



SÖKANDE

Proact IT Sweden AB, 556328-2754

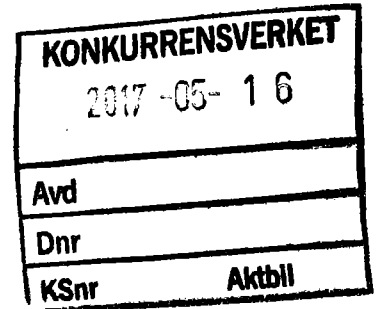
Ombud: advokaten Johan Linder Säverman
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Härnösands kommun
871 80 Härnösand

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Proact IT Sweden AB inte ska uteslutas innan utvärderingen i enlighet med vad som framgår av domskälen.

BAKGRUND

Härnösands kommun (kommunen) genomför upphandlingen Backup-system BaaS (dnr UH-2016-309). Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande och tilldelningsgrund är lägst pris. Under anbudstiden kom tre anbud in. I tilldelningsbeslut den 16 februari 2017 beslutades att anta anbud från Savecore AB (Savecore) då det anbudet befunnits vara det med lägst pris. I tilldelningsbeslutet angavs vidare att anbudet från Proact IT Sweden AB (Proact) diskvalificerats med motiveringen att det vid anbudspresentation kommit fram att Proact inte lämnat in priser som motsvarar de krav som ställts på upphandlad tjänst. Kommunen bedömer att Proact inte har lämnat ett korrekt anbud då prisbilagan inte motsvarar hela avtalet.

YRKANDEN M.M.

Proact begär överprövning, yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att kvalificeringen görs om varvid anbudet från Proact tas upp till utvärdering och anför bl.a. följande.

Upphandlingen genomförs i strid med den grundläggande principen om likabehandling genom att Proacts anbud har förkastats på ett otillåtet sätt. Proacts anbud är mycket konkurrenskraftigt och har ett klart lägre jämförelsetal än det antagna anbudet. Det kan antas att Proact skulle ha tilldelats avtal om upphandlingen hade genomförts på ett korrekt sätt.

Kommunen påstår i tilldelningsbeslutet att Proacts anbud ska diskvalificeras eftersom det vid anbudspresentationen framkommit att anbudsgivaren inte har lämnat in priser som motsvarar de krav som ställts på upphandlad tjänst. Kommunen bedömer att Proact inte har lämnat ett korrekt anbud då prisbilagan inte motsvarar hela avtalet. Av dokumentet "Skakrav" framgår (punkt 7) att det är ett obligatoriskt krav att lämna in en särskild prisbilaga på formulär som fastställts av kommunen. Enligt instruktion i Skakrav ska ifylld prisbilaga bifogas anbudet. Jämförelsetalet ska skrivas in i prisfrågan i ut-

värderingsmodellen. Proact har följt kommunens instruktioner i Skakrav punkt 7 rörande ifyllande och bifogande av prisbilagan. Det bör noteras att det endast är ljusgröna celler i prisbilagan som ska fyllas i av anbudsgivare. All övrig information är förtryckt av kommunen. Proact har lämnat samtliga efterfrågade prisuppgifter på föreskrivet sätt. Prisbilagan är således korrekt och fullständigt ifylld och kommunen saknar helt fog för åtgärden att diskvalificera anbudet. Uppgift om priset i ett anbud är för övrigt inte i sig ett sådant obligatoriskt krav som kan föranleda att anbudet förkastas i annat fall än vad som avses i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU angående onormalt låga anbud. Något sådant fall är det inte fråga om nu. På grund av det anförda ska förvaltningsrätten ingripa i upphandlingen. Rättelse bör vara en tillräcklig åtgärd eftersom felet hänför sig till kvalificeringen och det felaktiga förkastandet av Proacts anbud.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. En anbudspresentation har hållits med respektive kvalificerad anbudsgivare i syfte att säkerställa att kommunen uppfattat anbudet rätt med tanke på upphandlingens tekniska detaljer. Under anbudspresentationerna har kommunen tillsammans med respektive anbudsgivare gått igenom förfrågningsunderlaget Bilaga Skakrav samt Bilaga 1 Priser i syfte att säkerställa att båda parterna haft samma uppfattning om efterfrågat. Under anbudspresentationen med Proact framkom att Proacts anbud visserligen uppfyller samtliga ställda krav och villkor, men även att anbudspriserna i anbudets Bilaga 1 Priser inte motsvarar kostnaden för efterfrågad tjänst. I Bilaga Skakrav krav 5.10 anges att "Lösningen ska ha support för hårdvarubaserade snapshots för Hyper-V på HP 3PAR över FC, men inte uteslutande HP 3PAR." Kommunen förtydligade under anbudspresentationen att hårdvaran ska ingå i priset för tjänsten. Vidare anges i Bilaga Skakrav krav 5.4 att "Lösningen ska kunna hantera flera AD." Kommunen förtydligade även här att pris önskas för fler AD:n. Enligt Bilaga 1 Priser anges instruktioner: "Med TB-data förstås 'frontend data', d.v.s. den mängd data som ej är komprimerat/duplicerat."

Under anbudspresentationen framkom att Proacts priser motsvarar komprimerat data, vilket alltså innebär att priserna borde revideras utifrån i förfrågningsunderlaget efterfrågad tjänst, det vill säga backup-tagning av frontend data. Proact gavs möjlighet att förtydliga sitt anbud med korrekta priser utifrån i förfrågningsunderlaget givna förutsättningar. I sitt förtydligande framkom att pris för grundinstallation av Snapshot på HP 3PAR ingår i angivet pris för installation samt ett tillägg om pris för ytterligare två AD, klustrad Exchange och 2 SQL servers. Priserna motsvarar därmed fortfarande inte frontend data. Kommunen ansåg att Proact inte kunde ges möjlighet att förtydliga sitt anbud en gång till då det inte kan anses likabehandlande mot övriga anbudsgivare, vilka har prissatt enligt instruktionen om frontend data initialt.

Kommunens utgångspunkt är att förlita sig på de uppgifter som anbudsgivaren lämnar i sitt anbud. Efter begärt förtydligande konstaterade kommunen att Proact fortfarande inte uppfyllde kravet gällande vad priserna ska omfatta. Kommunens beslut baseras på den information som kommit fram under anbudspresentationen och beslutet tar hänsyn till begärt men inte inkommet förtydligande. Kommunen håller med om att prisuppgifter fyllts i på ett korrekt sätt, men priserna avser inte efterfrågad tjänst, vilket framkom under anbudspresentationen. Kommunen anser därför att anbudet är ofullständigt och har beaktat likabehandlingsprincipen genom att diskvalificera anbudet.

Proact har härefter anfört bl.a. följande. Kommunen medger således att Proacts anbud uppfyller samtliga uppställda krav och villkor och att prisuppgifterna fyllts i på ett korrekt sätt. Kommunens uppfattning är dock att anbudets priser ”avser inte efterfrågad tjänst, vilket framkom under anbudspresentationen”. Proact anser att det är oklart hur kommunens talan ska förstås. Under upphandlingsförfarandet kar kommunen på eget initiativ genomfört möten med Proact och övriga anbudsgivare. Proact har inte uppfattat att

det var fråga om en anbudspresentation. Något dylikt framgår inte heller av förfrågningsunderlaget. Proact har inte uppfattat att parterna enats om någon ny eller ändrad uppfattning av de krav kommunen ställt upp i upphandlingen. Med hänsyn till det mycket begränsade utrymmet för att göra ändringar i förfrågningsunderlaget, särskilt vid ett möte med endast en anbudsgivare närvarande, har Proact inte haft anledning att tro att de diskussioner som fördes skulle kunna tas i beaktande vid anbudsprövningen. Således var den vid mötet förda diskussionen om HP 3PAR (ska-krav 5.10) allmänt hållen och Proact uppfattade inte att kommunen hade något bestämd uppfattning i fråga om lösningen "ska ha support för hårdvarubaserade snapshots" eller att en viss hårdvara (oklart vilken) också ska ingå i priset. Den återkoppling som gjordes via e-post den 7 februari 2017 var inte komplettering av anbudet utan endast ett svar på en av kommunen vid mötet ställd fråga. Proact kan dock godta den tolkning kommunen numer gör, det vill säga att hårdvara ska ingå i priset för tjänsten. På samma sätt var diskussionen om AD (ska-krav 5.4) allmänt hållen. Proacts offererade lösning kan hantera flera AD och kravet är uppfyllt. Den fråga kommunen önskade diskutera vid mötet avsåg något annat, nämligen att ta backup på AD. Proact hade under anbudstiden ställt två frågor angående system som kräver applikationsagenter till kommunen som inte besvarades annat än att kommunen i allmänna ordalag hänvisade till förfrågningsunderlaget, där uppgiften inte fanns. Vid beräkning av anbudspriset hade Proact därför utgått från att det räcker med en licens. Vid mötet lämnade kommunen den nya och tidigare okända uppgiften att det krävs tre licenser. På kommunens begäran lämnades därför det svar på vad priset är för ytterligare två licenser. Denna prisuppgift saknar betydelse för anbudsutvärderingen. Även diskussionen om TB-data var allmänt hållen och avsåg bl.a. frontend data och backend data. Proact har inte uppfattat att kommunen begärt något förtydligande i denna del. Sammanfattningsvis är det oklart på vad sätt kommunen anser att Proacts anbud skulle strida mot något sådant obligatoriskt krav som skulle kunna föranleda att anbudet förkastas. Det framstår som ostridigt att Proact inte har försum-

mat att bifoga något bevis eller annan uppgift om offererade varor. Även för det fall att kommunens talan ska förstås så att det är oklart hur prisbilagan ska tillämpas under ett framtida leveransavtal ska förvaltningsrätten ingripa eftersom eventuella otydligheter i detta avseende är en avtalsrättslig fråga som inte kan medföra att anbudet förkastas.

Kommunen har härefter anfört bl.a. följande. Likabehandlingsprincipen innebär att alla anbudsgivare ska få samma förutsättningar. Samtliga anbudsgivare har bjudits in till anbudspresentation i syfte att säkerställa att kommunen uppfattat anbuderna rätt med tanke på tjänstens tekniska detaljer och därmed getts samma förutsättningar. Samtliga anbudsgivare har även getts möjligheten att förtydliga sina anbud utifrån vid anbudspresentationen enad uppfattning och således behandlats lika. Proacts anbud uppfyllde initialt, såvitt kommunen kunde anta, i förfrågningsunderlaget ställda krav samt har lämnat in ifylld prisbilaga. Dock framkom under anbudspresentationen att Proacts priser inte motsvarade efterfrågad tjänst med avseende på kravet att priser skulle avse frontend data, det vill säga inte komprimerat data. Proact angav under anbudspresentationen att priserna i Proacts anbud avsåg komprimerat data, vilket kommunen inte kan tolka på annat sätt än att prisbilagan inte kan anses korrekt och är därmed inte jämförbar mot andra anbud. Skulle kommunen anta icke korrekta prisbilagor, i den bemärkelsen att priserna inte till fullo avser efterfrågad tjänst, skulle det sannolikt innebära att avtal kan bli fall för hävning. Trots att anbudsgivare är bunden av sitt anbud anser kommunen att eventuella frågetecken bör redas ut innan tilldelningsbeslut fattas inom ramen för upphandlingen. Detta för att undvika eventuella problem med avtalsbrott eller diskussioner om justering av priser under avtalstiden som grundar sig i oklarheter i anbudet. Proact gavs möjligheten att återkomma med priser avseende efterfrågad tjänst. Proact återkom visserligen med förtydligande avseende andra frågeställningar men inte med justerade priser eller ett förtydligande om att priserna ska ha avsett frontend data. Kommunen utgick därför från att Proacts priser fortfarande avsåg

komprimerat data då Proact inte framfört någon annan information kring prissättningen. Kommunens bestämda uppfattning är att Proact under anbudspresentationen angav att priserna inte avsåg frontend data och att Proact skulle återkomma med korrekta priser avseende efterfrågad tjänst. Att Proact nu hävdar att sådan information inte framförts under anbudspresentationen och att Proacts anbud avser frontend data är för kommunen nya uppgifter. Uppgifter som kommer fram först i en handling i överprövningsprocessens senare del kan inte kommunen ta hänsyn till.

Proact anför härefter sammanfattningsvis att Proact bestrider att lämnat anbud inte till fullo motsvarar efterfrågad tjänst. Proacts lämnade prisuppgifter avser frontend data.

Kommunen har härefter uppgett att man vidhåller att representanter för Proact vid den anbudspresentation som hållits uttryckligen sagt att priserna inte avsett frontend data. Proact har underlåtit att svara på den del av begäran om förtydligande som avser prissättning av frontend data. Först i Proacts andra yttrande till förvaltningsrätten informerade Proact om att priserna faktiskt avsåg frontend data och därmed till fullo avsåg efterfrågad tjänst. Kommunen har fram till dess inte haft anledning att tro att Proacts uttalande om att priserna avsåg komprimerad data och alltså inte frontend data inte stämde. Eftersom Proact inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav, det vill säga kravet om prissättning enligt frontend data, vare sig före eller efter förtydligande av anbud anser kommunen att diskvalificeringen av Proacts anbud var korrekt och i enlighet med LOU.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och LOU (2007:1091) upphävdes därmed. Enligt 4 p. övergångsbestämmelserna gäller dock den upphävda lagen för sådan upphand-

ling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 och den upphävda LOU (2007:1091) är därmed tillämplig i målet.

Upphandlande myndighet 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).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets Bilaga 1 Priser anges bl.a. att anbudsgivare ska ange i tabellen pris för tjänst/funktion. Alla ska-krav ska ingå i priset. Alla ljusgröna celler ska fyllas i av anbudsgivare. Ange 0 om pris för tjänst/funktion ingår. Vidare anges att ”Med TB-data förstås ”frontend data” d.v.s den mängd data som ej är komprimerat/duplicerat”.

I Bilaga Skakrav anges:

5.4 Krav

Lösningen ska kunna hantera flera AD.

5.10 Krav

Lösningen ska ha support för hårdvarubaserade snapshots för Hyper-V på HP 3PAR över FC, men inte uteslutande HP 3PAR.”

I den tjänsteanteckning som kommunen gjort över anbudspresentationen med de tre anbudsgivarna anges följande avseende anbudsgenomgången med Proact:

”Presentation av deltagarna, kort om företaget.

Går igenom bilaga Företagspresentation. Ska-kraven går igenom. Frågetecken framkommer angående support av hårdvarubaserade Snapshot (Ska-krav 5.10). Kommunen förtydligar att hårdvaran ska ingå i installationen. Även fråga om AD uppkommer (Ska-krav 5.4). Kommunen har krävt att lösningen ska kunna hantera flera AD, leverantören anger att de räknat på ett AD. Kommunen har skrivit i prisbilagan att priser ska räknas på frontend data, men det framkommer från Proact att de räknat på duplicerat data. Leverantören ska återkomma med ny prissättning i dessa frågor.”

Proact har den 7 februari 2017 uppgett bl.a. följande i e-post till kommunen:
”Översänder enligt ök återkoppling på de två frågorna vi tog med oss från mötet igår.

1. Installation av Snapshot mot HP 3PAR
 - a. Grundinstallation av Snapshot mot HP 3PAR ingår i angivet pris för installation
2. Tillkommande Backup agenter
 - a. Priset för ytterligare två AD, klustrad Exchange och 2SQL servers är (---) SEK/månad.”.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Proact som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

En förvaltningsdomstols överprövning enligt LOU tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

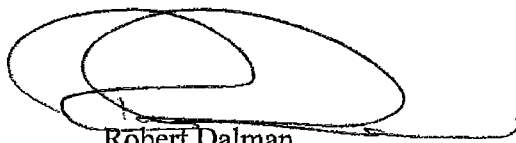
Proact har anfört att samtliga efterfrågade uppgifter har lämnats i prisbilagan på föreskrivet sätt och att kommunen därför inte haft fog för sitt beslut att diskvalificera Proacts anbud innan utvärdering. Vid det möte som hölls med kommunen efter anbudstidens utgång uppfattade Proact att man hade en allmänt hållen diskussion om. Den återkoppling Proact sedan gjorde den 7 februari 2017 innehöll svar på en av kommunen vid mötet ställd fråga. Proact uppfattade inte att kommunen begärt något förtydligande avseende frontend data. Sammanfattningsvis har Proact numera anfört att de prisuppgifter Proact lämnat i sitt anbud avser frontend data.

Kommunen har å sin sida anfört att Proacts anbud inledningsvis ansågs uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav. För att säkerställa att kommunen uppfattat anbuden rätt har en anbudspresentation hållits med de kvalificerade anbudsgivarna och att det då kom fram att Proacts priser motsvarar komprimerat data och att priserna därför borde revideras till att avse backup-tagning av frontend data. Proact gavs då möjlighet att förtydliga sitt anbud men har då enligt kommunen inte angett priser motsvarande frontend data.

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Efter anbudstidens utgång har kommunen låtit anbudsgivarna ha "anbudspresentationer" och gett två av de tre anbudsgivarna möjlighet att lämna olika förtydliganden avseende sina anbud. I den tjänsteanteckning kommunen fört över dessa möten med anbudsgivarna har kommunen antecknat att det kommit fram att Proact i sin prisbilaga räknat på duplicerat data. Proact har under målets handläggning i förvaltningsrätten uppgett att det pris som angetts i prisbilagan vid anbudstidens utgång avser pris för frontend data. Det har inte kommit fram anledning att anta att Proacts uppgift om att pris för frontend data ingår i det angivna priset skulle vara felaktig. Kommunen har också vidgått att Proacts anbud uppfyller alla ska-krav och att prisbilagan är rätt ifylld.

Oavsett vad kommunen anser har förevarit vid den så kallade anbudspresentation konstaterar förvaltningsrätten att det, trots oklarheter i vad som efterfrågats och vad anbudet innehållit, i vart fall numera kommit fram att Proacts anbud redan då det lämnades in vid anbudstidens utgång innehöll efterfrågade priser för frontend data. Förvaltningsrätten konstaterar också att Proact är bunden av sitt anbud till och med en månad efter den tid då denna överprövning avslutats genom lagakraftvunnen dom (se förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter 1.10). Det har därför numera kommit fram att det inte föreligger skäl att förkasta Proacts anbud på den grund att anbudet varit inkomplett och innehållit felaktiga eller otillräckliga uppgifter avseende front end data. Till följd av detta har Proact lidit eller riskerat att lida skada, varför det finns skäl för förvaltningsrätten att ingripa. Då felet inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd. Förvaltningsrätten ska därför förordna om rättelse på så sätt att anbudet från Proact inte utesluts innan utvärdering.

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



Robert Dalman

rådman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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 kapitler i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

