



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
 2013 -06- 2 4
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3506-13

SÖKANDE

Ampegon AG
 Spinnereistrasse 5
 CH-5300 Turgi
 Schweiz

MOTPART

MAX IV Laboratoriet, Lunds Universitet

Ombud: advokaten Anders Boquist
 MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2013 -06- 2 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ampegon AG:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 159322

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

MAX IV Laboratoriet, Lunds Universitet (MAX IV Laboratoriet) genomför en upphandling av ”storage rings high power RF plants” (MAX 2012/179). Av tilldelningsbeslut daterat den 26 mars 2013 framgår att MAX IV Laboratoriet beslutat att tilldela Electrosys kontrakt i del 1, Glynwed i del 2 samt Exir i del 3 och 4.

SÖKANDENS YRKANDE OCH ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Ampegon AG ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser del 1 (package 1, transmitters) och yrkar att upphandlingen rättas i denna del på så sätt att anbudet från Electrosys diskvalificeras och att anbudet från Ampegon AG antas. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

MAX IV Laboratoriet har i den nu aktuella upphandlingen (MAX 2012/179) helt ändrat tilldelningskriterium i förhållande till den tidigare avbrutna upphandlingen (MAX 2012/145). Anledningen till att den tidigare upphandlingen avbröts var att i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterier inte var viktade. I stället för att vikta tidigare angivna kriterier har MAX IV Laboratoriet i den nya upphandlingen ändrat tilldelningskriteriet till lägsta pris. Anbudsgivarnas tekniska förslag hade redan utarbetats vid tidpunkten för beslutet att avbryta den tidigare upphandlingen. Det har därför inte varit möjligt för anbudsgivarna att i någon större utsträckning justera anbudspriserna, utan att behöva göra ett nytt tekniskt förslag.

MAX IV Laboratoriet har i den nu aktuella upphandlingen även ändrat de tekniska kraven på ett sätt som innebär att ”solid-state”-lösningar inte accepteras, vilket innebär att anbudsgivare som offererar sådana lösningar exkluderas från den nu aktuella upphandlingen.

Enligt aktuellt förfrågningsunderlag, punkt 1.6.3.1.4, ska varje anbudsgivare styrka sin tekniska kapacitet genom att tillhandahålla minst tre referenser som visar att man levererat "RF power systems" eller delar till "synchrotrons" eller liknande anläggningar de senaste fem åren. Electrosys, den anbudsgivare som tilldelats kontrakt i del 1 (Package 1, transmitters), uppfyller inte detta kvalificeringskrav.

Electrosys har lämnat fyra referenser. Referens 2 är dock inte ett godtagbart bevis enligt förfrågningsunderlagets punkt 1.6.3.1.4 eftersom referensobjektet har levererats i maj 2006, vilket är utanför angiven tidsram omfattande de senaste fem åren. Att kunden, Elettra-Sincrotrone Trieste, i brev intygar att systemet fungerar väl gör inte referensen godkänd. Systemet har fortfarande levererats före de fem senaste åren. Dessutom ska upphandlande myndighet bortse från detta brev eftersom det är daterat den 13 februari 2013, vilket uppenbart är efter sista datum att lämna in anbud, d.v.s. den 28 januari 2013. Referens 3 är inte heller ett godtagbart bevis då även detta referensobjekt har levererats utanför angiven tidsram. Referensobjektet har slutlevererats i november 2007, vilket är före den efterfrågade tidsperioden som startar fem år före sista datum för att lämna in anbud, vilket enligt förfrågningsunderlagets punkt 1.7.3 är den 28 januari 2013.

MAX IV Laboratoriet argumenterar för att de senaste fem åren ska förstås som åren före år 2012. Detta är enligt Ampegon AG en missuppfattning. De senaste fem åren ska räknas bakåt från december 2012, d.v.s. de fem åren startar i december 2007, vilket är exakt fem år före annonsering och publicering av förfrågningsunderlaget. Detta är den enda korrekta tidsberäkningen utifrån den angivna ramen om de fem senaste åren. Ampegon AG accepterar att uttrycket "last 5 years" kan tolkas på olika sätt. Om de senaste fem åren skulle tolkas som de fem senaste föregående åren, före år 2012, skulle detta innebära att perioden för godkända referenser skulle förlängas med ytterligare 11 månader, vilket skulle resultera i nästan sex år.

MAX IV Laboratoriet definierar inte "5 years" i förfrågningsunderlaget. Ampegon AG vidhåller att "last 5 years" ska räknas bakåt från december 2012. Alla andra sätt att beräkna dessa "last 5 years" skulle leda till en annan, längre, tidsperiod än fem år, vilket skulle stå i motsatsförhållande till den i förfrågningsunderlaget angivna tidsperioden om fem år.

Referens 3 och 4 kan inte heller anses utgöra godtagbara bevis på grund av att referenserna inte avser en liknande produkt som den efterfrågade produkten, såsom den specificeras i förfrågningsunderlaget, MAX 2012/179.

Referenser krävs för att styrka teknisk och yrkesmässig kapacitet hos potentiella leverantörer. Genom att kräva referenser kan upphandlande myndigheter skydda sig mot leverantörer som inte har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för det som efterfrågas. Referenserna måste därför avse produkter eller system som liknar efterfrågad produkt eller system när det gäller teknik och komplexitet. Den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för det system som är aktuellt i upphandlingen framgår av bifogade "Technical Note". Dessutom framgår vilken teknisk och yrkesmässig kapacitet som krävs för att leverera de produkter eller system som Electrosys referenser avser. Av listan framgår tydligt att Electrosys referenser 3 och 4 inte visar att bolaget har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för det system som nu upphandlas. MAX IV Laboratoriet hävdar att färdigheterna som Ampegon AG listat i "Technical Note" inte utgör krav enligt förfrågningsunderlaget. Detta är inte riktigt. De listade färdigheterna är härledda från den tekniska specifikationen som publicerats av MAX IV Laboratoriet såsom bilaga "MAX IV storage rings high power RF plants specification RFHB_TSS002 Revision-4".

Med beaktande av ovan anförda omständigheter kan Electrosys inte kvalificera sig som en potentiell leverantör i upphandlingen.

UPPHANDLANDE MYNDIGHETS INSTÄLLNING OCH ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

MAX IV Laboratoriet bestrider Ampegon AG:s talan och anför bl.a. följande. Som första grund för ansökan anför Ampegon AG att anbudspriset i upphandlingen MAX 2012/179 inte kunde ha justerats i någon stor utsträckning eftersom det tekniska förslaget vid tiden för beslutet att avbryta upphandlingen MAX 2012/145, d.v.s. den 23 november 2012, redan var klart och en justering av priset skulle medföra att ett tekniskt förslag skulle behöva upprättas än en gång. Enligt MAX IV Laboratoriet innefattar detta påstående inte någon grund för överprövning. Ampegon AG har haft samma förutsättningar som övriga leverantörer att lämna anbud i upphandlingen MAX 2012/179. Det förhållandet att Ampegon AG valt att inte omarbete sitt anbud och valt att inte justera sitt anbudspris med hänsyn till att lägsta pris angetts som utvärderingskriterium i upphandlingen MAX 2012/179 innebär inte att MAX IV Laboratoriet brutit mot bestämmelserna i LOU eller de för offentlig upphandling grundläggande principerna.

Som andra grund för ansökan anför Ampegon AG att de tekniska kraven i upphandlingen MAX 2012/179, innebärande att "solid state" lösningar inte accepteras, utesluter anbud från leverantörer som erbjuder sådana lösningar. Inte heller detta påstående utgör grund för överprövning. För det första är det den upphandlande myndigheten som, inom ramen för vad som följer av LOU och de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bestämmer vad som ska upphandlas. För det andra har Ampegon AG, tillsammans med ytterligare fyra leverantörer, faktiskt lämnat anbud som innefattar en annan lösning och som således uppfyller de ställda tekniska kraven. Kraven har alltså varken avhållit Ampegon AG eller de övriga fyra anbudsgivarna från att lämna anbud avseende "Del 1" i upphandlingen. Ampegon AG har inte och kan inte heller komma att lida skada på den

grunden att s.k. "solid state" lösningar inte uppfyller de i upphandlingen ställda tekniska kraven.

Som tredje grund för ansökan anför Ampegon AG att den leverantör som tilldelats kontraktet avseende "Del 1" inte har lämnat uppgifter till styrkande av att leverantören ifråga under de senaste fem åren levererat "RF power systems" eller delar till "synchrotrons" eller liknande anläggningar. Den leverantör som tilldelats kontrakt har till sitt anbud fogat information avseende tidigare utförda leveranser, vilken uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna kraven.

Ampegon AG:s påståenden beträffande referenser bygger på felaktiga förutsättningar. Sista dag för inlämnande av anbud var, sedan anbudstiden förlängts, den 18 februari 2013. Skriften från Elettra-Sincrotrone Trieste bifogades Electrosys anbud som inkom den 18 februari 2013. Ampegon AG:s påstående att skriften från Elettra-Sincrotrone Trieste inkommit efter anbudstidens utgång är följaktligen felaktigt. Även i övrigt bygger Ampegon AG:s påståenden beträffande Electrosys referenser på felaktiga förutsättningar. Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören i anbudet ska lämna information som visar att leverantören tidigare har levererat ("have delivered before") RF power system eller delar till synkrotron eller liknande anläggningar under de fem senaste föregående åren ("last 5 years") genom att lämna tre (3) referenser ("3 references"). Det engelska uttrycket "last year" betyder som bekant förra året eller i fjol. Från och med den 1 januari 2013 och under resten av året betyder förra året ("last year") således år 2012. Uttrycket "last 5 years" motsvarar de senaste föregående fem åren. Upphandlingen och förfrågningsunderlaget annonserades och publicerades samtidigt i december 2012. Kravet, som formulerades detta år, avser följaktligen referenser som visar att leveranser har ägt rum under åren 2011, 2010, 2009, 2008 eller 2007. Electrosys har i sitt anbud lämnat fyra referenser, av vilka en referens avser tiden juli – november

2007, en referens oktober – december 2008 och en referens april 2010 – mars 2011. Dessa tre av Electrosys lämnade referenser avser således leveranser under de senaste föregående fem åren. Ampegon AG:s påstående att ”last 5 years” ska beräknas med utgångspunkt från dagen för publicering av annonsen avseende upphandlingen i december månad 2012 är inte korrekt. Förfrågningsunderlaget är nämligen inte så formulerat. Ingenstans i underlaget finns angivet att referenserna ska avse leveranser som har ägt rum inom en tidsperiod av exakt fem år räknat från dagen för publiceringen av annonsen avseende upphandlingen. Underlaget innehåller inte heller några andra uppgifter som ger skäl att anta att så skulle vara fallet.

Som framgått ovan innefattar kravet på tidigare leveranser endast att leverantören tidigare ska ha levererat RF power system eller delar till synkrotron eller liknande anläggningar. Några ytterligare krav har inte ställts, vare sig i förfrågningsunderlaget eller i övriga handlingar. De krav som MAX IV Laboratoriet ställt framgår av förfrågningsunderlaget. Dessa krav innefattar inte något av de krav som Ampegon AG listat i kolumnen ”MAX IV” i bilagan ”Technical Note”. Ampegon AG:s påståenden om kravets innehåll är således oriktigt. Att påståendena därutöver är orimliga och skulle medföra att Ampegon AG:s anbud diskvalificerades, framgår av en jämförelse mellan den till Ampegon AG:s anbud fogade referenslistan och den av Ampegon AG nu åberopade bilagan ”Technical Note”.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lagstiftning

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En förutsättning för ingripande enligt LOU är att den sökande åberopar och också visar att upphandlande myndighet brutit mot LOU på sätt som medfört, eller riskerat medföra, skada för sökanden.

Förvaltningsrättens bedömning

Ampegon AG har ifrågasatt upphandlande myndighets beslut att i nu aktuell upphandling (MAX 2012/179) tillämpa utvärderingsgrunden lägsta pris i stället för att välja samma utvärderingsgrund, d.v.s. det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, som i den tidigare avbrutna upphandlingen (MAX 2012/145), och vikta de i förfrågningsunderlaget till sistnämnda upphandling angivna utvärderingskriterierna. Förvaltningsrätten kan konstatera att det ankommer på den upphandlande myndigheten att välja utvärderingsgrund och eventuella utvärderingskriterier i varje upphandling. Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att tillämpa samma utvärderingsgrund och eventuella utvärderingskriterier som i en tidigare avbruten, och därmed avslutad, upphandling föreligger således inte. Vad Ampegon AG anfört i denna del utgör därmed inte skäl för ett ingripande enligt LOU.

Ampegon AG har vidare ifrågasatt i upphandlingen uppställda tekniska krav vilket innebär att "solid-state" lösningar inte är tillåtna, eftersom detta utesluter potentiella anbudsgivare som erbjuder sådana lösningar. En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka krav den ställer på det som upphandlas. Kraven ska dock inte utformas så att de innebär en oskälig konkurrensbegränsning. Mot bakgrund av att fem anbudsgivare lämnat anbud som innehåller en annan teknisk lösning än "solid-state" lösning som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten inte att uppställda tekniska krav kan anses vara konkurrensbegränsande på ett sätt som skulle strida mot LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Därtill kan konstateras att även om utformningen av de

tekniska kraven skulle anses strida mot LOU eller de grundläggande principerna så har Ampegon AG inte lidit skada till följd av detta då bolagets tekniska lösning, såvitt framkommit, uppfyllt kraven. Vad Ampegon AG anfört i denna del utgör alltså inte heller skäl för ett ingripande enligt LOU.

Ampegon AG gör även gällande att Electrosys inte uppfyller kravet på referenser, dels eftersom Electrosys enligt Ampegon AG:s mening inte kunnat prestera tre referenser som avser leverans under den tidsram som anges i förfrågningsunderlaget, "last 5 years", dels eftersom referenserna enligt Ampegon AG:s mening inte avser leverans av RF power system eller delar till synkrotron eller liknande anläggningar.

Enligt förfrågningsunderlagets punkt 1.6.3.1.4. ska anbudsgivare som bevis C lämna in följande information:

"The supplier must have delivered RF power systems or parts to synchrotrons or similar facilities before, (last 5 years), 3 references that can confirm delivery system."

Enligt Ampegon AG innebär kravet på att ha utfört leveranser tidigare, "last 5 years", att tre referenser ska styrka att leveranser har gjorts inom fem år räknat bakåt från annonsering och publicering av förfrågningsunderlaget, d.v.s. fem år bakåt från december 2012. Upphandlande myndighet anför dock att angivet krav innebär att leveranserna ska ha gjorts under de fem föregående åren räknat utifrån det år kravet utformades och publicerades, d.v.s. under åren 2011, 2010, 2009, 2008 och 2007. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan kravet på att redovisa tre referenser avseende leveranser under "last 5 years" tolkas på så sätt som Ampegon AG gör gällande. Kravet kan emellertid även tolkas på det sätt som MAX IV Laboratoriet gör gällande. För att ett anbud ska kunna förkastas på grund av bristande kravuppfyllelse måste det stå klart att anbudet inte uppfyller uppställt krav. Eftersom nu aktuellt krav kan tolkas på det sätt som MAX IV Laboratoriet gör gällande och då Electrosys har lämnat tre referenser under

"last 5 years" vid en sådan tolkning av kravet, kan Electrosys anbud inte anses brista i kravuppfyllelse när det gäller tidsramen för lämnade referenser.

Enligt Ampegon AG uppfyller Electrosys anbud inte heller kravet på referenser eftersom referensobjekten inte avser leveranser av RF power system eller delar till synkrotron eller liknande anläggningar. Några exakta krav på referensobjekten för att de ska anses kunna utgöra liknande anläggningar har inte uppställts i förfrågningsunderlaget. Det måste finnas visst utrymme för en upphandlande myndighet att bedöma vad som kan anses utgöra liknande anläggningar. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det inte anses visat att det varit felaktigt av MAX IV Laboratoriet att godkänna de tre av Electrosys åberopade referenserna, vilka i enlighet med resonemanget ovan måste anses falla inom angiven tidsram, såsom avseende liknande anläggningar. Inte heller vad Ampegon AG anfört avseende Electrosys referenser utgör alltså enligt rättens bedömning skäl för ett ingripande enligt LOU.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 vartill 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 3109/1B LOU