



SÖKANDE

INVID Västerås AB, 556632-4843
Box 423
722 44 Västerås

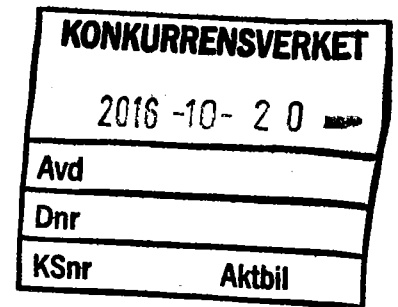
MOTPART

VafabMiljö kommunalförbund

Ombud: Monica Kohn och Anna Lönnerberg
Sentensia Q AB
Bibliotekstorget 8
171 45 Solna

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

VafabMiljö kommunalförbund (Vafab) har genomfört en upphandling av IT-driftspartner med dnr 2015/38-VKF-061 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. INVID Västerås AB (INVID) hade lämnat anbud i upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 12 februari 2016 antogs anbudet från Atea Sverige AB (Atea).

YRKANDEN M.M.

INVID

INVID ansöker om överprövning och yrkar att tilldelningsbeslutet ska rättas på så sätt att INVID:s anbud ska förklaras ha uppfyllt alla ska-krav. Till stöd för sin talan anför INVID i huvudsak följande.

Vafab har uteslutit INVID:s anbud och hävdar att anbudet inte uppfyller de tre ska-kraven i 4.4.1, 10.1.3 och 3.4. Det som Vafab anför är felaktigt. INVID:s anbud uppfyller alla krav som finns i förfrågningsunderlaget.

Till att börja med uppger Vafab att INVID:s anbud inte uppfyller 4.4.1 och att friskrivning görs i anbudet avseende brand och hänvisning till force majeure. Under hela kap. 4.4 har Vafab inte ställt någon fråga som ska besvaras huruvida INVID accepterar bifogade avtalsvillkor. Den enda frågan som har ställts finns under 4.4.10 och gäller om samtliga krav avseende skydd av Vafabs drift och information är uppfyllda/accepterade. INVID har även i redovisningen beskrivit hur drift, information och personuppgifter hanteras och att all drift/lagring sker i Sverige. Således är alla ska-krav i denna fråga uppfyllda.

Vidare hänvisar Vafab till ett kapitel i INVID:s anbud där bolaget i ingressen av kap. 4.4 anger att delen beskriver driftmiljön i INVID:s säkra drifthallar. Således säger INVID att denna del inte reglerar avtalsvillkor i avtalet med Vafab. INVID bekräftar även i ytterligare text att bolaget uppfyller alla Vafabs krav i avsnitt 4.4.

Eftersom INVID besvarat frågan i 4.4.10 med ett ja uppfyller bolaget kravgränsen. Dessutom lämnar INVID en mycket detaljerad beskrivning under p. 4.4 om att bolaget har en mycket avancerad brandsläckningsutrustning och att bolaget tar ansvar för att förhindra brand. Det som bolaget angett är inte heller någon friskrivning utan ett konstaterande att bolaget tar ansvar för det som ligger inom dess ansvarsområde under p. 4.4.1.1.1.

Under p. 2.3 har Vafab ställt en fråga om samtliga krav avseende avtal- och leveransvillkor är uppfyllda/accepterade. Denna fråga har INVID besvarat med ett ja. Således uppfyller INVID kravet på att samtliga avtalsvillkor ska accepteras.

Vafab har inte ställt någon fråga om förtydligande av uppenbara fel. Även om INVID:s svar tolkas felaktigt så har bolaget redan accepterat kravet. Således är det ett uppenbart fel vilket borde ha föranlett Vafab att fråga INVID om detta.

Vidare hävdar Vafab att ska-krav 10.1.3 inte är uppfyllt på grund av att uppsättning av övervakning lokalt saknas. INVID har angett att övervakning ingår som en del att implementera i bilaga 2 projektdirektivet (= etableringsplan) under p. 2.1. Detta måste Vafab ha missat vid granskningen av anbudet. Vidare finns under p. 5.3 i bilaga 2 angivet huvudaktiviteterna i projektet. Under p. ServiceDesk och säkerställande av processer, rutiner och tillgång till dokumentation ingår att etablera övervakning, processer och rutiner för detta.

Vafab anger att ett förslag ska lämnas och att det är fritt att lägga till egna punkter. Det är precis detta som INVID har gjort och bolaget har även med ordet övervakning i etableringsplanen. En etableringsplan där kunden även begär ett förslag måste kunna ses som något man diskuterar och jobbar fram tillsammans. INVID har även under p. 1.2 i bilaga 2 angett att det är ett utkast och att det ska slutföras i samråd med kunden.

INVID har angett under p. 4.3, 4.3.1 och 4.3.1.2 i bilaga 1 att lokal övervakning ingår. Mer tydligt än så kan det inte bli. Det är en självklarhet att detta ingår som en av processerna och rutinerna som ska implementeras. Om Vafab anser att det har varit otydligt och att information saknats i INVID:s anbud borde Vafab ha begärt en komplettering eller ett förtydligande istället för att förkasta anbudet.

Vad gäller ska-krav 3.4 hävdar Vafab att det anges i en hänvisning att anbudsgivaren arbetar på teknikertaxa alternativt löpande räkning vid åtgärder av fel, vilket strider mot förfrågningsunderlaget. INVID har besvarat frågan i 3.4.7 med ett ja och uppfyller därmed kravet. Dessutom har bolaget accepterat alla ska-krav. INVID har även en mycket detaljerad beskrivning i p. 3.4 av sin ServiceDesk.

INVID har under p. 3.4 i bilaga 1 angett på tre ställen att ServiceDesk ska upprättas och att denna ingår i priset. Detta i kombination med att INVID svarat ja på frågan i 3.4.7 gör att det inte kan bli mer tydligt. Det som Vafab hänvisar till är texten i p. 3.4.1.1.1. Denna del är inte en beskrivning av ServiceDeskfunktionen utan av bolagets fjärrstyrningsverktyg för ServiceDesk. Således gäller beskrivningen inte funktionen ServiceDesk. Med tanke på INVID:s tydliga svar på fråga 3.4.7 och bolagets beskrivning under p. 3.4.1 måste detta vara fråga om en uppenbar felskrivning.

INVID har levererat 159 sidor med förklaringar och text. INVID har verkligen försökt skapa ett fylligt och genomarbetat svar. Att då förkasta ett anbud utan att begära förtydligande eller rättelse av uppenbara fel är helt felaktigt. Under de senaste fyra åren har INVID lämnat in ca 50-60 anbud till stat och kommun i liknande upphandlingar. Inte vid ett enda tillfälle har INVID blivit underkända på liknande grunder utan att den upphandlande myndigheten har begärt förtydligande eller rättelse av uppenbara fel. Vafab har inte hållit sig inom rådande LOU-praxis. Av LOU framgår klart att uppenbara fel ska ges möjlighet att rättas. Det är mycket anmärkningsvärt att man inte tagit hänsyn till detta vid prövningen av INVID:s anbud.

Det hela blir ännu mer anmärkningsvärt då det vinnande anbudet är dagens leverantör till Vafab. Vafab hade sparat 11 miljoner kr om man bemödat sig om att begära rättelse av uppenbart fel i anbudet. Än märkligare blir det av att sju av åtta inlämnade anbud diskvalificerades, endast den tidigare leverantörens anbud klarade sig. Den vinnande leverantörens anbud var på 33 miljoner kr. INVID:s anbud var på ca 22 miljoner kr.

Genom att underlåta att fullfölja verifieringsprocessen av efterfrågat krav, vad avser INVID:s anbud, har Vafab dokumenterat en oriktig bild av INVID:s erbjudna alternativ. Därmed har INVID inte behandlats på ett likadant sätt som övriga anbudsgivare. Genom att INVID har berövats möjlighet att prövas på ett korrekt sätt har INVID inte fått tilldelningen av det avtal som INVID har rätt till.

Vafab

Vafab anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Vafab har inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. INVID:s anbud har rätteligen förkastats. INVID har inte lidit skada och det saknas förutsättningar för att rätta upphandlingen.

Av p. 2.3.2 i förfrågningsunderlaget framgår att kommersiella villkor för upphandlingen framgår av bifogat avtalsutkast och att avtalsutkastet ska accepteras i sin helhet. Avseende p. 4.4, som rör datacenter, har INVID skrivit följande i sitt anbud. INVID kan endast hållas ansvarig för brand, fukt eller vatten om omständigheter till detta legat inom INVID:s kontroll. I övrigt gäller force majeure och bilagan Allmänna bestämmelser IT version 2008 Drift.

INVID har på så vis hänvisat till ett avtal som Vafab inte har med i det bifogade avtalet, Allmänna bestämmelser IT-infrastrukturjänster version 2014, som ska accepteras i sin helhet. Vafabs egna villkor undantar uttryckligen eldsvåda som grund för ansvarsbegränsning. Det anges i p. 18 på s. 7 i upphandlingens bifogade avtal att "blixtnedslag och eldsvåda utgör inte underlag för ansvarsbegränsning". Det är oklart huruvida INVID accepterar Vafabs avtal i sin helhet med denna friskrivning, eller reservation, som INVID gör.

INVID gör gällande att det inte är en friskrivning utan ett konstaterande om att INVID tar ansvar för det som ligger inom sitt ansvarsområde under p. 4.4.1.1.1. Det är just detta som inte är i enlighet med avtalsvillkoren. Det hör inte till saken vilket ansvarsområde som görs gällande. INVID:s anbud innehåller motstridiga uppgifter och oklarheter som medför att bolaget inte uppfyller ska-kravet i p. 2.3.2 trots att INVID har svarat ja på kravet.

I 9 kap. 8 § LOU finns regler om rättelser, förtydliganden och kompletteringar. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt. Det finns inte någon tvingande regel om att en upphandlande myndighet måste ge sådan möjlighet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU på de grunder INVID anför.

Förvaltningsrätten har först att pröva det som INVID anför att dess anbud uppfyller alla ska-krav i upphandlingen.

Alla anbud som utvärderas måste uppfylla kraven som ställts i upphandlingen för att möjliggöra en objektiv jämförelse av anbuden (jfr EU-domstolens dom i mål C-243/89 Stora bält). Detta innebär att den upphandlande myndighet inte får utvärdera anbud som innehåller en reservation eller ett förbehåll till bestämmelserna i upphandlingen, med undantag för de fall när dessa bestämmelser uttryckligen medger en sådan möjlighet.

I p. 2.3.2 i förfrågningsunderlaget anges följande. Kommersiella villkor för denna upphandling framgår av bifogat avtalsutkast, bilaga 6. Avtalsutkastet ska accepteras i sin helhet.

I p. 4.4.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att leverantören ska upprätthålla den fysiska säkerheten för driften med angränsande funktioner, vilket avser skydd av utrustning och kommunikationsvägar som bl.a. innefattar men inte begränsas till brandskydd etc.

Av p. 18 s. 7 i avtalsutkastet framgår att blixtnedslag och eldsvåda inte utgör underlag för ansvarsbegränsning.

Förvaltningsrätten finner att det följer av p. 2.3.2 och 4.4.1 i förfrågningsunderlaget och p. 18 i avtalsutkastet att det finns ett obligatoriskt krav i upphandlingen på att eldsvåda inte kan vara en grund för ansvarsbegränsning för anbudslämnaren.

I p. 4.4.1.1.1 i INVID:s svar på förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. INVID kan endast hållas ansvarig för brand, fukt eller vatten om omständigheterna till detta legat inom INVID:s kontroll. I övrigt gäller force majeure och bilagan Allmänna bestämmelser IT version 2008 Drift.

Förvaltningsrätten finner att INVID:s svar i p. 4.4.1.1.1 inte kan tolkas på annat sätt än att bolaget begränsar sitt ansvar för bl.a. brand och att bolaget under vissa förutsättningar inte kan hållas ansvarigt för bränder. Detta innebär att svaret är en reservation mot kraven i p. 18 i avtalsutkastet. Eftersom avtalsutkastet inte accepterats i sin helhet uppfyller INVID:s anbud inte ska-kravet i p. 2.3.2 i förfrågningsunderlaget. Denna brist kan inte läkas av det som INVID uppger om att bolaget svarat ja på frågorna i p. 2.3 och 4.4.10 om samtliga krav är uppfyllda/accepterade. Inte heller det som INVID i övrigt anför kan förändra denna bedömning. Således uppfyller INVID:s anbud inte alla ska-krav i upphandlingen.

Förvaltningsrätten har kvar att pröva det som INVID anför om att Vafab borde ha begärt en komplettering eller ett förtydligande.

I 9 kap. 8 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det finns inte någon tvingande regel i LOU om att en upphandlande myndighet måste ge anbudsgivare möjlighet att komplettera anbud. Komplettering av anbud får endast göras på initiativ av den upphandlande myndigheten, jfr prop. 2006/07:128 s. 377.

I avgöranden från kammarrätter, se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 maj 2012 i mål nr 872-12, har klargjorts att det strider mot lika-behandlingsprincipen om en upphandlande myndighet ger en leverantör tillfälle att efter anbudstidens utgång komplettera sitt anbud med uppgifter som läker brister i ska-kravs uppfyllnad.

Förvaltningsrätten har i nu aktuellt mål funnit att INVID:s anbud inte uppfyllt alla ska-krav i upphandlingen eftersom avtalsutkastet inte accepterats i sin helhet. Därmed kan bristerna i anbudet inte rätteligen läkas genom en komplettering eller ett förtydligande. Med andra ord har Vafab inte brutit mot någon bestämmelse i LOU när INVID inte gavs tillfälle att komplettera sitt anbud.

INVID anför även att bolaget inte blivit behandlad på samma sätt som andra leverantörer. Förutom förhållandet att INVID inte fått möjlighet att komplettera eller förtydliga sitt anbud har INVID inte lagt fram någon omständighet till stöd för sitt påstående. Således har INVID inte visat att Vafab brutit mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten finner att INVID inte visat att Vafab brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Följaktligen saknas grund för att ingripa mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)



Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Anderz Eriksson.



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.