



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2015-10-16
Meddelad i
Umeå

Mål nr
662-15

SÖKANDE

Bruger AXS Nordic AB, 556310-6409
Vallgatan 5
170 67 Solna

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Umeå universitet
901 87 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-10-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 54382

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå universitet (UmU) genomför med användning av öppet förfarande en upphandling av diffraktometer och har beslutat att anta det anbud som lämnats av PANalytical BV. Vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit, från PANalytical BV och Bruker AXS Nordic AB.

Bruker AXS Nordic AB (Bruker) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar därvid att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från PANalytical BV diskvalificeras.

UmU motsätter sig bifall till ansökan.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets dokument Skall-krav anges bl.a. följande.

Detta dokument är en kopia på upphandlingens elektroniska skallkravsformulär. Skallkravsformuläret ska besvaras elektroniskt genom att du klickar på knappen Lämna anbud som du finner till vänster i annonsen eller inbjudan på www.e-avrop.com.

Krav 1.3

All must-requirements stated in the document including technical specification must be fulfilled.

I förfrågningsunderlagets dokument Must requirements for powder diffractometer anges bl.a. följande krav

The system must have automatic, real-time component recognition and configuration as well as conflict detection for all beam bath components:

- Failure-safe operation thanks to automatic, real-time validation of components.

- Automatic, real-time detection of missing or unsuitable components.

Ovan angivna krav har, enligt av förvaltningsrätten beställd översättning av den av UmU bifogade bilagan till sitt svar på Brukers ansökan om överprövning, översatts till följande lydelse på svenska:

Systemet måste ha igenkänning och konfigurering av komponenter som sker automatiskt, i realtid, såväl som konfliktidentifiering för alla strålbane-komponenter:

- Felsäker användning, tack vare automatiskt godkännande av komponenter i realtid.
- Automatisk upptäckt, i realtid, av saknade eller olämpliga komponenter.

Parternas anföranden

Bruker anför bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget innehåller bl.a. följande krav: "The system must have automatic, real-time component recognition... (komplett lydelse av kravet återges ovan under rubriken Förfrågningsunderlaget.

PANalyticals anbud innehåller inte någon beskrivning av den kravställda funktionen. Detta beror på att den diffraktometer som offererats inte har den efterfrågade funktionen. I anbudet har PANalytical tydligt beskrivit de funktioner som den offererade diffraktometern har. En enkel genomläsning av anbudet ger därvid vid handen att den i skall-kravet efterfrågade funktionen inte finns. Därmed uppfyller PANalyticals anbud inte det i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kravet. Anbudet ska därför rätteligen diskvalificeras och inte tas med till utvärdering.

Den lösning som PANalytical offererat uppfyller inte skall-kraven avseende möjlighet till mätningar i realtid. Enligt vad som sägs i bilaga till yttrande från UmU är det tydligt att man gjort en helhetsbedömning av anbuden och därvid tillmätt priset större betydelse än de i förfrågningsunderlaget upp-

ställda skall-kraven. Att mäta något i realtid innebär att mätningen sker och redovisas direkt, utan fördröjning. Av texten i PANalyticals anbud framgår att kravet på realtidsmätning inte uppfylls för annat än ”optiska komponenter”, vilket lämnar stora delar av skall-kravställningen utanför.

I bilaga till yttrande påstår UmU att skall-kravet tillgodoses genom att ”optiska komponenter kontrolleras i realtid”. Såsom framgår av kravets utformning omfattas ”all beam bath components”. Flertalet komponenter är inte optiska. Vidare är den omständigheten att optiska komponenter kontrolleras i realtid något annat än skall-kravet avseende ”automatic, real-time component recognition and configuration”, vilket alltså innefattar igenkänning och konfiguration i realtid, inte endast kontroll. Det framgår av det UmU säger om PANalyticals anbud att detta skall-krav inte uppfylls. Bruker hänvisar till en genomläsning av text (med något mindre teckenstorlek, på sidan 3-4) i bilagan till yttrandet och till PANalyticals anbud.

Vidare påstår UmU i bilaga till yttrande att det framgår av PANalyticals tekniska specifikation att ”olämpliga optiska komponenter och mätvillkor avvisas i ett urvalsschema i flera nivåer”. Såsom skall-kravet är utformat ska sådan avvisning ske i realtid. Av PANalyticals anbud och vad UmU säger i bilaga till yttrande framgår att avvisningen sker enligt ett schema och inte i realtid. Även på denna punkt framgår det av vad UmU säger i bilaga till yttrande att skall-kravet inte uppfylls av den lösning som PANalytical offererar.

UmU anger vidare att ”DataCollector har lagrat hela katalogen av alla delar och deras karaktäristika, från minsta reva till olika provstadier”. Av skall-kravsformuleringen framgår att sådan lagring ska göras i realtid. Inte heller detta krav uppfylls av PANalyticals lösning, som istället fordrar manuell input vilket är långt ifrån skall-kravet på realtid. Denna omständighet kom-

menteras inte av UmU som endast hänvisar till den tekniska beskrivningen att informationen, när den väl finns i katalogen, kan kommas åt i realtid.

Slutligen avviker UmU från kravet på hantering i realtid när man beskriver byte av applikation. I bilaga till yttrande anges följande, hämtat från de tekniska dokumenten avseende PANalyticals offererade lösning: "När du vill byta från en applikation till en annan finns en guide som vägleder dig, steg för steg på ett användarvänligt sätt." Eftersom det även i denna del fordras manuell input kan kravet på realtid inte uppfyllas.

Generellt kan sägas att prövning av uppfyllnad av skall-krav ska utgå från huruvida de beskrivningar som lämnas i anbudet uppfyller de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. I den aktuella upphandlingen framgår av anbudet från PANalytical att det inte uppfyller en rad uppställda skall-krav. Den omständigheten att PANalytical på ett övergripande plan angett att samtliga skall-krav uppfylls är därmed motbevisat av vad som anges i anbudet. Rätteligen måste de uppgifter som PANalytical lämnar i sina anbudsbeskrivningar tillmätas betydelse, vilket medför att anbudet inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav.

Om det hade varit såsom UmU påstår att anbudsgivarna haft olika tekniska lösningar för att uppfylla skall-kraven hade det varit godtagbart. Det är emellertid så att anbudet från PANalytical inte uppfyller ett antal skall-krav, såsom skall-kravet avseende realtidsmätning av samtliga i offererad differometer ingående komponenter.

Hur de i målet aktuella skall-kraven har formulerats framgår av förfrågningsunderlaget. Bruker har bevisat att kraven har uppställts samt hur kraven formulerats språkligt. Att anbudet från PANalytical inte uppfyller de ifrågavarande skall-kraven framgår av genomläsning av anbudet. Bevisningen i denna del utgörs därmed av anbudet och av det som inte står i an-

budet. Anbudet visar att den diffraktometer som PANalytical offererar inte uppfyller de aktuella skall-kraven. Bruker har fullgjort den bevisbörda som enligt upphandlingsrätten åvilar sökande.

UmU:s handlande i strid mot LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att Bruker riskerar att lida skada. Bruker riskerar att gå miste om möjligheten till försäljning vilken uppgår till omfattande belopp.

UmU anför bl.a. följande.

Efter genomgång av handlingarna i ärendet har även AT, forskare i fysik och beställare, gjort en bedömning i sak av Brukers ansökan, se bifogad bilaga till UmU:s svar på ansökan.

UmU har noggrant studerat den detaljinformation som erhållits från båda anbudsgivarna och kan inte se att den diffraktometer som erbjudits av PANalytical inte skulle uppfylla de skall-krav som ställts i kravspecifikationen. Båda produkterna tillhandahåller tekniska lösningar som uppfyller de aktuella skall-kraven. Brukers argument går snarare ut på att visa fördelarna med deras tekniska lösning än att skall-kravet inte är uppfyllt av PANalytical. UmU har valt det anbud som uppfyller skall-kraven till lägst kostnad.

PANalytical har också i sitt anbud uttryckligen sagt att alla skall-krav är uppfyllda.

Vad UmU menar i bilaga till sitt svar på ansökan är att båda företagen uppfyller skall-kraven och att det inte är rimligt att diskvalificera något av dem för att deras tekniska lösning, dvs. hur de gör för att uppfylla skall-kraven ifråga, skiljer sig åt.

Ett av flera exempel på hur Brukers yttrande är anmärkningsvärt felvinklat är att ett av skall-kraven avser "all beam bath components", inte "all components" som Bruker påstår. Bruker anger i det fallet endast första delen av skall-kravet när de för ett resonemang om uppfyllande av skall-krav.

Bruker har inte visat att PANalytical inte uppfyller skall-kraven eller att UmU på något annat sätt brutit mot de grundläggande principerna vid offentlig upphandling eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

AT uppger i bilaga till UmU:s svar bl.a. följande.

Efter att ha tagit del av Brukers yrkande studerades den detaljerade information som tillhandahållits av båda företagen och de anser inte att den diffraktometer som PANalytical erbjuder inte uppfyller skall-kraven. PANalytical uppgav uttryckligen i sitt anbud att alla skall-krav uppfylls. Innan beslut togs studerade de den tekniska information som PANalytical på deras begäran tillhandahållit och de drog slutsatsen att alla skall-krav uppfylls. Efter att ha omprövat alla argument bekräftas nu denna slutsats. Båda diffraktometrarna tillhandahåller tekniska lösningar på de omdiskuterade skall-kraven. En analys av de argument som framförts av Bruker visar att de framhåller fördelarna med sina egna tekniska lösningar på skall-kraven, inte att PANalytical inte uppfyller kraven.

Båda systemen uppfyller kravspecifikationen som gäller kvaliteten på insamlad data (det viktigaste), miljövillkoren för datainsamlingen (uppvärmning/nedkylning) och möjliga geometrier för datainsamling. Båda företagen erbjuder metoder som minimerar risken för skada när komponenterna ersätts och erbjuder lösningar för bättre och mer felsäker användning av utrustningen.

Vad som möjligen kan diskuteras är den exakta betydelsen av "felsäker", "automatisk" och "realtid". Bruker kan möjligen hävda att dessa begrepp inte förklarades tillräckligt detaljerat i kravspecifikationen. I så fall bör skall-kraven skrivas om och upphandlingsprocessen göras om. Att diskvalificera PANalytical bara för att deras förståelse av de här begreppen är en något annan och för att de föreslår en annan teknisk lösning är inte rimligt.

Nedan tillhandahålls PANalyticals tekniska information, vilken klargör hur det omtvistade skall-kravet uppfylls i deras system:

"DataCollector, PANalyticals programvara för dataförvärv, från vilken diffraktometern kontrolleras, bygger på felsäker teknologi med realtidskontroll av optiska komponenter. De elektriskt sammankopplade optiska komponenterna kontrolleras i realtid för att säkerställa den bästa möjliga felsäkra användningen. Olämpliga optiska komponenter och mätvillkor avvisas i ett urvalsschema i flera nivåer.

Vidare kan man i DataCollector SW enkelt iordningställa alla relevanta applikationsexperiment innan eller i samband med experimenten. DataCollector har lagrat hela katalogen av alla delar och deras karaktäristika, från minsta reva till olika provstadier. All denna information kan tas fram i realtid. PANalyticals felsäkra föruppriktningskoncept för utbytbara optiska komponenter, kallat PreFIX, garanterar ett pålitligt system utan kompromisser. PreFIX står för föruppriktade snabba utbytbara röntgenmoduler och är PANalyticals beprövade (>15 år och >1000 installerade system) ägarkoncept som innebär att ditt diffraktionssystem blir flexibelt, snabbt och framtidssäkert. När du vill byta från en applikation till en annan finns en guide som vägleder dig, steg för steg på ett användarvänligt sätt. Det har ett felsäkerhetssystem som automatiskt varnar vid varje avvikelse mellan instrumentets "rådande" tillstånd och den önskade instrumentkonfigurationen. På det viset undviks oförenligheter och olämpliga kombinationer av komponenter, och komponenterna registreras automatiskt i datafilen (open source xrdml-fil). Detta gäller alla strålbane-komponenter."

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).

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).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det normalt sett ankommer på den sökande i ett upphandlingsmål att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Bruker menar att det vinnande anbudet från PANalytical rätteligen borde ha förkastats då offererad diffraktometer enligt Bruker inte uppfyller följande skall-krav:

Systemet måste ha igenkänning och konfigureringskomponenter som sker automatiskt, i realtid, såväl som konfliktidentifiering för alla strålbane-

- Felsäker användning, tack vare automatiskt godkännande av komponenter i realtid.
- Automatisk upptäckt, i realtid, av saknade eller olämpliga komponenter.

Förvaltningsrätten kan konstatera att frågeställningar i målet utgörs av tekniskt komplicerade frågor. Enligt förvaltningsrättens mening torde det då kunna krävas att den sökande ännu tydligare än i andra upphandlingsmål klargör och utvecklar påstådda felaktigheter i upphandlingen.

Som stöd för sin inställning hänvisar Bruker till av UmU bifogad bilaga till sitt svar på ansökan om överprövning och till PANalyticals anbud, såvitt får förstås till såväl vad som sägs och inte sägs i anbudet.

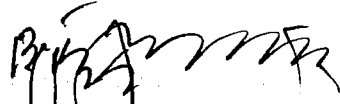
Förvaltningsrätten noterar att det i förfrågningsunderlaget inte krävts att anbuden ska innehålla beskrivningar eller annat material som visar att offererad diffraktometer uppfyller ställda skall-krav. Avsaknad av sådana beskrivningar i anbudet kan inte heller i sig tas som stöd för att de ifrågasatta skall-kraven inte är uppfyllda, särskilt som PANalytical i anbudet angett att samtliga skall-krav är uppfyllda.

Vidare framgår det enligt förvaltningsrättens mening inte av vad som faktiskt sägs i anbudet eller i den av UmU bifogade bilagan till sitt svar på Brukers ansökan att de aktuella skall-kraven inte uppfylls. Härvid kan bl.a. noteras att det i skall-kravet anges "all beam bath components" eller "alla strålbanelementer" och således inte "alla komponenter". Utifrån den i bilagan återgivna tekniska informationen kan vidare inte dras någon entydig slutsats att kraven hänförliga till realtid inte skulle vara uppfyllda. UmU uppger också att den exakta betydelsen av "realtid", "automatisk" och "felsäker" kan diskuteras. Det bör i sammanhanget även noteras att den upphandlande myndigheten måste anses ha ett visst tolkningsföreträde beträffande skrivningar i det egna förfrågningsunderlaget.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten det inte klarlagt att anbudet från PANalytical inte uppfyller de ifrågasatta skall-kraven. Mot bakgrund härav, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Bruker medför att

upphandlingen kan anses strida mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, ska ansökan om överprövning avslås.

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



Björn Johansson
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



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 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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