



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-04-08
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4-13 E
Enhet 2

SÖKANDE

Gammadata Instrument AB, 556296-3503

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

MOTPART

Uppsala Universitet, Avd för IT och Inköp
Box 887
751 08 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2013 -04- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 85928

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

Telefax
018-16 73 43
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Uppsala universitet har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av ett Ramansystem till institutionerna för teknikvetenskap och kemi vid Uppsala universitet, UH 2012/65. I tilldelningsbesked den 20 december 2012 meddelades att Kagaku Analys AB (K-analys) tilldelas kontrakt.

YRKANDEN

Gammadata Instrument AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse vidtagits. Rättelsen ska bestå i dels att anbudet från K-analys förkastas och utesluts från anbudsutvärderingen, dels att ny anbudsutvärdering görs och ett därpå följande nytt tilldelningsbeslut fattas där bolagets anbud antas. I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska göras på så sätt att ny anbudsutvärdering vidtas där bolaget tillerkänns 14 poäng och K-analys 13 poäng varpå ett nytt tilldelningsbeslut fattas där bolagets anbud antas. I tredje hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Universitetet yrkar i första hand att bolagets ansökan ska lämnas utan bifall. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen genomförts i strid med LOU yrkar universitetet att upphandlingen ska göras om.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till grund för sin talan. Universitetet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU, samt de EU-rättsliga regler som lagen grundas på, genom att inte förkasta K-analys anbud utan istället utvärderat detta trots att det uppenbarligen inte uppfyller de skallkrav som universitetet ställt upp i förfrågningsunderlaget. Eftersom bolaget varit enda kvalificerade anbudsgivare och rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet har bolaget lidit eller kan komma lida skada genom universitetets handlande. K-analys uppfyller inte samtliga skallkrav som anges i den tekniska specifikationen avseende att systemet ska vara förenat med tolv

månaders fabriksgaranti och att garantiperioden beräknas från dagen när systemet godkänts. Att inte förkasta K-analys anbud, trots att det inte uppfyller skall-kravet, strider mot såväl förutsebarhets- och likabehandlingsprincipen som huvudregeln om affärsmässighet. Universitetet har efter det första tilldelningsbeslutet ställt en fråga till K-analys avseende bör-kravet i den tekniska specifikationen om 24 månaders garanti. K-analys ändrade av naturliga skäl därefter sitt tidigare i anbudet givna och preciserade svar till att 24 månaders garanti nu även gällde för lasrarna. Möjligheten att begära förtydligande och kompletteringar enligt 9 kap. 8 § LOU är en undantagsregel och ska således tillämpas restriktivt. Det aktuella förtydligandet har begärts för sent och det har heller inte på något sätt läkt bristen avseende skall-kravet i punkt 4.3 då den angivna timbegränsningen fortfarande kvarstår. Det begärda förtydligandet har avsett en uppgift vilket redan i K-analys anbud angivits med precisering och ett tillåtande av detta innebär en särbehandling av K-analys. K-analys har lämnat en klar och tydlig reservation avseende garantin i sitt anbud och reservationen har markerats på två ställen i anbudet. Det följer av allmänna avtalsrättsliga principer att mera preciserade bestämmelser och formuleringar normalt äger företräde vid tolkning av avtal. Den omständigheten att K-analys svarat "Comply" vid punkt 4.3 i den tekniska specifikationen kan inte tolkas på annat sätt än att K-analys godkänner garantikravet med den på övriga ställen i anbudet preciserade reservationen. Det kan således ifrågasättas om de uppgifter K-analys lämnat kan anses som motstridiga. Reservationen är preciserad och inte motstridig med några andra uppgifter i K-analys anbud. Efter det begärda men rättsstridiga förtydligandet tilldelades K-analys en poäng i utvärderingen. Av samma skäl som anförts ovan ska K-analys rätteligen inte heller tilldelas bör-poäng för den i punkt 4.4. efterfrågade 24 månaders garantin.

I utvärderingsbilaga 1 punkt 3.16 b har bolaget tilldelats 1 poäng eftersom universitetet bedömde att bolaget uppfyllde kravet i den tekniska specifi-

kationen punkt 3.16 b. Efter att det första tilldelningsbeslutet förkastats begärde universitetet att anbudsgivararna skulle beskriva eller visa genom en tekniska manual hur detta fungerade. Bolaget valde att inte svara på denna fråga eftersom någon sådan beskrivning inte krävts i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, bolaget redan hade svarat på detta krav i sitt anbud och eftersom bolaget redan bedömts uppfylla detta krav. Genom att begära ett förtydligande och i efterhand frånta bolaget en poäng bryter universitetet även mot den grundläggande regeln om transparens. Den bristfälliga utformningen av kravet i punkt 3.16 b kan inte läkas på det sätt universitetet önskar utan att samtidigt bryta mot de grundläggande principerna i LOU. Bedömningen som universitetet gjorde i utvärderingsbilaga 1 ska således kvarstå.

Universitetet anför bl.a. följande till grund för sin talan. Universitetet ställde den 3 december 2012 ett antal frågor till anbudsgivarna med anledning av vissa oklarheter i deras respektive anbud. Efter det första tilldelningsbeslutet skickats inkom synpunkter från båda anbudsgivarna vilka fick universitetet att ifrågasätta vissa punkter i utvärderingen. Med anledning av detta ställdes en ny omgång frågor, den 11 december 2012, till anbudsgivarna för att ytterligare förtydliga de svar som getts i deras respektive anbud. Det kan härvid nämnas att universitetet ställt samma frågor till båda anbudsgivarna, så när som på en fråga som endast ställdes till K-analys i den första omgången frågor den 3 december 2012. Den andra omgången frågor ställdes innan universitetet fick vetskap om bolagets intentioner att överpröva det första tilldelningsbeslutet. I svarsmallen till sitt anbud har K-analys angett att det uppfyller kraven i punkt 4.3 och 4.4. Vid en närmare granskning av anbudet fann universitetet motstridiga uppgifter gällande garantitiden, de uppgifter som bolaget hänvisar till i sin ansökan om överprövning. Att anbudsgivare lämnar motstridiga uppgifter i sina anbud är inget ovanligt, särskilt när det gäller sådana standardvillkor avseende exempelvis garantitider och betalningsvillkor som anbudsgivaren

använder sig av. I den aktuella upphandlingen har K-analys tydligt angett i svarsbilagan att kraven i punkterna 4.3 och 4.4. uppfylls. K-analys har i sitt anbud tydligt svarat att man uppfyller kraven i punkterna 4.3 och 4.4 genom att svara "Comply". Detta kan inte tolkas på annat sätt än att skallkravet är läst och accepteras. Universitetet anser att detta ytterligare understryks av att K-analys vid texten "Comply" inte lagt till någon hänvisning till texten i deras standardvillkor eller någon annan reservation angående garantitiden. K-analys har dock även, som universitetet ser det, skickat med sina standardvillkor gällande garantitider, vilket bolaget hänvisar till i sin ansökan om överprövning. Med anledning av dessa motstridiga uppgifter har universitetet ställt en fråga till K-analys och bett det förtydliga sitt anbud enligt 9 kap. 8 § LOU. K-analys har därvid svarat att det erbjuder 24 månaders garanti. Denna fråga ställdes och svar erhöles innan det första tilldelningsbeslutet meddelades i motsats till vad bolaget anför. Universitetet anser att frågan har kunna ställas utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning då det endast rörde sig om ett förtydligande av redan lämnade uppgifter. K-analys har inte lämnat några nya uppgifter avseende garantitid utan endast preciserat att det är det svar som lämnats i svars-mallen som gäller, dvs. 24 månaders garanti på alla delar. Vad gäller frågan om huruvida garantitiden gäller från leverans eller från datum för acceptanstest är detta inget som påverkar uppfyllandet av kravet då det inte är ett skall-krav. Universitetet har haft rätt att kvalificera samt utvärdera K-analys anbud då det uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. Universitetet anser vidare att den poängtilldelning som skett är korrekt då K-analys uppfyller bör-kravet på 24 månaders garantitid.

Universitetet har visserligen gett bolaget poäng för bör-kravet i punkt 3.16 b i den första utvärderingen. Detta var dock efter viss tveksamhet. Bolaget har endast kryssat i rutan att man uppfyller kravet. Någon ytterligare information angående detta krav finns inte i bolagets anbud. Universitetet bad därför bolaget, och dess konkurrent, att ytterligare förtydliga hur kra-

vet uppfylldes. Bolaget valde dock att inte svara på förfrågan. Mot bakgrund av den tveksamhet som fanns inför det första tilldelningsbeslutet, utformningen av kravet samt bristen på information som visar att kravet är uppfyllt valde universitetet att inte tilldela bolaget någon poäng för detta krav i den nya utvärderingen. Bolaget har anfört att universitetet inte haft någon rätt att kräva en specificering av bolaget. Universitetet vill i detta hänseende hänvisa till punkterna 2.2.4, 2.2.5 och 2.2.7 i dokumentet request for tender. Av dessa punkter framgår vad som gäller kring specificering av ställda krav i upphandlingen. I det aktuella fallet ställdes samma frågor till båda anbudsgivarna, varför det enligt universitetets mening inte torde vara fråga om särbehandling. Vidare ställdes frågan för att ge bolaget en möjlighet att förtydliga sitt redan lämnade svar då universitetet är mycket mån om att tillvarata den konkurrens som finns på marknaden. Universitetet anser att det aktuella kravet är tydligt utformat samt att det framgår av övriga delar av förfrågningsunderlaget att specificeringen kan efterfrågas. Anledningen till att en fråga ställts angående kravet är att bolagets svar inte har stöd i övriga delar av dess anbud. Universitetet anser sammanfattningsvis att upphandlingen skett i enlighet med LOU samt med beaktande av de gemenskapsrättsliga principerna.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har i målet att ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot universitetets upphandling i anledning av de grunder bolaget har anfört.

Den första fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om K-analys anbud uppfyller skall-kravet i punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget samt om universitetets begäran om förtydligande enligt 9 kap. 8 § LOU är tillåten enligt LOU.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt förarbetena ska bestämmelsen tillämpas restriktivt (prop. 2006/07:128 s. 377). Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. En tidigare lämnad uppgift kan på så sätt kompletteras eller förtydligas utan att den upphandlande enheten behöver inleda förhandlingar med anbudsgivarna. Av doktrin följer att innebörden av begreppen förtydliga och komplettera förutsätter att det redan finns uppgifter som kan förtydligas eller kompletteras (Falk, "Lag om offentlig upphandling – en kommentar", s. 302).

I målet är det ostridigt att K-analys anbud innehöll motstridiga uppgifter avseende garantitid för offererat system. K-analys har i sitt anbud svarat att det uppfyller skall-kraven i punkt 4.3 och 4.4 i förfrågningsunderlaget avseende garantitid genom att svara "Comply". Under punkt 5 i sitt anbud har dock K-analys uppgett garantitider som inte uppfyller skall-kraven i punkt 4.3 och 4.4 i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det inte att uppgifterna under punkt 5 i K-analys anbud är reservationer i förhållande till den efterfrågade garantitiden utan dessa får anses vara motstridiga uppgifter i förhållande till de som lämnats avseende punkt 4.3 och 4.4 i förfrågningsunderlaget. Att en upphandlande myndighet, som har skäl att misstänka att en lämnad uppgift i anbudet är felaktig, på sådant sätt som universitetet har gjort, kontaktar en anbudsgivare för ett förtydligande kan i sig inte anses innebära särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det har således inte varit fråga om en otillåten komplettering utan ett förtydligande av redan existerande uppgifter. I förtydligandet den 5 december 2012 har K-analys uppgett att anbudet omfattar en garantitid på 24 månader för alla delar. K-analys anbud uppfyller därmed skall-kraven i punkt 4.3 och 4.4. i förfrågningsunderlaget och således saknas skäl att förkasta anbudet på denna grund. K-analys ska av samma anledning även

tillerkännas en poäng i utvärderingen av kravet. Universitetet kan inte anses ha brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller annan bestämmelse i LOU i detta avseende.

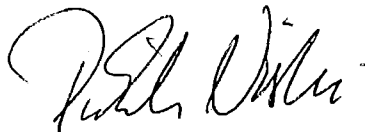
Den andra frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om universitetet utvärderat bolagets anbud i strid med transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har gjort gällande att dess anbud uppfyller kravet i punkt 3.16.b i förfrågningsunderlaget och att universitetet felaktigt fråntagit bolagets anbud en poäng vid utvärderingen av det aktuella kravet i samband med det andra tilldelningsbeslutet.

Av punkt 2.2.4, 2.2.5 och 2.2.7 i dokumentet request for tender framgår att anbudsgivare ska svara om varje krav är uppfyllt och specificera hur det erbjudna systemet uppfyller kraven i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är kraven klara och tydliga och det strider därmed inte mot transparensprincipen att efterfråga hur visst krav uppfylls. Både bolaget och K-analys hade i sina anbud kryssat i att deras respektive anbud uppfyllde kravet i 3.16 b i förfrågningsunderlaget utan att närmare ange på vilket sätt. Genom en förfrågan begärde universitetet ett förtydligande av anbudsgivarna hur de uppfyllde kravet. Universitetet ställde samma frågor till båda anbudsgivarna. Bolaget valde att inte besvara universitetets förfrågan medan K-analys inkom med svar. Bolaget kan därmed inte anses ha visat att dessa anbud uppfyller kravet i 3.16 b i förfrågningsunderlaget. I målet har inte heller framkommit annat än att K-analys anbud uppfyller det aktuella kravet efter att ha besvarat universitetets förfrågan. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget inte visat att universitetet brutit mot transparensprincipen i detta avseende.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att universitetet brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller annan bestämmelse i LOU i den aktuella upphandlingen. Det

saknas därför skäl för förvaltningsrätten att vidta åtgärd enligt 16 kap. 6 §
LOU. Bolagets ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1ALOU)



Per-Erik Nistér

rådman

Målet har handlagts av Martin Bäckström.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU