



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2016-06-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2209-16

SÖKANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud:

Advokaten Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2016-06-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

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.

Dok.Id 396950

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

Telefax
031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

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.

Alfa Kommun & Landsting AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför följande. Den av staden uppställda poängmodellen för utvärdering av användbarhet är i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU, främst i förhållande till kraven om likabehandling och transparens. Modellen ger på ett otillåtet sätt utrymme för godtyckliga bedömningar. Genom att ställa upp fria poängsättningar har staden haft 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 utvärderingen 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 tre poäng, inte skulle vara kvalificerad att erhålla ett kontrakt. Om utvärderingen för användbarhet varit i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna skulle bolaget vid den slutliga utvärderingen haft goda möjligheter att erhålla kontraktet.

Göteborgs stad har inte preciserat sina önskningar/förväntningar på ett tillräckligt preciserat sätt. Staden använder punkten 3.3 i bilaga H till förfråg-

ningsunderlaget – mobilitet – som exempel på efterfrågade förväntningar/önskningar. För användarfallen (punkterna 5.7–5.11) 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 denna önskan är i sig statisk, dvs. den beskriver ett visst givet förhållande. Vad som saknas i såväl förväntningar/målbeskrivningen som i beskrivningen av användarfallen 5.1–5.7 är vad som specifikt värderas. Att det saknas specificering framgår av stadens eget yttrande. Staden anger på sidan 3 i sitt yttrande den 13 april 2016 [aktbilaga 10, *förvaltningsrättens anm*] följande som exempel på ett arbetssätt som inte motsvarar förväntningarna, trots att funktionen i sig kan 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”. Just det faktum att staden framhåller att det kan vara ett antal olika alternativ visar att staden inte på förhand har klargjort vad det är som ger mervärde. Staden har inte klargjort en enhetlig linje i fråga om vilka faktorer eller förhållanden som kommer att ge mervärdet. Det är även 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 EU-rätten. Staden har anfört att ett intuitivt system innebär att systemet är lätt att lära sig och att utförandet i systemet optimeras redan som förstagångs användare. Vad som menas med att systemet optimeras redan som förstagångs användare är oklart – är det antal knapptryckningar, att gå in på ett visst maximalt antal sidor eller är det något annat förhållande som avses? Genom oklarheterna har staden i efterhand, i samband med visningar, kunnat bestämma vilka faktorer det är som ska belönas som optimal användning av systemet.

Staden har vidare invänt att det självklart finns utrymme att inkludera olika roller i en utvärderingsgrupp. Bolaget har aldrig påstått att det skulle finnas ett förbud mot att inkludera olika roller i en utvärderingsgrupp. Vad bolaget har illustrerat är att frånvaron av att precisera de faktorer som ska bedömas har medfört att olika personer kan välja de faktorer som personen själv vill bedöma. Var och en av personerna kan således själv fritt välja att fastställa sina respektive önsknings.

Staden har framhållit att ingen anbudsgivare ställt frågor om systemvisningarna eller poängsättningen under upphandlingens gång. Det finns inte någon rättslig skyldighet för anbudsgivare att senast vid en viss tidpunkt ifrågasätta brister i ett förfrågningsunderlag eller själva den faktiska hanteringen av upphandlingen. Bolaget gör inte gällande att det inte skulle få förekomma subjektiva bedömningar inom ramen för utvärdering, men det sätt på vilket staden har utformat kriterierna för poängnivåerna ger ett otillåtet utrymme för godtyckliga bedömningar genom vilka staden kan styra valet av leverantör. Eftersom staden inte har definierat sina önsknings går det inte att kontrollera de bedömningar som har gjorts. Respektive poängsteg ska vara definierat så att anbudsgivare i efterhand kan bedöma om den tilldelade poängen är rimlig.

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. Bedömningen av användbarhet har följt de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna och någon 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 be-

dömning 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. De personer som genomför testningen och bedömningen av de subjektiva egenskaperna, om de också är de tänkta användarna av föremålet för upphandlingen, har normalt starka incitament att göra en saklig och korrekt bedömning av upphandlingsföremålets kvaliteter. Risker är annars att avtal tecknas med en leverantör vars produkter inte uppfyller, eller på ett sämre sätt uppfyller, verksamhetens och användarnas behov.

Användbarheten är av central betydelse för kvalitén vid upphandling av en applikation av nu aktuellt slag. Hög användbarhet innebär bl.a. att effektiviteten och arbetstillfredställelsen 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 kontraktets föremål 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.

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 för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, 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. Av självklara skäl kan kvalificeringen av den angivna godtagbara kvalitetsnivån inte göras innan användbarheten har bedömts av utvärderingsgruppen.

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. Det har funnits en tydlig tidsplan för systemvisningen, vilken följts och kontrollerats under systemvisningen av den interna kontrollpersonen. 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.

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 (16 kap. 4 § LOU).

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. 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 denna 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. Ansökningen 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 s.k. 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 alltså 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 anfört 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 doku-

mentation som funnits tillgänglig anser inte förvaltningsrätten att de påtalade bristerna är av sådan art och grad att utvärderingsmodellen inte skulle uppfylla kraven på likabehandling och transparens. Det finns därmed inte tillräckliga skäl för att ingripa mot upphandlingen varför bolagets ansökan om överprövning ska 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.