



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-03-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
7856-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB, 556544-0178

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Uppsala Universitet
Avd för IT och inköp
Box 887
751 08 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2011-03-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala Universitets upphandling av autoklav, ref nr UH2010/40

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut av den 30 november 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 26022

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:00-16:30

BAKGRUND

Uppsala Universitet (universitetet) har genomfört en upphandling av auto-klav, ref nr UH2010/40. Av utvärderingsprotokoll daterat den 23 november 2010 framgår att Getinge Sverige AB:s (Getinge) anbud har bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga.

YRKANDEN

Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering görs, varvid bolagets anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Universitetet bestrider bolagets yrkanden. Universitetet yrkar även att bolagets andrahandsyrkande ska avvisas samt att de grunder som anförts efter tiodagarsfristens utgång inte ska beaktas av förvaltningsrätten.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Avvisande av yrkande och beaktande av grunder

Bolaget bestrider universitetets avvisningsyrkande på den grunden att det som universitetet anför till stöd för yrkandet är direkt felaktigt och helt saknar rättsligt stöd. Av 16 kap. 11 § LOU framgår att en ansökan om överprövning av upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren. Detta innebär dock inte att yrkanden och de omständigheter som anförts till stöd för yrkanden måste vara bestämda inom denna tid, eller överhuvudtaget inom viss tid. Den praxis som universitetet åberopar står inte heller i något motsatsförhållande till detta. Den omständigheten att Högsta förvaltningsdomstolen i RA 2009 ref. 69 uttalat att det krävs att en part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger de omständigheter han grundar sin talan på innebär na-

turligtvis inte att dessa omständigheter måste vara anförda inom viss tid. Detsamma gäller övrig åberopad praxis med innebörden att endast omständigheter som åberopats kan läggas till grund för förvaltningsdomstols prövning. Inte heller denna praxis innebär att yrkanden eller omständigheter inte får justeras eller ändras under pågående mål i förvaltningsrätten.

Förstahandsyrkandet om rättelse

Anslutningar till autoklav

I avsnitt 2.1.11 i förfrågningsunderlaget anges följande skall-krav: ”Erforderlig ångalstrare för autoklav skall ingå. Alla erforderliga anslutningar mot autoklav skall ingå. Ångalstrare uppställs inom servicedel eller i förråd i anslutning till autoklav. Förslag på uppställning skall redovisas i anbudet.” Bolaget har på s. 4 i svarsmallen till anbudet tydligt angett att det aktuella kravet accepteras. Bolaget har i svarsmallen också hänvisat till sitt förslag till placering som framgår av den ritning som utgör bilaga C2 till anbudet. Bolaget har angett ett totalpris inklusive samtliga erforderliga anslutningar mellan ångalstrare och autoklav för denna placering. Förutsatt att universitetet accepterar den av bolaget föreslagna placeringen tillkommer således inga extra kostnader utan det av bolaget offererade totalpriset gäller.

Av en annan del av anbudet framgår den formulering som föranlett universitetet att förkasta detta. Formuleringen har följande lydelse: ”Obs – lednings- och rördragningar mellan autoklaverna och ånggeneratorerna måste ombesörjas av beställaren. Specifikation lämnas vid order.” Universitetet menar att denna formulering innebär att bolaget har reserverat sig mot kravet på att alla erforderliga anslutningar ska ingå i offererat pris. Detta är dock felaktigt och bestrids därför. Bolaget vill i detta sammanhang framhålla att det är skillnad mellan anslutningar mellan ångalstrare och autoklav och lednings- och rördragningar mellan ångalstrare och autoklav. Med begreppet *anslutningar* avses att ångalstraren och autoklaven samman-

kopplas i direkt anslutning till varandra, vilket typiskt sett sker genom att de två komponenterna placeras i ett och samma skåp. Enkelt uttryckt är således *anslutning* något som sker inom ramen för en sedvanlig installation och något som leverantören ombesörjer för beställarens räkning. Med begreppet *lednings- och rördragningar* avses den situationen att ångalstraren och autoklaven placeras i t.ex. olika rum i en byggnad och därför behöver sammankopplas med ledningar och/eller rör som löper mellan de berörda rummen i byggnaden.

Det är relativt vanligt förekommande att beställare, t.ex. av utrymmes- eller arbetsmiljömässiga skäl, vill att en del av utrustningen ska placeras i en annan lokal och att det således blir nödvändigt att utöver sedvanlig installation, dvs. sedvanliga anslutningar, göra omfattande rör- och ledningsdragningar mellan de rum där utrustningens olika delar placeras. Sådana arbeten kan inte bolaget, och inte heller dess konkurrenter, själva göra eftersom de ofta kräver att större ingrepp görs i de berörda lokalerna. Istället måste beställaren normalt anlita en byggtreprenör och/eller en rörlägningsfirma. En leverantör kan inte heller överblicka vilka kostnader som är förenade med sådana rör- och ledningsarbeten innan leverantören fått reda på hur beställaren önskar få utrustningen placerad. Det var således endast detta som bolaget avsåg att informera universitetet om med den ovan citerade formuleringen i anbudet, dvs. att eventuella lednings- och rördragningar av de skäl som nämnts ovan måste ombesörjas av universitetet självt. Anslutningen och användarklarna ingår i det av bolaget offererade anbudspriset. Detta har bolaget också bekräftat genom att ange ja i svarsmallen till anbudet. Endast om universitetet i ett senare skede beslutar om en placering som innebär att ångalstrare och autoklav placeras i olika lokaler kommer rör- och ledningsdragningar att behöva genomföras och då endast i den utsträckning som universitetet självt bestämmer.

Bolaget vill i detta sammanhang fästa förvaltningsrättens uppmärksamhet på Kammarrättens i Stockholm dom den 15 oktober 2010 i mål nr 4583-10, av vilken framgår att en upphandlande myndighet normalt inte ska ifrågasätta en anbudsgivares uppgift om att samtliga skall-krav uppfylls. Det bör också särskilt poängteras att det i målet i kammarrätten hade framkommit information som indikerade att anbudsgivarens produkt inte uppfyllde ett av skall-kraven, men att kammarrätten ändå, baserat på anbudsgivarens intygande om att skall-kraven uppfylldes, fann att det varit fel av den upphandlande myndigheten att förkasta anbudet.

Autoklav ska vara försedd med intern kylare för allt avlopp

Bolagets anbud och den offererade produkten inkluderar en sådan intern kylare som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Detta framgår klart och tydligt av bolagets svarsbilaga. I sammanhanget bör också framhållas att det i upphandlingen inte finns något krav på att anbudsgivarna, utöver att ange att kravet är uppfyllt, ska redogöra för att intern kylare finns eller hur den rent tekniskt fungerar. Ett sådant krav vore också överflödigt eftersom en intern kylare är standard för alla utrustningar av den typ som upphandlingen avser.

Den option som bolaget offererat är ett kvalificerat energibesparingsprogram som tillvaratar värmen från autoklaven för uppvärmning av kringliggande lokaler. Denna option är tydligt märkt och prissatt under rubriken *Möjliga Optioner/tillhör*. Det framgår tydligt av bolagets anbud att denna option inte ingår i det offererade priset, men att intern kylare gör det.

Prisreservationer

Universitetet ger sken av att det har en strikt inställning till hur anbud ska lämnas och gör gällande att det inte är förenligt med upphandlingsrätten att anbudsgivare på något sätt villkorar sitt anbud eller inkommer med alternativa anbud. Av bilaga 5, prisspecifikation, framgår tydligt vilka kostnads-

poster som en anbudsgivare ska ange för att anbudsgivarens totalpris ska kunna sammanräknas och utvärderas. Att anbudsgivarna följer denna prisspecifikation är naturligtvis av central betydelse eftersom det påverkar det pris som utvärderas och jämförs med övriga anbudsgivares priser. Om priserna i de respektive anbudsgivarnas prisbilagor inte avser samma sak uppstår problem, såtillvida att universitetet inte erhåller jämförbara anbud och att likabehandlingsprincipen inte kan iakttas.

Av bolagets prisbilaga framgår att bolaget följt den anvisade prisspecifikationen till punkt och pricka. Någon reservation vad avser installation framgår inte på något sätt av bolagets prisspecifikation, utan i denna har priser angetts på efterfrågat sätt och med ett pris för installation om 110 000 kr. Denna kostnad inkluderar erforderliga anslutningar mot autoklav enligt skall-kravet i 2.1.11 i förfrågningsunderlaget. Det finns inget i bolagets prisbilaga, svarsmall eller anbud i övrigt som innebär någon reservation eller att bolaget på något sätt lämnat ett orent anbud.

Av Getinges prisbilaga framgår att Getinge reserverat sig mot, eller helt ändrat, i stort sett varenda prispost i prisspecifikationen och detta i en sådan utsträckning att universitetets prisbilaga endast med nöd och näppe går att känna igen. Vidare har Getinge lagt till en lång kvalificerande skrivning i prisbilagan under själva totalsumman, av vilken det visserligen framgår att autoklaven är försedd med mantelkylning och stödtryck till en totalsumma av 285 000 kr, men att dessa krav inte är nödvändiga i denna applikation.

Vid en jämförelse mellan de reservationer som framgår av Getinges prisbilaga och de påstådda reservationer som universitetet anför som skäl för förkastande av bolagets anbud framgår tydligt att bolagets anbud har fått en helt annan behandling än Getinges anbud och att Getinges anbud, som universitetet anger uppfylla samtliga skall-krav, innehåller betydligt allvar-

ligare reservationer och avvikelser från kraven i förfrågningsunderlaget, inte minst ifråga om prissättningen, än de påstådda bristerna i bolagets anbud. Det är därför uppenbart att universitetet inte har iakttagit likabehandlingsprincipen såsom denna framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Anpassning till befintlig golvgröp

Bolaget konstaterar att det inte finns något skall-krav om att autoklaven ska anpassas till den befintliga golvgruppen. Av anbudsinbjudan punkten 2.7 framgår att det endast är skall-krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska bli utvärderat och antaget. Ordet ”skall” förekommer överhuvudtaget inte i punkten 3.3 i kravspecifikationen. Det rör sig därför inte om något skall-krav och det finns således ingen möjlighet för universitetet att förkasta bolagets anbud även om bolagets anbud inte skulle innebära någon anpassning till den befintliga golvgruppen. Universitetet har tydligt klargjort i vilka fall som uppgifter i kravspecifikationen ska anses utgöra skall-krav, och punkten 3.3 innehåller inte något sådant krav. Getinge har inte heller uppfyllt kravet som det uppställs i punkten 3.3.

Bolaget vill framhålla att universitetet under alla förhållanden frånfallit det som anges i punkten 3.3, eftersom universitetet i sin ursprungliga anbudsinbjudan angav att autoklaven skulle anpassas till befintlig golvgröp, utan förändringar, trots att måtten på golvgruppen var mindre än den apparatur som universitetet efterfrågade. Universitetet ändrade därefter förutsättningarna för upphandlingen genom att ange att golvgruppen fick utvidgas. Även om det som anges i punkten 3.3 i kravspecifikationen skulle ha varit ett skall-krav har det således i vart fall förlorat sin betydelse eftersom universitetet genom tillkommande information frånfallit det som anges i punkten 3.3. I sammanhanget bör också påpekas att skall-krav inte får ändras med mindre att upphandlingen görs om, eftersom det utgör ett brott mot transparensprincipen.

Bolaget kan även konstatera att dess lösning inte kräver utvidgning i två riktningar som universitetet påstår, utan endast i en riktning. Detta har bolaget klargjort för universitetet efter att universitetet frånfällt punkten 3.3 i kravspecifikationen och vänt sig till anbudsgivarna för att begära ytterligare information om måtten på de offererade produkterna. Det bör särskilt framhållas att universitetet inte vid något tillfälle under upphandlingen invänt mot eller ifrågasatt den information, eller de bekräftelser av diskuterade frågor, som bolaget lämnat i e-postmeddelanden.

Att bolagets anbud inte skulle uppfylla det påstådda skall-kravet om anpassning till befintlig golvgröp är en ren efterhandskonstruktion. Att så är fallet styrks av att utvärderingsprotokollet inte innehåller någon notering om att bolagets anbud inte uppfyller det påstådda skall-kravet. Detta innebär att universitetet självt måste ha ansett att det varit uppfyllt.

Andrahandsyrkandet om att upphandlingen ska göras om

Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget är så knapphändigt att det inte gått att utforma ett optimalt anbud på grundval av informationen. Bland annat var de skriftliga måttbeskrivningarna av en sådan karaktär att de inte var fysiskt möjliga att efterkomma, eftersom de innebar att anbudsgivarna skulle offerera en utrustning som tog större plats än vad som var möjligt med hänsyn till det utrymme där utrustningen enligt förfrågningsunderlaget skulle installeras. Enligt punkt 3.1 i kravspecifikationen ska kammarens djup vara 1 900 mm. Enligt punkt 3.3 i samma dokument ska autoklaven dock anpassas till en befintlig golvgröp med ett djup av 1 640 mm. Vidare saknades en ritning som var av central betydelse för att bolaget skulle kunna lämna anbud. Genom att bolaget ställde frågor till universitetet och genom att universitetet fortlöpande kommunicerade muntligen och förhandlade med anbudsgivarna växte bilden fram av vad universitetet egentligen efterfrågade och därmed förutsättningarna för upphandlingen. Det är uppenbart att förfråg-

ningsunderlaget på intet sätt var fullt tillräcklig för den anbudsgivare som vann upphandlingen enligt utvärderingsrapporten då Getinges prisbilaga är till bredden fylld med reservationer och formuleringar som kvalificerar och/eller inskränker det anbud och de uppgifter som Getinge lämnat. Förfrågningsunderlaget är således så oklart och otydligt att det utgör en överträdelse av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU och därmed grund för att upphandlingen ska göras om, jfr. RÅ 2002 ref. 50 och kommentaren till den äldre lagen om offentlig upphandling, Hentze & Sylvén, 1998, upplaga 1:2 sidan 81.

Förhandling

Universitetet har förhandlat i strid med 2 kap. 22 § och 4 kap. 1 § LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU. I ett sådant förfarande är förhandlingar inte tillåtna, utan anbud ska utvärderas utifrån den utformning de har när de lämnas in till den upphandlande myndigheten. Det enda utrymme för justering av anbud är bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU om rättelse, komplettering och förtydligande av anbud. Dessa bestämmelser ska tolkas och tillämpas restriktivt. Universitetet tog redan den 9 november 2010 en första muntlig kontakt med bolaget. Universitetet har sedan under upphandlingens gång fortlöpande tagit muntliga kontakter med anbudsgivarna och vid dessa muntliga kontakter förändrat många av förutsättningarna för upphandlingen, t.ex. de måttuppgifter som framgick av avsnitt 3 i förfrågningsunderlaget. Bolaget invände under upphandlingens gång inte mot att universitetet bedrev förhandlingar med anbudsgivarna. Detta beror på att bolaget var beroende av ytterligare information från universitetet för att, med hänsyn till det knapphändiga förfrågningsunderlaget, förstå vad som efterfrågades och kunna lämna anbud i upphandlingen. Eftersom skäl för förhandlat förfarande utan föregående annonsering uppenbarligen inte funnits i upphandlingen, och muntliga förhandlingar är förbjudna inom ramen för ett öppet förfarande enligt LOU har universitetet även i detta avseende

gjort sig skyldigt till en överträdelse av bestämmelserna i LOU. Även på denna grund föreligger således skäl för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om.

Universitetets överträdelser av LOU har inneburit att bolaget fått väsentligt försämrade förutsättningar till framgång i upphandlingen och att bolaget därigenom lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada.

Universitetet anför bl.a. följande till stöd för sin inställning och sitt yrkande om avvisning.

Avvisande av yrkande och beaktande av grunder

Bolaget har kommit med ett nytt andrahandsyrkande samt ändrat grunden för sitt förstahandsyrkande. Denna justering har inkommit efter de tio dagar då bolaget har rätt att begära överprövning. Universitetet anser därför att det nya yrkandet ska avvisas samt att de nya grunderna som bolaget anfört inte ska prövas.

Bolaget har ändrat sin talan efter den i 16 kap. 6 och 11 §§ LOU angivna tidsfrist som gäller för att ansöka om överprövning. I en ansökan ska enligt 4 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges vad som yrkas och de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. En sådan ansökan om överprövning ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av de tio dagar som anges i 16 kap. 6 § LOU. Enligt RÅ 2009 ref. 69 ska offici-
alprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på. Regeringsrätten har i ett flertal fall funnit att endast omständighet som en part åberopat kan läggas till grund för en förvaltningsdomstols prövning (RÅ 1989 ref. 67, 1990 ref. 64, 1990 ref. 108 och 1991 ref. 67).

Bolagets förstahandsyrkande om rättelse

Anslutningar till autoklav

Bolaget uppfyller inte kravet 2.1.11 trots att bolaget i svardsdelen svarat ja avseende kravuppfyllelse. Bolaget har på sidan 2 i anbudet skrivit: "OBS - Lednings- och rördragningar mellan autoklaverna och ånggeneratorerna måste ombesörjas av beställaren. Specifikation lämnas vid order." Universitetet har i utvärderingsrapporten underkänt kravuppfyllelsen eftersom uppenbarligen inte alla anslutningar ingår i anbudet. Anbudet är därför ofullständigt både utförandemässigt/tekniskt och på så vis att alla kostnader inte är inkluderade i anbudspriset. De enda placeringar som övervägts av universitetet är de som redovisats i underlaget. Även om ånggeneratorm placeras nära autoklaven erfordras viss rör- och ledningsdragning samt arbete. Mot bakgrund av ovan citerade formulering i anbudet kan universitetet inte dra slutsatsen att det inte tillkommer någon extra kostnad. Universitetet kan inte efter sista anbudsdagen inhämta kompletterande uppgifter från någon anbudsgivare utan att träda likabehandlingsprincipen förnär, varför bolagets anbud inte är komplett och därför inte kan utvärderas.

Bolaget har i denna del hänvisat till Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4583-10 där domstolen angett att en upphandlande enhet i normalfallet inte ska ifrågasätta en anbudsgivares uppgift om att ett skall-krav uppfylls. Universitetet menar dock att det finns betydande skillnader mellan det av bolaget åberopade rättsfallet och den fråga som nu är uppe för prövning. I kammarrättens dom hade en kommun fått ett anbud där det framgått att det efterfrågade skall-kravet uppfyllts av leverantören. Kommunen hade trots detta genom att på eget initiativ granska en produktspecifikation på anbudsgivarens hemsida hittat en upplysning som pekade på att anbudsgivaren ändå inte uppfyllde detta krav. Denna produktspecifikation utgjorde emellertid inte en del av anbudet och kommunen hade inte heller ställt krav på att en sådan produktspecifikation skulle finnas. Universitetet har, till

skillnad från kommunen, inte gått utanför det av bolaget lämnade anbudet för att efterforska huruvida bolaget uppfyllt eller inte uppfyllt sagda krav.

Universitetet anser inte att det finns någon principiell skillnad mellan anslutningar och lednings- och rördragning, eftersom de två utrustningarna autoklav och förångare måste sammankopplas på principiellt samma sätt oavsett om avståndet mellan de två utrustningarna är stort eller litet. Bolagets påstående att lednings- och rördragning bara kan förekomma om utrustningarna är placerade i olika rum eller olika byggnader är inte korrekt. Självklart behövs både lednings- och rördragning för att maskinerna ska ha förbindelse med varandra.

Bolagets hypotes att universitetet skulle kunna anta en lösning och sedan välja en annan är gripen ur luften. LOU ger inget utrymme för att omformulera en anbudsgivares anbud eller förslag, varför bolagets diskussion avseende detta är ett försök att förklara bort reservationen, på ett sätt som inte kan utläsas ur anbudet. Bolaget har för övrigt självt framhållit att förhandling vid öppen upphandling inte är tillåten och bolaget är därför helt på det klara med att förändring av anbudsgivarnas förslag, såsom omplacering av ånggeneratorerna, i efterhand inte är tillåten. Universitetet har därför ingen anledning att tro annat än att den lednings- och rördragning som inte ingår är den som uppkommer i samband med installationen.

Autoklav ska vara försedd med intern kylare för allt avlopp

Universitetet har i bolagets anbud endast hittat följande information. Bolaget har svarat ja på kravet. Grundförslag: "Mantelkylning med stödtrycksfunktion ingår". Som option: "Nedkylning av det cirkulerande kylvattensystemet i vakuumanläggningen. Man sätter på den via brytare som är kopplad till en termostat som aktiverar en cirkulationspump när man uppnår ett övre temperaturvärde. Överskottsvärmen avges till en extern värmeväxlare. Kostnad 31 000,00." Universitetet kunde inte ur grundförslaget utläsa att

erforderlig nedkylning av avloppsvattnet från manteln ingår eftersom den enda tekniska förklaringen omfattades av optionen.

Bolaget har efter anbudstidens utgång muntligen förklarat att kylning av avloppsvatten ingår i anbudet. Detta var emellertid inte möjligt att utläsa ur anbudet såsom det var formulerat. Upphandlingsförfarandet är i hög grad formaliserat och möjligheten att under tiden för upphandlingen ställa kompletterande frågor är ytterst begränsade. Det av leverantören lämnade anbudet måste kunna förutsättas vara så klart formulerade att den upphandlande enheten kan avgöra om leverantören uppfyller ställda krav. Universitetet har utgått ifrån att det av bolaget lämnade anbudet berör faktiskt specificerade lösningar, inte något som hypotetiskt kan köpas som option och som alternativt anbud trots att universitetet inte tillåtit alternativa anbud i annonseringen.

Prisreservationer

Universitetet är mycket restriktivt med förtydliganden avseende prisuppgifter eftersom dessa på godtyckligt sätt kan justeras efter sista anbudsdagen. Universitetet bedömer att sådant förfarande skulle vara liktydigt med otillåten förhandling som träder likabehandlingsprincipen förnär. Det av leverantören lämnade anbudet måste kunna förutsättas vara så klart formulerat att den upphandlande enheten kan avgöra om leverantören uppfyller ställda krav. Universitetet har utgått ifrån att det av bolaget lämnade anbudet berör faktiskt specificerade lösningar, inte något som hypotetiskt kan köpas som option och som alternativt anbud trots att universitetet inte tillåtit alternativa anbud i annonseringen.

Anpassning till befintlig golvgröp

Bolagets bristande kravuppfyllnad avseende kravet i 3.3 angående golvgröp har av misstag inte förts in i protokollet. Detta innebär emellertid inget annat än att det inte framgår av protokollet att bolaget inte uppfyller

ställda skall-krav avseende golvgruppen. Såvitt framgår av bolagets fax den 26 november 2010 är det emellertid ostridigt att bolaget inte uppfyller det ställda skall-kravet i 3.3.

Avseende krav på golvgrup står i underlaget: "Autoklaven anpassas till befintlig golvgrup (2620x1640x200) samt till befintligt avlopp. Ange även hur gropen skall kantskos. Ramp accepteras ej." Därtill har följande komplettering av underlaget skett under anbudstiden: "Om nödvändigt kan befintlig golvgrup utvidgas något mot yttersidan (inlastning) för att möjliggöra att autoklavkammaren kommer i nivå med befintligt golv." Utvald anbudsgivare klarar enligt anbudet detta. Bolaget måste utvidga gropen i två riktningar, dels vid inlastning och dessutom spår för skjutdörrar i ortogonal riktning. Spår i golvet är inte en lämplig lösning eftersom spåren samlar smuts och även innebär olycksrisk. Eftersom bolagets utrustning kräver utvidgning av gropen i två riktningar uppfyller bolaget inte det uppställda skall-kravet.

Bolagets andrahandsyrkandet om att upphandlingen ska göras om

Förfrågningsunderlaget

Universitetet bestrider bolagets påstående att underlaget varit otydligt och knapphändigt. Universitetet anser att förfrågningsunderlaget varit mycket tydligt och omfattat relevant information om det som var föremål för upphandlingen. Universitetet kan inte se att någon av anbudsgivarna kunde ha formulerat sig på väsentligt annorlunda sätt även om mer information bifogats underlaget. Getinge har på grundval av underlaget kunnat ge ett anbud som uppfyller alla obligatoriska krav. Bolaget har i övrigt inte exemplifierat vad som de anser vara otydligt eller knapphändigt i underlaget. Universitetet vill även särskilt påtala att leverantörerna haft möjlighet till besök på plats. Denna möjlighet utnyttjades också av flera leverantörer inklusive bolaget. På plats kunde leverantörerna själva bedöma förutsättningarna och därigenom utforma ett optimalt förslag i det egna anbudet. Detta var fullt

tillräckligt för den anbudsgivare som vann upphandlingen enligt utvärderingsrapporten och det bör ha varit fullt tillräckligt även för bolaget som inte på någon punkt framhållit att deras anbud kunde ha sett annorlunda ut om ytterligare information funnits i underlaget.

Det framgår tydligt vad universitetet tillmätt betydelse vid upphandlingen. Av 2.7 i förfrågningsunderlaget anges att de uppställda skall-kraven ska vara uppfyllda för att anbudet ska bli utvärderat och antaget. Av punkt 3 framgår hur kvalificeringen och utvärderingen av anbud kommer att gå till. Av 3.3 framgår hur universitetet kommer att beräkna vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och som därmed kommer att antas. Universitetet anser att det för bolaget måste ha varit tydligt mot vilka kriterier och enligt vilka principer som bolagets anbud skulle prövas. Universitetet anser således att den praxis som framgår såväl av Regeringsrättens dom RÅ 2002 ref 50 som av 1 kap. 9 § i LOU har följts.

Förhandling

Universitetet bestrider bolagets påstående att universitetet tagit otillåtna kontakter. Universitetet har begärt vissa förtydliganden av anbudsgivarna. Dessa kontakter rör förtydliganden av lämnade anbud och omfattas av 9 kap. 8 § LOU. Det är inte korrekt att universitetet genomfört förhandling med någon av anbudsgivarna eftersom universitetet inte i något fall i utvärderingen eller bedömningen av kravuppfyllelse medtagit information som inte framgått endera av underlaget eller av anbuden. Begäran om förtydligande har avsett utelämnade mått och jämförbara uppgifter. Bolaget har inte visat att universitetet brustit i transparens eller likabehandling.

Det är inte korrekt att, som bolaget gör, sätta likhetstecken mellan de förtydliganden som universitetet begärt och en förhandling. Påståendet att universitetet vid ett flertal tillfällen förändrat förutsättningarna är grovt felaktigt. Något skäl till övergång till förhandlad upphandling utan föregå-

ende annonsering fanns, som bolaget konstaterat, inte eftersom Getinge som enda anbudsgivare avgett ett anbud som uppfyller alla obligatoriska krav. Någon förhandling eller förtydligande som förändrat innehållen i underlaget eller anbudet, förutom den justerade möjligheten att utvidga gropen i en bestämd riktning, har inte förevarit och bolagets påstående saknar därför grund.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har ändrats bl.a. genom lag 2010:571 med ikraftträdande den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för ifrågavarande upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

Tillämpliga bestämmelser i LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att 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.

I 9 kap. 8 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida universitetet, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan tillämplig bestämmelse, och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Yrkandet om avvisning av yrkande och beaktande av grunder

Universitetet har yrkat att förvaltningsrätten ska avvisa bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om samt att förvaltningsrätten inte ska beakta de grunder bolaget anfört efter utgången av tiodagarsfristen. Universitet synes härvid åberopa den tidsfrist som anges i 16 kap. 11 § LOU jämfört med 16 kap. 6 § LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010. Såsom angetts ovan ska dock förevarande mål prövas enligt LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010. Den tidsfrist som anges 16 kap. 1 § tredje stycket LOU i den i målet aktuella lydelsen anger inom vilken tid upphandlande myndighet är förhindrad att teckna kontrakt i en upphandling. Den tar inte sikte på inom vilken tid ett bolag som ansöker om överprövning ska ange grunder för sin ansökan. Den medför således inte något hinder mot att be-

akta omständigheter anförda därefter hos förvaltningsrätten. Universitetets yrkande och begäran i denna del ska därför avslås.

Invändningar avseende utvärderingen av bolagets anbud

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om universitetet haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från utvärderingen.

Anslutningar till autoklav

Bolaget har anført att det angett ett totalpris inklusive samtliga erforderliga anslutningar mellan autoklav och ångalstrare. Den formulering som föranlett universitetet att förkasta bolagets anbud lyder: ”Obs – lednings- och rördragningar mellan autoklaverna och ånggeneratorerna måste ombesörjas av beställaren. Specifikation lämnas vid order.” Enligt bolaget är det skillnad mellan anslutningar mellan ångalstrare och autoklav och lednings- och rördragningar mellan desamma. Med begreppet *anslutningar* avser bolaget att ångalstraren och autoklaven sammankopplas i direkt anslutning till varandra. Enkelt uttryckt är således *anslutning* något som sker inom ramen för en sedvanlig installation och som leverantören ombesörjer för beställarens räkning. Med begreppet *lednings- och rördragningar* avses den situationen att ångalstraren och autoklaven placeras i t.ex. olika rum i en byggnad och därför behöver sammankopplas med ledningar och/eller rör som löper mellan de berörda rummen i.

Universitetet har anført att det i utvärderingsrapporten underkänt bolaget i kravuppfyllelsen då alla anslutningar inte ingår i anbudet. Bolagets anbud är ofullständigt utförandemässigt och tekniskt samt på grund av att alla kostnader inte är inkluderade i anbudspriset. Även om ånggeneratorn placeras nära autoklaven erfordras viss rör- och ledningsdragning samt arbete. Universitetet har vidare anført att det inte finns någon principiell skillnad mellan anslutningar och lednings- och rördragning, eftersom de två utrust-

ningarna autoklav och förångare måste sammankopplas på principiellt samma sätt oavsett avståndet mellan de två utrustningarna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Universitetet har underkänt bolaget angående skall-kravet i avsnitt 2.1.11 gällande anslutningar till autoklav. I skall-kravet anges bl.a. att samtliga erforderliga anslutningar mellan ångalstrare och autoklav ska ingå. Av handlingarna i målet framgår att bolaget svarat ja på att det uppfyller detta skall-krav samt hänvisat till en bilaga till sitt anbud. I denna bilaga anges bl.a. att lednings- och rördragningar mellan autoklaverna och ånggeneratorerna måste ombesörjas av beställaren. Bolaget har visserligen angett att det uppfyller kraven i punkten 2.1.11. Förvaltningsrätten anser dock att den reservation som gjorts i bilagan till anbudet inte kan tolkas på annat sätt än att samtliga erforderliga anslutningar mellan autoklav och ånglastare inte ingår. Universitetet hade således skäl för sin bedömning att förkasta bolagets anbud. Vad bolaget anfört i övrigt gällande detta skall-krav samt universitetets handlande föranleder ingen annan bedömning.

Autoklav ska vara försedd med intern kylare för allt avlopp

Bolaget har anfört att dess anbud och den offererade produkten inkluderar en sådan intern kylare som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och att detta klart och tydligt framgår av bolagets svarsbilaga. Bolaget har vidare anfört att det i upphandlingen inte finns något krav på att anbudsgivarna, utöver att ange att kravet är uppfyllt, ska redogöra för att intern kylare finns eller hur den rent tekniskt fungerar. Ett sådant krav vore också överflödigt eftersom en intern kylare är standard för alla utrustningar av den typ som upphandlingen avser. Bolaget har avslutningsvis anfört att den option som offererats är ett kvalificerat energibesparingsprogram. Optionen är tydligt märkt och prissatt under rubriken *Möjliga Optioner/tillbehör*. Det kan därför inte råda någon tvekan om att det är fråga om en option.

Universitetet har anfört att bolaget i sitt anbud svarat ja på att det uppfyller kravet. I bilagan till anbudet anges att det i grundförslaget ingår mantelkyllning med stödtrycksfunktion. Universitetet kunde inte ur grundförslaget utläsa att erforderlig nedkylning av avloppsvattnet från manteln ingår eftersom den enda tekniska förklaringen omfattades av optionen. Universitetet har utgått ifrån att det av bolaget lämnade anbudet berör faktiskt specificerade lösningar, inte något som hypotetiskt kan köpas som option och som alternativt anbud trots att universitetet inte tillåtit alternativa anbud i annonseringen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Bolaget har i kravspecifikationen angett att man uppfyller skall-kravet i punkt 2.1.10. Universitetet har trots detta förkastat bolagets anbud även på denna punkt. Universitetet har gjort så mot bakgrund av vad bolaget angett i sin bilaga till anbudet. Av denna går inte att utläsa att erforderlig nedkylning av avloppsvattnet ingår i det av bolaget angivna grundförslaget, utan detta går endast att utläsa av en lösning som offererats som en option. Förvaltningsrätten finner att universitetet även på denna grund haft skäl att förkasta bolagets anbud. Att bolaget efter anbudstidens utgång inkommit med uppgifter som bekräftar att man uppfyllde skall-kravet ändrar inte denna bedömning.

Prisreservationer

Bolaget har anfört att det vid en jämförelse mellan de reservationer som framgår av Getinges prisbilaga och de påstådda reservationer som universitetet anför som skäl för förkastande av bolagets anbud tydligt framgår att bolagets anbud har fått en helt annan behandling än Getinges anbud. Bolaget har vidare anfört att Getinges anbud innehåller betydligt allvarigare reservationer och avvikelser från kraven i förfrågningsunderlaget, inte minst ifråga om prissättningen, än de påstådda bristerna i bolagets anbud. Det är därför uppenbart att universitetet inte har iakttagit likabehandlingsprincipen såsom denna framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Universitetet har anfört att det är mycket restriktivt med förtydliganden avseende prisuppgifter eftersom dessa på godtyckligt sätt kan justeras efter sista anbudsdagen. Universitetet bedömer att sådant förfarande skulle vara liktydigt med otillåten förhandling som träder likabehandlingsprincipen förnär. Det av leverantören lämnade anbudet måste kunna förutsättas vara så klart formulerade att den upphandlande enheten kan avgöra om leverantören uppfyller ställda krav.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Bolaget har i ansökan om överprövning inte specificerat vari skillnaderna mellan bolagets och Getinges anbud ligger. Några konkreta exempel på varför universitetet brutit i förhållande till likabehandlingsprincipen har inte getts. Vidare framgår av tilldelningsbeslutet att bolaget inte förkastats på grund av eventuella prisreservationer. Vad bolaget anfört i denna del kan därför inte vinna bifall.

Anpassning till befintlig golvgröp

Bolaget har anfört att deras anbud uppfyller kravet om anpassning till befintlig golvgröp. Universitetets utvärderingsprotokoll innehåller inte heller någon notering om att bolaget inte uppfyller detta krav. Vidare anför bolaget det inte finns något skall-krav om att autoklaven ska anpassas till den befintliga golvgroppen eftersom ordet ”skall” överhuvudtaget inte förekommer i punkten 3.3 i kravspecifikationen.

Universitetet har anfört att bolagets bristande kravuppfyllnad avseende kravet i 3.3 angående golvgröp av misstag inte förts in i protokollet. Detta innebär emellertid inget annat än att det inte framgår av protokollet att bolaget inte uppfyller ställda skall-krav avseende golvgroppen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I tilldelningsbeslutet har inte angetts att bolagets anbud skulle ha förkastats på den grunden att autokla-

ven inte kunnat anpassas till befintlig golvgröp. Universitetet har anfört att detta skett av ett misstag och att bolagets anbud rätteligen skulle förkastats även på denna grund. Så har dock, såvitt framgår av utredningen i målet, inte skett. Någon omprövning av tilldelningsbeslutet synes inte heller ha skett. Förvaltningsrätten finner således att bolagets anbud inte förkastats på grund av bristande anpassning till befintlig golvgröp. Det finns därför inte något skäl till ingripande i denna del. Vad bolaget i övrigt anfört föranleder inte någon annan bedömning.

Övriga invändningar

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget varit så oklart att det inte gått att lämna ett korrekt anbud. Det har först efter det att universitetet varit i kontakt med bolaget som förutsättningarna för upphandlingen vuxit fram. Bolaget har vidare anfört att universitetet bedrivit otillåtna förhandlingar med bl.a. bolaget. Förhandlingar är inte tillåtna vid ett öppet förfarande enligt LOU.

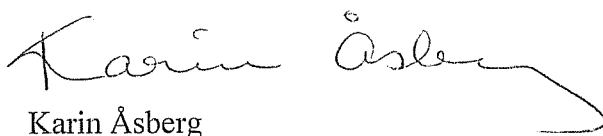
Universitetet har anfört att det inte kan se att någon av anbudsgivarna kunde ha formulerat sig på väsentligt annorlunda sätt även om mer information bifogats underlagt. Vidare har Getinge på grundval av underlaget kunnat ge ett anbud som uppfyller alla obligatoriska krav. Bolaget har i övrigt inte exemplifierat vad som de anser vara otydligt eller knapphändigt i underlaget. Universitetet har vidare anfört att det begärt vissa förtydliganden av anbudsgivarna och att dessa kontakter rört förtydliganden av lämnade anbud och omfattas av 9 kap. 8 § LOU. Begäran om förtydligande har avsett utelämnade mått och jämförbara uppgifter. Vidare är det inte korrekt att någon förhandling genomförts med någon av anbudsgivarna då universitetet inte i något fall i utvärderingen eller bedömningen av kravuppfyllelse medtagit information som inte framgått endera av underlaget eller av anbudet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Bolaget har angett att vissa måttangivelser varit omöjliga att följa. Det har dock inte framkommit annat än att bolaget, samt de andra anbudsgivarna, fått information av universitetet som klagjort dessa brister. Bolaget har utöver dessa måttangivelser inte gett några ytterligare konkreta exempel på vari bristerna i förfrågningsunderlaget skulle ligga. Bolaget har vidare inte gett några konkreta exempel på vilket sätt universitetet skulle bedrivit otillåtna förhandlingar med anbudsgivarna. Bolagets talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

Förvaltningsrätten finner således sammanfattningsvis att bolaget i målet inte har visat att universitetet vid upphandlingen har överträtt bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna, varför det saknas skäl för ingripande. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att de interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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



Karin Åsberg

rådman

Målet har handlagts av Andreas Lund.



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 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.