att önska"? Det är fullkomligt godtyckligt vad det är i själva utskriftsfunktionen som gör att en anbudsgivare ska tilldelas 1, 2, 3 eller 4 poäng. Det talas för poängstegen 2, 3 och 4 om konkreta utfästelser, uppföljningsmöjligheter och/eller garantier och om sådant lämnats i en utsträckning att kommunen känner sig "trygg" eller "helt trygg". Hur detta ska appliceras på ett krav avseende utskriftsfunktion är synnerligen oklart. För poängen 1 och 2 talas om vad man rimligen kan förvänta sig. Vad är det då ifråga om en utskriftsfunktion som man rimligen kan förvänta sig? Det är oklart vad Simrishamns kommun lägger i aktuellt begrepp. Effekten av detta är att förväntningarna fastställs först utifrån anbudet och dess innehåll, vilket är felaktigt. Nivån ska fastställas av kommunen.

Som ytterligare exempel kan nämnas kvalitetssystem i punkt 1.4.7.1. Kravet kan uppfyllas genom att anbudsgivare anger antingen vilka kvalitetscertifieringar man innehar eller hur man annars avser garantera sin kvalitetssäkring. Vad som utgör rimliga förväntningar i detta krav är oklart. Det är fullständigt oklart hur Simrishamns kommun kommer att poängsätta ett krav som kvalitetssystem.

I förfrågningsunderlaget finns de olika poängstegen för bedömningen av de skriftliga redovisningarna i anbudet beskrivna med ett tillhörande exempel. Exemplet visar på möjligheten till godtyckliga bedömningar. Effekten av modellen är att gränserna för vad man rimligen kan förvänta sig, överträffar Simrishamns kommuns förväntningar och inte lämnar något att önska osv. blir flytande och Simrishamns kommun kan i efterhand fritt styra poängsättningen.

Enligt Simrishamns kommun ska varje övrigt krav bedömas mot kravet i punkt 1.1.11. Detta är mycket svårt att utläsa av förfrågningsunderlaget. Kravet i 1.1.11 utgör i sig också ett bevis för bristen i transparens i upphandlingen. En personalenkät ska genomföras med tio frågor där det i förfrågningsunderlaget avses ett nuläge och ett önskat läge. Anbudsgivaren ska sedan lämna ett skriftligt svar på hur man avser uppnå önskat läge. Anbudsgivaren ska lämna en skriftlig redogörelse för flera förhållanden som är helt omöjliga att finna en objektiv bedömningsgrund för, exempelvis fråga 1, 7 och 10. För att kunna ge vederhäftiga svar krävs kunskap om bakomliggande förhållanden. Underlaget är inte transparent och följden blir även att utvärderingen blir godtycklig.

Utvärdering med hjälp av SUS-enkät benämns i förfrågningsunderlaget som *Bedömningsmodell 2*. I de respektive kraven anges vilka som kommer att bedömas enligt denna modell. Utvärderingen enligt modellen ska göras av

utvärderingsgruppen i samband med anbudsgivares demonstration av systemet, varvid praktikfall redovisas. Enligt förfrågningsunderlaget ska enkäten fyllas i och genomföras efter visning av varje av fyra angivna kvalitetsområden. SUS-enkäten ger utrymme för mycket godtyckliga bedömningar. De påståenden som finns i enkäten handlar inte om fastställande av om aktuella funktioner har en kvalitet i objektiv mening utan avser i flera fall rena tyckanden. Som exempel kan nämnas det första påståendet som har följande lydelse: "jag tror jag kommer att tycka om att använda systemet." Detta påstående är fullkomligt godtyckligt. Personen som svarar på detta kan lägga in vilka parametrar/faktorer som helst vid sitt val av poäng. Det handlar om enbart tyckande och inte uppfattningar som ramas in av objektivt verifierbara faktorer. Vidare finns det ett påstående om att "(j)ag behöver lära mig mycket innan jag kan använda systemet." Vad är det personen kan behöva lära sig mycket om, är det enbart om systemet och dess direkta användning eller är det om bakomliggande fakta i sin tjänst, t.ex. om gällande regler som i sig kan påverka hur systemet upplevs av den enskilda individen men som inte säger något om systemet är bra eller dåligt ur visst perspektiv.

Utvärdering enligt *PSSUQ-modellen* ska ske genom att utvärderingsgruppen gör en egen test utifrån praktikfallen. På motsvarande sätt som för SUS-enkäten ger *PSSUQ-modellen* utrymme för godtyckliga bedömningar. Ett tydligt exempel på detta är påståendet "(j)ag tror jag ganska snabbt skulle bli produktiv om jag använde systemet." Vad som menas med detta påstående är oklart och det är inte fråga om någon objektiv bedömningsgrund. Det sista påståendet lyder "(j)ag är överlag nöjd med systemet." Detta är ett synnerligen vitt begrepp och kan innefatta en mängd olika faktorer. Det kan finnas lika många uppfattningar om innehållet i detta som det finns personer i utvärderingsgruppen.

Utvärderingen enligt *PSSUQ-enkäten* (och även *SUS-enkäten*) ska avse systemet. Samtidigt sägs följande i förfrågningsunderlagets punkt 1.4.6 av-

seende utvärderingen: "Deltagarna kommer att testa de områden där de har sin expertkompetens, det vill säga alla medlemmar kommer INTE att bedöma alla krav under Användbarhetstest." I utvärderingen enligt enkäterna ska personerna i utvärderingsgruppen uttala sig om systemet som helhet men samtidigt kommer de endast att testa vissa delar av systemet. Det finns en inkonsekvens i detta; om man t.ex. ska uttala sig om hur nöjd man är med systemet eller hur snabbt man tror att andra kan lära sig systemet och man samtidigt endast bedömer vissa krav så blir det inte en fråga om en bedömning av systemet. Därmed faller fler av påståendena som används i enkäterna. Sammantaget ger även delen PSSUQ-enkäten, användartest, utrymme för godtyckliga bedömningar i en sådan utsträckning att det föreligger brott mot LOU.

Sammantaget föreligger brott mot LOU. Förfrågningsunderlaget brister i transparens och ger utrymme för godtyckliga bedömningar på ett sätt som inte ligger inom ramen för LOU.

Skada

Safe Care har avstått från att lämna anbud på grund av bristerna i förfrågningsunderlaget. En kravuppfyllelse hade endast kunnat prövas i förhållande till ett konkret ingivet anbud. Föreligger det brist i transparens på det sätt som är fallet i denna upphandling lider samtliga leverantörer risk för skada, däribland Safe Care. Det är tillräckligt att det föreligger risk för godtyckliga bedömningar för att en leverantör ska anses lida skada. Det är tillräckligt att en överträdelse riskerar att leda till en försämrad möjlighet att erhålla kontrakt. Genom att det föreligger brister i transparens försämras varje leverantörs möjlighet att erhålla kontrakt eftersom bedömningen i upphandlingen inte sker på objektiva grunder. Safe Care lider således risk för skada på grund av de föreliggande överträdelserna av LOU. Det är oklart vad den felläsning som Safe Care gjort avseende orden användare/anställda har för relevans i sammanhanget. Skälet till att Safe Care valt att inte lämna anbud

är bristerna i förfrågningsunderlaget. Att det var fråga om en felläsning framkom direkt efter översändandet av det brev som Simrishamns kommun refererar till. Det är följaktligen inte fråga om någon brist i omsorg från Safe Cares sida som föranlett att bolaget inte lämnat anbud.

Simrishamns kommun bestrider bifall till ansökan och yrkar för sin del i första hand att Safe Cares yrkanden ska avslås och i andra hand att Safe Cares ansökan om överprövning ska avvisas, samt anför bl.a. följande:

Kvalificeringskravet

Kvalificeringskravet avseende referenser framgår i förfrågningsunderlagets punkt 1.3.6. Av kravet framgår klart och tydligt att tre referensobjekt ska anges, vilka fyra frågor som kommer att ställas per e-post till respektive kontaktperson för respektive objekt samt hur poängsättningen kommer att gå till. Vilka tre referensobjekt som ska lämnas väljer anbudsgivarna själva. Poängskalan i punkten visar att för att uppnå poäng 3 eller 4 (som är kravet för att klara kvalificeringen) så ska referenspersonerna tycka att referensinstallationen endast var behäftad med mindre brister (3 poäng) eller utan något att önska (4 poäng). Av den sista av de fyra frågorna framgår att kommunen efterfrågar vilken helhetsbedömning referenspersonen vill ge anbudsgivaren avseende aktuell referensinstallation. Detta är ett relevant krav att ställa i en upphandling och det kan konstateras att den av kommunen angivna modellen är välbeprövad. Det är motiverat att ställa frågor kring referensernas helhetsbedömning av en referensinstallation då kommunen upphandlar ett kvalitativt och komplext verksamhetssystem med hög funktionalitet och hög användbarhet som ska gälla för hela socialtjänsten i kommunen. Kommunens krav avseende referenser är tydliga och inte högt ställda. Ställda krav är vidare lämpliga och det finns också flera leverantörer som har haft möjlighet att lämna anbud och därtill uppfylla det aktuella kravet avseende referensobjekt. Anbudsgivarna får själva välja sina referenser och kan också meddela referenserna vilka frågor som ställs och hur poäng-

givningen ska gå till. Utrymmet för ovidkommande hänsyn vid frågeställandet är därmed mycket litet och stunder inte mot 1 kap. 9 § LOU.

Utvärderingen

Förfrågningsunderlaget innehåller en beskrivning av hur utvärderingen av anbuderna ska gå till samt vilka villkor som kommer att gälla. Kommunens använda utvärderingsmodell i avsnitt 1.5 är välbeprövad och ger inte utrymme för godtyckliga bedömningar. Utvärderingsmodeller som varit mycket otydligare än den nu förevarande har godtagits i praxis. I punkt 1.1.5 anges översiktligt de mål som kommunen har satt upp för upphandlingen och i punkt 1.1.6 beskrivs förfrågningsunderlaget. I den sistnämnda punkten anges bl.a. att när den upphandlande myndigheten efterfrågar beskrivningar som ska ligga till grund för utvärderingen av anbudet är det viktigt att anbudsgivarna relaterar till sina beskrivningar av kvalitetsmåten och målbilden. Detta kan göras genom att komma med konkreta utfästelser kring kvalitetsmåten. En anbudsgivare kan också lämna olika garantier eller komma med förslag på uppföljning som gör att upphandlande myndighet känner sig trygga med att utfästelserna kommer att efterlevas under avtalsperioden. För att ytterligare klargöra kommunens målbild har kommunen, vilket framgår av 1.1.10, angett en utökad beskrivning av vad kommunen tycker är viktigt. Av punkten framgår att kommunen lägger vikt vid ökad flexibilitet, bättre användbarhet, bättre mobilitet och full integration mot samtliga relevanta system i kommunen. Avseende ökad flexibilitet framgår t.ex. att målet är användarna ska få snabbare gehör för önskemålen, att personalen ska erbjudas en effektivare kommunikation samt att det ska finnas rätt verktyg på rätt plats vid rätt tillfälle m.m.

Av punkt 1.1.11 framgår kvalitetsmåten som kommer att användas för att värdera målbilden. I punkten anges kvalitetsmått och att dessa inhämtas

genom en personalenkät där kommunen har beskrivit vilka frågor som kommer att ingå, nuläge för dessa frågor samt "önskat läge" för frågorna.

Kommunen anser att beskrivningen av utvärderingsmodellen, med målbilden och kvalitetsmått, ger anbudsgivarna tillräcklig information för att lämna sitt mest konkurrensmässiga anbud.

Vissa krav i upphandlingen ska endast uppfyllas, andra ska besvaras med en beskrivning som sedan ska utvärderas och slutligen finns det vissa krav som förutsätter att demonstration och användartest ska ske, varefter utvärdering görs i enlighet med förfrågningsunderlaget. Hur bedömningsmodellerna ska tillämpas och utvärderas framgår bl.a. av förfrågningsunderlaget punkterna 1.4.1.6 och 1.5.1.4.

De krav/faktorer som ska besvaras skriftligen avser beskrivningar (hur) och ska utvärderas för att se hur anbudsgivarna uppfyller krav på funktionalitet. Dessa ska utvärderas enligt utvärderingsmodell 1. Vart och ett av de 23 krav som avser beskrivningar tillhör ett kvalitetsområde. Under varje enskilt kvalitetsområde framgår kvalitetsområdets poäng och vilka områden som avses. Dessa krav/faktorer som avser beskrivningar utvärderas av en arbetsgrupp som består av allt mellan tre och 25 personer.

Ett exempel på hur utvärderingen går till kan ses i punkt 1.4.8.1 om utskriftsfunktion:

"Beslutsunderlag, uppdrag, planer, ordinationer, signeringslistor, brev med mera ska kunna upprättas i systemet och skrivas ut./.../Beskriv ert systems utskriftsfunktion. Utvärderas enligt bedömningsmodell 1"

Avseende denna punkt har kommunen i förfrågningsunderlaget klargjort att utskriftsfunktionen ska beskrivas, att beskrivningen ska vara tydlig och konkret samt att kommunen vid utvärderingen kommer att ta hänsyn till

flexibilitet, användbarhet, mobilitet samt huruvida beskrivningen kan bidra till de kvalitetsmått som angivits under rubrik 1.1.11 eller inte. Att en närmare beskrivning av vad exakt "enligt förväntan" innebär saknar enligt tidigare kammarrättspraxis betydelse. Det framgår tydligt, se t.ex. om utvärdering av kvalitet punkt 1.5.1. 4, vad kommunen lägger vikt vid i sin utvärdering. Kommunen anser att man i förfrågningsunderlaget definierat förutsättningarna på ett sätt som innebär att utvärderingen kan genomföras utan godtycke.

Vad gäller kravet på kvalitetssystem kan det konstateras att kommunen kommer att utvärdera kravet enligt vad som angivits i förfrågningsunderlaget, nämligen i vilken grad anbudsgivaren innehar kvalitetscertifieringar som bidrar till målet i upphandlingen.

Angående kravet i punkt 1.1.11 är det anbudsgivarna själva som ska ge beskrivningar för hur de uppfyller de mål som kommunen efterfrågar enligt denna punkt. Det går att utläsa att en hög siffra i svaren gällande frågeställningarna inte automatiskt betyder att en viss anbudsgivare vinner utvärderingen. Det innebär endast att anbudsgivaren angett vilken nivå de tror sig kunna uppnå. Det som är av betydelse är den beskrivning anbudsgivaren lämnar av hur de avser verka för att nivån uppnås.

Det finns vidare krav/faktorer som ska besvaras genom att anbudsgivarna demonstrerar funktionaliteterna i dess system varefter kommunen ges möjlighet att prova systemet, d.v.s. användbarheten men till viss del funktionalitet. Leverantören har vidare ställts inför ett antal scenarier där kommunen vill att anbudsgivaren ska demonstrera hur just deras system används för att lösa uppgiften. Vilka dessa är framgår av förfrågningsunderlagets bilagor i form av s.k. cases. När scenariot är demonstrerat av arbetsgivaren utvärderas detta enligt bedömningsmodell 2.

Utvärderingsgruppen består av 25 personer som ska använda systemet, bl.a. sex stycken undersköterskor från olika delar inom socialtjänstens område, två enhetschefer från respektive LSS samt vård och omsorg, en från IT, en systemadministratör; MAS, distriktssköterska, kvalitetskontroller m.fl. Varje person i utvärderingsgruppen besvarar självständigt ett formulär (SUS) i anslutning till demonstrationen av det specifika scenariot och deltagaren får själv bedöma hur väl den tycker att systemet löser problemet som ställs i scenariot. Efter detta låter kommunen deltagarna i utvärderingsgruppen själva prova att genomföra uppgiften i scenariot genom användbarhetstest. När den är genomförd får deltagarna fylla i ett formulär (PSSUQ) där de anger hur de upplevde att systemet bistod dem i lösandet av uppgiften i scenariot. Hur gruppen ska bedöma varje enskilt krav och vad de ska ta i beaktan framgår tydligt, se förfrågningsunderlagets punkt 1.2.21 och framåt.

Såväl SUS som PSSUQ är mätverktyg som används vetenskapligt för att mäta användbarhet, dvs. om ett system är lätt eller svårt att arbeta i. Resultaten från en sådan enkät är både verifierbara och valida och ger väldigt lite utrymme för godtycke. Det finns fasta parametrar som varje person i arbetsgruppen har att förhålla sig till vid bedömningen av användbarheten och varje del som ska utvärderas. Alla personer som ska göra bedömningen av systemets användbarhet får samma frågeställningar att förhålla sig till och tydliga instruktioner om hur bedömningen ska gå till.

Utvärderingen i upphandlingen är väldigt klar och tydlig samt lätt att följa i förfrågningsunderlaget och genomförs i enlighet med vad som anges. Anbudsgivarnas respektive beskrivningar utvärderas i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Bedömning görs när det anges av en särskild tillsatt arbetsgrupp. Representanterna i arbetsgruppen kommer inte att ha möjlighet att "välja fritt" vilka anbudsgivare som ska antas eftersom arbetsgruppen inte kommer att ha fullständig information, såtillvida att de inte får kännedom om varandras utvärderingsresultat m.m. Den utvärderingsmo-

dell som har använts i upphandlingen är beprövad, allmänt vedertagen och erkänd. Inga ovidkommande hänsyn har tagits vid poängsättningen. Det som värderats är ändamålsenligt och modellen kan inte anses gynna viss eller vissa leverantörer. Ingen av anbudsgivarna har ställt frågor angående kvalitetskriterierna eller dess tolkning. Safe Care borde ha kunnat förutse vad värderingen skulle komma att baseras på samt hur ett anbud skulle poängsättas och utvärderas. Utvärderingsmodellen uppfyller således de grundläggande kraven på öppenhet, tydlighet och transparens samt ger inte utrymme för sådana godtyckliga bedömningar som Safe Care gör gällande.

Skada

Safe Care har inte lämnat anbud i upphandlingen och skulle även om anbud hade lämnats inte ha antagits då det enligt egen utsago inte uppfyller samtliga krav, se Safe Cares skickade meddelande till kommunen från april 2016. Av meddelandet framgår vidare att Safe Care inte läst igenom förfrågningsunderlaget tillräckligt noga och missuppfattat kravställandet i förfrågningsunderlagets punkt 1.3.6. Av meddelandet framgår att Safe Care hävdar att kommunen kräver tre referenskommuner med minst 1 000 användare, vilket inte är korrekt. Det som krävs är att tre referensprojekt ska anges där referenten har implementerat liknande system och installationen ska ha gjorts i en kommun med minst 1 000 anställda. Det är uppenbart att Safe Care inte granskat förfrågningsunderlaget till fullo innan bolaget bestämde sig för att inte lämna in något anbud i upphandlingen.

Safe Care har valt att inte lämna något anbud i upphandlingen då Safe Care inte uppfyllde samtliga krav, enligt eget brev. Safe Care har därför inte lidit någon skada och kan inte heller komma att lida någon skada i upphandlingen.

Om en leverantör brutit i sin omsorgsoplikt när denne utformat anbudet och det medfört att anbudet inte är tillräckligt konkurrenskraftigt utformat kan det medföra att leverantören inte ska anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada. På samma sätt torde det vara om leverantören brutit i omsorg genom att inte läsa igenom förfrågningsunderlaget ordentligt och därmed missuppfattat vad som där anges och härav inte lämnat in något anbud.

Talerätt

I Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4141-16 kom kammarrätten fram till att ett bolag saknar talerätt om de inte har för avsikt att lämna anbud i en upphandling, varvid ansökan om överprövning avvisades. Safe Care har inte lämnat in något anbud i upphandlingen och har meddelat kommunen att de inte haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen p.g.a. förfrågningsunderlagets utformning gällande referenser. I enlighet med gällande praxis ska Safe Cares ansökan om överprövning således avvisas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Talerätt

Simrishamns kommun gör gällande att Safe Cares ansökan om överprövning ska avvisas eftersom Safe Care inte lämnat något anbud i upphandlingen och har meddelat kommunen att de inte haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen p.g.a. förfrågningsunderlagets utformning gällande referenser.

Efter en ansökan om överprövning av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan en förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § 1 överpröva en upphandling. Det krävs inte att en leverantör har lämnat ett anbud för att denne ska ha rätt att få sin talan prövad. Inte heller krävs att det kan konstateras att sökande lidit eller kunnat komma att lida skada för att en sakprövning ska komma till stånd. Det är tillräckligt att en sökande leverantör anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada.

Med leverantör avses enligt definitionen i 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Av förarbetena framgår dock att talerätten i 16 kap. 4 § LOU främst riktar sig till den som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt i lagen förutsatt sätt (prop. 1992/93:88 s. 101). Bestämmelsen motsvarar art. 1.3 i rådets direktiv 89/665 EEG och 92/13 EEG av vilka det framgår bl.a. att medlemsstaterna ska se till att ett prövningsförfarande införs och kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit eller riskerat att lida skada. Av förarbetsuttalanden till nuvarande LOU i anslutning till begreppet "ekonomisk aktör" i art. 1.8 det klassiska direktivet

respektive art. 1.7 försörjningsdirektivet, uttalas att det väl inarbetade begreppet "leverantör" alljämt bör användas som en samlingsbeteckning för entreprenörer och leverantörer och beteckna alla som ingår ett upphandlingskontrakt med upphandlande myndighet/enhet. Ingen ändring i sak var avsedd i förhållande till tidigare LOU, dock att begreppet "leverantör" i respektive lag borde utformas i nära överensstämmelse med direktiven (prop. 2006/07:128 s. 150).

Innebörden av ovanstående har uttolkats på så sätt att om någon inte har intresse av eller avsikt att lämna anbud i den aktuella upphandlingen, omfattas denne inte av kretsen leverantörer som har talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4141-16 och Kammar-rätten i Göteborgs beslut den 23 maj 2016 i mål 1625-16).

Av utredningen i målet framgår att Safe Care, som är leverantör inom det i upphandlingen aktuella området, i april 2016 gav uttryck för att inte ha någon avsikt att lämna något anbud i upphandlingen eftersom Safe Care inte ansågs sig kunna uppfylla kravet på referenser. Enligt vad Safe Care har yttrat har bolaget emellertid missuppfattat kravet och har före anbudstidens utgång upptäckt sin felläsning av kravet. Uppgiften från Safe Care att bolaget avstått från att lämna anbud i upphandlingen på grund av de brister i transparens och utrymme för godtyckliga bedömningar som enligt bolaget föreligger i förfrågningsunderlaget får därmed godtas. Safe Care har därmed talerätt i målet.

Skaderekvisitet

En förutsättning för att ett ingripande enligt LOU ska kunna bli aktuellt är dels att upphandlande myndighet förfarit felaktigt, dels att sökanden till följd av detta lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av detta. Simrishamns kommun gör gällande skaderekvisitet inte är uppfyllt eftersom

Safe Care inte lämnat in något anbud på grund av att bolaget inte ansåg sig uppfylla samtliga krav.

Enligt förvaltningsrättens mening är det möjligt att finna att skaderekvisitet inte är uppfyllt om en leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling inte uppfyller ett eller flera i upphandlingen uppställda krav som inte är ifrågasatta eller om leverantören inte haft intresse av att lämna något anbud i upphandlingen. Att Safe Care inte skulle uppfylla ställda krav i sig har inte invänts i målet. Vidare godtar förvaltningsrätten Safe Cares uppgift om att bolaget avstått från att lämna anbud i upphandlingen på grund av de brister i transparens och det utrymme för godtyckliga bedömningar som enligt Safe Care föreligger i förfrågningsunderlaget. Detta innebär att skaderekvisitet är uppfyllt för det fall Safe Care har rätt i sina påståenden om brister i förfrågningsunderlaget.

Kvalificeringskravet avseende referenser

När det gäller påstådda brister i förfrågningsunderlaget gör förvaltningsrätten följande bedömning:

Det aktuella kvalificeringskravet framgår tydligt i punkt 1.3.6 i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivaren uppgivna kontaktpersoner för tre tidigare liknande projekt bedömer om, och hur väl, anbudsgivaren klarat av projekten genom att besvara vissa i förfrågningsunderlaget angivna frågor med något av de i förfrågningsunderlaget angivna svarsalternativen enligt en skala mellan 1-4 poäng. För att kvalificera sig krävs att anbudsgivaren uppnår en viss poäng. Syftet med det aktuella kravet är att säkerställa att anbudsgivarna har tillräcklig kompetens för att klara av aktuellt uppdrag. Kravet i sig är således relevant för kvalificeringen. Safe Care gör gällande att kravet, särskilt med hänvisning till fråga 2 och 4, strider mot transparensprincipen i LOU eftersom det ger utrymme för godtyckliga bedömningar. Förvaltningsrätten kan konstatera att kravet ifråga inte ger upphandlande myndighet något ut-

rymme för att göra godtyckliga bedömningar. Det är nämligen referenspersonerna som ska betygsätta anbudsgivarna efter en i förfrågningsunderlaget angiven poängskala och upphandlande myndighet är bundna av de svar som ges. Förvaltningsrätten anser vidare att frågor och svarsalternativ är tydliga och att de olika kontaktpersonerna rimligen måste uppfatta dessa likartat. Visserligen förligger ett visst mått av subjektivitet från kontaktpersonernas sida när de bedömer om och hur väl en leverantör genomfört ett visst projekt. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att detta innebär att det finns ett sådant utrymme för godtyckliga bedömningar som medför att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen. Vad Safe Care anför i denna del utgör därmed inte något skäl för ett ingripande enligt LOU.

Utvärderingen

En upphandlande myndighet har stor frihet när det gäller val av utvärderingsmodell under förutsättning att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna inte träds förnär. Även en utvärderingsmodell som inte är optimalt utformad får godtas.

I förevarande upphandling, som är en upphandling av ett relativt komplext system, har upphandlande myndighet en utvärderingsmodell där kvalitet värderas mycket högt (90 %) och där kvaliteten utvärderas på tre olika sätt. Dels utvärderas skriftliga beskrivningar avseende systemet, dels utvärderas offererat system genom enkäter efter anbudsgivares presentation av systemet utifrån fallbeskrivningar (SUS) och dels utvärderas systemet genom enkäter efter att utvärderare själva fått prova systemet utifrån fallbeskrivningar (PSSUQ).

När det gäller den skriftliga delen framgår av förfrågningsunderlaget punkt 1.5.1.4 att anbudsgivarnas skriftliga beskrivningar av *hur* ställda krav uppfylls utvärderas och bedöms med en poängskala om 0-4 poäng. Care Safe

gör gällande att modellen ger utrymme för godtyckliga bedömningar genom att poängskalan anknyter till Simrishamns kommuns förväntningar och det är oklart vad Simrishamns kommun förväntar sig. Simrishamns kommun har visserligen inte redovisat exakt vad det är Simrishamns kommun förväntar sig avseende hur varje krav uppfylls, men enligt förvaltningsrättens mening ger uppgifterna i förfrågningsunderlagets punkter 1.1.5, 1.1.6, 1.1.10, 1.1.11 och 1.5.1.4 så pass mycket information om vad och hur kommunen ska bedöma och poängsätta de aktuella beskrivningarna, att modellen inte kan anses vara otydlig eller ge kommunen ett sådant utrymme för godtycke att utvärderingsmodellen i denna del kan anses strida mot transparensprincipen i LOU.

När det gäller de delar av utvärderingen där bedömning ska göras i enkätform - efter presentation av systemet (SUS) respektive provanvändning av systemet (PSSUQ) - är det ofrånkomligt att svaren kommer att präglas av viss subjektivitet. M.a.o. hur utvärderingsgruppens utvärderare uppfattar systemet ur funktionalitets- och användarsynpunkt kan aldrig bli helt objektivt. Ramarna för bedömningarna är dock tydliga. Bedömningarna ska göras utifrån konkreta fallbeskrivningar av personer som får anses vara representativa för dem som ska använda systemet. Vidare ska svaren ges genom besvarande av enkäter som är utarbetade för att mäta användbarhet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen inte heller i denna del kan anses vara otydlig eller lämna ett sådant utrymme för godtycke som medför att modellen strider mot transparensprincipen i LOU

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att varken kvalificeringskravet avseende referenser eller den aktuella utvärderingsmodellen är så otydliga att de ger den upphandlande myndigheten (eller annan) ett sådant utrymme för godtyckliga bedömningar som medför att kravet eller mo-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

dellen strider mot transparensprincipen i LOU. Safe Cares ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Madeleine Westberg

Anna Aktermo har föredragit målet.



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 åbetopa 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.