



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2017-05-18
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 2466-17

SÖKANDE

Avista Omsorg AB, 556947-2078
 Kristinebergsstrand 13
 112 52 Stockholm

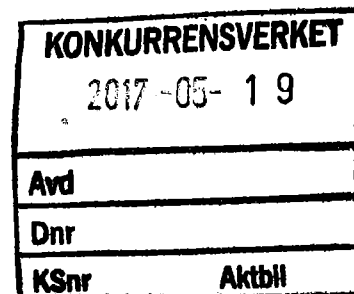
MOTPART

Katrineholms kommun
 641 80 Katrineholm

Ombud: Telge Inköp AB
 Box 633
 151 27 Södertälje

SAKEN

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om utdömmande av sanktioner.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 30 januari 2017 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 845545

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:30

BAKGRUND

Telge Inköp AB (Telge) utför som ombud för Katrineholms kommun (kommunen), genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) upphandlingen "Nyckelfri hemtjänst", TI 2016-1161. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser beställarens behov under avtalsperioden av utrustning och tjänst som möjliggör en effektiv hantering och administration av hemtjänstens nyckelhantering. Beställaren har enligt beslut valt att efterfrågad lösning ska vara ett system/en lösning enligt modellen "nyckelfri hemtjänst" där dörrar låses upp/låses med hjälp av en mobiltelefon och en låsenhet placerad på insidan av dörren.

Förvaltningsrätten har den 30 januari 2017 beslutat interimistiskt att avtal inte får ingås i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Avista Omsorg AB (Avista) yrkar att upphandlingen ska göras om och att förvaltningsrätten utdömer lämpliga sanktioner för att stoppa Telges sätt att utföra upphandlingar.

Till stöd för sin talan anför Avista i huvudsak följande. Upphandlingen innehåller skall-krav som strider mot likabehandlingsprincipen i LOU och liknar i stora stycken upphandlingen i förvaltningsrättens mål nr 11189-16. Beställaren har valt att efterfrågad lösning ska vara ett system/en lösning enligt modellen "nyckelfri hemtjänst". Det efterfrågas en teknisk lösning som tillgodoser verksamhetens krav på och behov av en enkel, säker och kostnadseffektiv lösning för upplåsning/låsning av dörrar; minimering av intrång i den personliga integriteten; minimal åverkan på fastighetens dörrar, trapphus och fasader samt användbarhet av både kommunala (idag tio stycken) och privata utförare (idag fyra stycken). Avista kan leva upp till

alla de förväntade effekterna med den enda skillnaden att man erbjuder en digital huvudnyckel som fungerar på det sätt som kommunen önskar. Kommunen ställer dock krav på en specifik teknik. Avista har påpekat att detta krav är orimligt, eftersom det strider mot likabehandlings- och transparensprinciperna. Det strider även mot 6 kap. 4 § LOU att i de tekniska specifikationerna ange hänvisningar till varumärke, patent eller tillverkning utan att ange "eller likvärdigt".

Avista har varit verksamt i mer än tio år och har som underleverantör ASSA Abloy som är världens största tillverkare av lås. Det ifrågasätts hur Telge kan spekulera om Avistas säkerhetslösning när Avista valt att inte delta i upphandlingen. Avista kan inte lämna anbud när man inte får presentera likvärdiga produkter. Upphandlingen gjordes i december 2016 och omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU.

Avista hänvisar till EU-domstolens avgöranden i målen C-359/93 *UNIX 1*, C-328/96 *UNIX 2* och C-59/00 *Vestergaard*.

Kommunen, genom Telge, bestrider ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Skall-kraven på system/lösning återfinns i förfrågningsunderlaget. Kommunen efterfrågar en hel lösning där digital nyckel är en del. Lösningen innebär att det ska finnas bakomliggande system för säkerhet och spårbarhet för att kommunen ska uppfylla kraven från IVO och övrig säkerhetslagstiftning. Kraven är både lämpliga och nödvändiga för att kunna uppfylla kraven på säkerhet och spårbarhet. Att Avista endast kan erbjuda en digital huvudnyckel och inte kan uppfylla krav på en hel lösning innebär inte att kommunen har snedvridit konkurrensen eller frångått LOU:s grundprinciper. Marknadsanalys före upphandlingen genom bl.a. sökning på nätet visar att konkurrens finns på marknaden. En anbudsgivare måste uppfylla samtliga krav som ställs för att uppnå syftet, och inte bara uppnå det övergripande syftet. Kommunen ifrågasätter inte Avistas säkerhet men har

utifrån ”Frågor & svar”, samt den omständigheten att Avista valt att inte komma in med anbud, bedömt att Avista inte uppfyller kraven. De tekniska specifikationerna avseende mobilplattform och operativsystem för administrationssystemet grundas på den infrastruktur som kommunen har. Android och Microsoft är standardiserade plattformar. Om en kommun inte kan upphandla system eller lösningar som kan införlivas i dess befintliga plattform skulle den inte kunna upphandla några system eller lösningar utan att vid varje tillfälle upphandla plattform. Det vore oproportionerligt, fördyrande och inte hanterbart. Att i detta fall ange ”eller likvärdigt” skulle inte ha någon bäring eftersom kommunen måste ha system och lösning som kan införlivas i befintlig plattform.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lag m.m.

Vilken lag är tillämplig på upphandlingen?

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna ska LOU, som upphävts genom den nya lagen, tillämpas för upphandlingar som inletts innan den nya lagen trädde i kraft. Eftersom upphandlingen i det här målet inleddes före ikraftträdandet av den nya lagen ska LOU enligt övergångsbestämmelserna tillämpas. Avista har emellertid gjort gällande att det nya upphandlingsdirektivet, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU, är tillämpligt på upphandlingen. Direktivet skulle enligt artikel 90 ha införlivats senast den 18 april 2016 och således innan aktuell upphandling inleddes. Frågan är om direktiv 2014/24/EU ska ges företräde framför LOU enligt grundläggande EU-rättsliga principer.

I målet aktualiseras bl.a. tillämpningen av bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 23.8 i det numera upphävda direktivet 2004/18/EG. Motsvarande reglering återfinns i artikel 42.4 i direktiv 2014/24/EU. Artiklarna skiljer sig åt endast i språkligt hänseende. Någon ändring i sak är inte avsedd i direktiv 2014/24/EU (jfr prop. 2015/16:195 s. 1044). Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU får därmed anses motsvara artikel 42.4 i direktiv 2014/24/EU fullt ut. Vad gäller frågan om likabehandlings- och transparensprinciperna konstaterar förvaltningsrätten att dessa är oförändrade i direktiv 2014/24/EU. Detsamma gäller, såvitt här är av intresse, även bestämmelserna om överprövning av en upphandling. Det finns därmed inte något hinder mot att tillämpa LOU på den aktuella upphandlingen.

Rättslig reglering

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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.

Av 1 kap. 9 § LOU följer att 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.

Enligt 6 kap. 4 § LOU första stycket får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Av andra stycket följer att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

EU-domstolen har i mål C-359/93 (UNIX 1) uttalat att en hänvisning till ett varumärke, i detta fall UNIX, utan att det följdes av orden "eller likvärdigt", stred mot tillämpliga direktivbestämmelser. Domstolen menade att frånvaron av orden "eller likvärdigt" efter produktnamnet kunde få effekten att leverantörer, vilkas anbud inte baserades på UNIX-systemet, avstått från att lämna anbud i upphandlingen. Domstolen fann även att UNIX inte kunde anses utgöra ett standardiserat system utan ett bestämt märke (se även mål C-328/96 [UNIX 2], p. 68-69).

I mål C-59/00 (Vestergaard) krävde ett upphandlande allmännyttigt bostadsföretag att ett utpekade företag, som angavs med namn och adress, skulle leverera utvändiga dörrar och fönster. Domstolen uttalade att den omständigheten att orden "eller likvärdigt" inte lagts till efter det att en viss produkt nämnts i kontraktshandlingarna inte enbart kan leda till att företag som använder system som liknar denna produkt avstår från att besvara anbudsinfordran utan kan även hindra importflödet inom gemenskapen genom att upphandlingen förbehålls de leverantörer som använder det utpekade systemet.

Kammarrätten i Jönköping har i en dom den 17 maj 2010, mål nr 1001-10, uttalat att det i normalfallet inte finns något hinder mot att vid en upphandling kräva att ett offererat system kan kommunicera med ett befintligt system. Målet gällde en upphandling av en datorundercentral och av förfrågningsunderlaget framgick att det offererade systemet skulle vara fullt kommunicerbart med den upphandlande kommunens system. Kravet på ett visst varumärke, sett i sitt sammanhang och med hänsyn till vad

förfrågningsunderlaget i övrigt innehöll, kunde enligt kammarrätten inte anses innebära att det faktiskt var ett krav på ett visst varumärke. Motsvarande bedömning gjordes av Kammarrätten i Stockholm i en dom den 22 oktober 2014, mål nr 3560-14. I det målet gjorde dock kammarrätten bedömningen att kravet inte var proportionerligt i förhållande till det eftersträlvade syftet att myndigheten inte ska drabbas av det arbete och de kostnader som ett byte av system innebär, i det fallet byte till en gemensam drivrutin.

Frågor i målet

De frågor som förvaltningsrätten har att pröva inom ramen för överprövningen är dels om upphandlingen strider mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU, dels om upphandlingen strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Avistas yrkande om utdömande av sanktioner

Förvaltningsrätten kan inom ramen för en överprövning endast besluta om de åtgärder som framgår av 16 kap. LOU. Avistas yrkande om att förvaltningsrätten ska utdöma lämpliga sanktioner för att stoppa Telges sätt att utföra upphandlingar ska därför avvisas.

Strider upphandlingen mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU?

Som redogjorts för ovan efterfrågar kommunen en modell där dörrar låses upp/låses med hjälp av en mobiltelefon och en låsenhet placerad på insidan av dörren. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

1.11.1

Digitala nyckeln skall fungera med en s.k. smartphone med operativsystem Android 4.4 och högre versioner.

Kommunikation mellan mobiltelefon och låsenhet och mellan mobiltelefon och administrationssystem ska vara krypterad.

Låsenheten ska vara tillverkad av material som tål att utsättas för väta och temperaturer mellan +40 och -20 grader Celsius.

För samtliga låsenheter ska minst 3 års garanti gälla.

Batteriets livslängd skall vara min. 2 år vid normal användning.

Låsenheten ska vara CE-märkt.

1.11.5

Utrustningen/låsenheten ska kunna låsas upp/låsas med hjälp av digital nyckel som laddas ner till en mobiltelefon.

Mobiltelefonen ska vara en s.k. smartphone med operativsystem Android 4.4 och högre versioner.

En mobiltelefon (smartphone) ska kunna användas av flera olika personer genom behörighetsstyrd inloggning i telefonen och/eller appen.

Antalet användare ska inte vara begränsat till ett totalt eller samtidigt antal. Appen skall kunna söka låsenheter på ett enkelt sätt.

Utloggning från appen ska kunna ske automatiskt inom en viss tid som bestäms av beställaren.

Appen ska fungera oberoende av vilken mobilnätsoperatör som beställaren anlitar. Uppdateringar och rättelser av program i mobiltelefon (app) ska vara kostnadsfria under hela avtalstiden inkl. ev. optioner.

Leverantör ska redovisa och kontinuerligt uppdatera information om vilka mobiltelefoner som kan användas.

1.11.6

All trådlös kommunikation mellan systemet och mobiltelefoner ska vara krypterad.

Systemet ska kunna registrera tidpunkt (klockslag och datum), brukaridentitet och personalidentitet vid upplåsning och låsning av brukarens dörr.

Systemet ska spara historik under en period av minst 3 år (36 månader).

Historik som avses är bl.a.:

- Vilken brukare som resp. låsenhet varit kopplad till.
- Vilken användare/användarkonto som låst upp/låst resp. brukares dörr.
- Besökshistorik per brukare.
- Besökshistorik per personal.

Systemet ska kunna visa/larma vilka låsenheter som har låg batteristatus.

En användare ska inte ha behörighet/tillgång till att kunna låsa upp fler dörrar än nödvändigt.

Behörigheter för personal ska kunna styras till t.ex. hemtjänstgrupper.

Alla händelser i systemet ska sparas och vara sökbara i en händelselogg.

Systemet ska ha en hög säkerhetsnivå:

En användaridentitet ska alltid kunna härledas till en fysisk person.
Ett lösenord ska inte kunna återanvändas förrän efter ett visst antal byten.
Antal inloggningsförsök ska kunna begränsas.
Efter för många felaktiga inloggningsförsök ska kontot spärras.
Ett spärrat användarkonto ska endast kunna aktiveras av system-
administratör.

1.11.7

Beställaren kommer att sköta driften av systemet i egen regi.
Det bör vara möjligt att nyttja Microsoft Active Directory (AD) för att
behörighetsklassa användarna av systemet.
Systemet ska kunna vara integrerat via LDAP-koppling till katalogtjänsten
(Active Directory) och kunna hämta in nya eller förändrade
användaruppgifter.
Systemet ska levereras med rutiner för hur backup och återläsning ska
utföras och vilka krav som ställs på kommunens utrustning.
Systemet ska kunna köras på – Microsoft Windows server 2012 eller senare.
Systemet bör kunna köras på – Microsoft SQL Server 2008 R2, 2014 eller
senare.

Förvaltningsrätten anser att upphandlingen tar sikte på en viss funktion,
nämligen att hemtjänstpersonalen ska kunna ta sig in till brukarna utan
fysisk nyckel samtidigt som kommunen bibehåller en hög grad av säkerhet
och spårbarhet. Avista har emellertid invänt att kommunen efterfrågar en
specifik teknik. Kommunen har invänt att Android och Windows utgör dess
befintliga plattform. Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunder-
laget uttryckligen nämner varumärkena Android och Microsoft/Windows
utan att ange ”eller likvärdigt”. Enligt förvaltningsrättens mening utgör de
omnämnda varumärkena sådana varumärken som avses i 6 kap. 4 § LOU. I
punkt 1.11.5 i förfrågningsunderlaget anges att ”mobiltelefonen ska vara en
s.k. smartphone med operativsystem Android”. Kravet skulle kunna
uppfattas som ett krav på att leverantören måste tillhandahålla operativ-
systemet Android.

Förvaltningsrätten anser emellertid att det aktuella kravet inte kan anses
utgöra ett krav på visst märke i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU.
Enligt förvaltningsrättens mening får kravet i stället uppfattas som en
beskrivning av den befintliga IT-infrastruktur, i vilken det offererade

systemet med nyckelfri hemtjänst ska fungera. Som framgår av punkt 1.11.7 ska systemet kunna köras på Microsoft Windows server 2012 eller senare. Något faktiskt krav på att leverantören ska tillhandahålla ett Windows-baserat system ställs således inte. Kravet hindrar därmed inte leverantören från att använda sig av ett annat system, så länge det kommunicerar med kommunens IT-infrastruktur.

Kravet i punkt 1.11.5 måste enligt förvaltningsrätten tolkas på samma sätt, nämligen att systemet ska kunna kommunicera med ett sedan tidigare upphandlat operativsystem. Denna tolkning vinner stöd av punkt 1.11.1 där det anges att den digitala nyckeln ska fungera med en s.k. smartphone med operativsystem Android 4.4. Ett sådant krav som det nu är frågan om får enligt kammarrättspraxis i normalfallet inte anses strida mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU. Det saknas skäl att göra någon annan bedömning i förevarande fall. Förvaltningsrätten finner således att förfrågningsunderlaget inte strider mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU. Vid denna utgång saknar det enligt förvaltningsrättens mening betydelse att orden "eller likvärdigt" inte angetts i förfrågningsunderlaget.

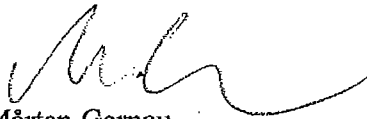
När det gäller frågan om transparens- och likabehandlingsprinciperna bedömer förvaltningsrätten, såsom framförts i det föregående, att förfrågningsunderlaget beträffande punkt 1.11.5 kan uppfattas som att ett visst varumärke efterfrågas. Denna brist är emellertid inte sådan att det finns skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten anser i övrigt att förfrågningsunderlaget är tydligt och förutsebart. Kommunen har förklarat på ett godtagbart sätt varför den vill ha en helt datoriserad helhetslösning utan någon nyckel. Det får anses ingå i den upphandlande myndighetens frihet att kräva en sådan lösning. Förfrågningsunderlaget strider därmed inte mot transparensprincipen. Genom att efterfråga en funktion som svarar mot det som kommunen vill ha och som passar ihop med dess befintliga IT-infrastruktur har kommunen

inte heller brutit mot likabehandlingsprincipen. Vad Avista anfört om förvaltningsrättens avgörande i mål nr 11189-16 föranleder inte någon annan bedömning.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen inte brutit mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 30 januari 2017 upphör därmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Mårten Garnau

Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.