



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA
Enhet 2

Mål nr 4918-14

Rättelse/komplettering

Dom, 2015-02-12

KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 1 3 <small>13:00</small>	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Rättelse, 2015-02-12

Beslutat av: rådmannen Elisabet Andersson

Med stöd av 32 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) rättas domens datum till 2015-02-12



SÖKANDE

Radiotherapy equipment Scandinavia AB, 556765-9411
S:t Olofsgatan 35
753 30 Uppsala

Ombud:
Evelina Gustavsson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling, 222000-2097
Box 6374
751 36 Uppsala

Ombud:
Landstingsjuristen Joachim Ahl
Landstinget i Uppsala Län
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska
göras om.

x Domens datum är rätteligen 2015-02-12

Albin Domén

Dok.Id 136987

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-431 63 00	018-431 63 43	måndag – fredag 08:00-16:00
		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		

BAKGRUND

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling (KAS) har genomfört en upphandling av ytkontursystem för radioterapi, dnr KAS2014-005 (upphandlingen). Den 12 september 2014 fattade KAS tilldelningsbeslut varvid anbud från C-Rad Positioning AB (C-Rad) antogs.

YRKANDEN M.M.

Radiotherapy equipment Scandinavia AB

Radiotherapy equipment Scandinavia AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen samt yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. KAS har på felaktiga grunder kvalificerat och utvärderat anbudet från C-Rad. Det av C-Rad lämnade anbudet uppfyller inte samtliga ställda krav och skulle därmed rätteligen ha förkastats. Kvalificering och utvärdering har därmed skett i strid med LOU och dess grundläggande princip om likabehandling. Upphandlingen ska därmed rätteligen göras om. Mot bakgrund härav har bolaget lidit skada eller i vart fall riskerar att lida skada.

Studiebesök

Av de administrativa föreskrifterna punkt 1.3.4 och Svarsbilaga 1A punkt 1.3.4 framgår att studiebesök ska kunna anordnas på plats där utrustningen finns tillgänglig samt att anbudsgivaren ska ange var studiebesök kan ske. Enligt punkt 1.3.4 i de administrativa föreskrifterna och utvärderingsbilaga 1 C kommer teknik och prestanda samt ergonomi/handhavande att utvärderas vid studiebesöket.

Det ytkontursystem för radioterapi som upphandlas kommer att användas i en protonklinik, se punkt 2.4.8.1 i svarsbilaga 1A (rätteligen svarsbilaga 2A, förvaltningsrättens anmärkning). För att teknik och prestanda ska kunna utvärderas måste studiebesöket således ske på plats där ytkontursy-

stem används i en protonklinik. Den av C-Rad offererade produkten, Catalyst PT finns inte installerad på någon protonklinik, vilket omöjliggör ett sådant studiebesök som kravet avser.

Det finns därför ingen möjlighet för KAS att genomföra ett studiebesök gällande produkten Catalyst PT. C-Rad uppfyller således inte kraven avseende möjligheten att genomföra studiebesök under utvärdering enligt punkt 1.3.4 i de administrativa föreskrifterna respektive punkt 1.3.4 i svarsbilaga 1A och skulle därmed ha uteslutits från upphandlingen.

Kompatibilitet

Det framgår av punkt 2.4.3.3 i svarsbilaga 1A (rätteligen svarsbilaga 2A, förvaltningsrättens anmärkning) att "[u]trustningen ska vara kompatibel med IBAs Universal Beam Triggering Interface och kunna användas för på och avslagning av stråle vid rörelseövervakning med detta interface".

Den av C-Rad offererade produkten, Catalyst PT, uppfyller inte detta kompatibilitetskrav. Detta framgår även av C-Rads komplettering, där C-Rad angivit att kravet kommer att uppfyllas först i framtiden. Enligt de administrativa föreskrifterna punkt 1.2.2 måste samtliga krav vara uppfyllda för att anbudet ska utvärderas. Det framgår inte någonstans i underlaget att kravet under punkt 2.4.3.3 i Svarsbilaga 2A utgör någon form av särskilt kontraktsvillkor, där det skulle vara tillräckligt att kravet uppfylls först vid avtalstecknandet.

Skada

KAS har genom att utvärdera anbudet från C-Rad frångått likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. KAS åsidosättande av LOU genom sitt förfarande har inneburit skada eller risk för skada för bolaget. Om C-Rads anbud rätteligen hade förkastats hade bolaget genom en ny upphandling haft möjlighet att tilldelas kontrakt.

KAS

KAS bestrider bifall till bolagets ansökan. Till stöd för sin inställning anför bolaget i huvudsak följande.

KAS har inte brutit mot LOU och dess grundläggande principer. Bolagets anbud har inte uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav och har därmed rätteligen uteslutits. KAS utvärdering av inkomna anbud har varit korrekt och har följt i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar och samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Förfrågningsunderlaget har vidare varit tillräckligt tydligt och således uppfyllt kravet på öppenhet. Uppställda krav har varit proportionerliga. Vidare lider eller riskerar bolaget inte lida skada varvid det även av detta skäl saknas förutsättning för ingripande mot upphandlingen.

Studiebesök

Av upphandlingsunderlaget framgår att ”studiebesök ska kunna anordnas på plats där utrustningen finns tillgänglig”. Av förfrågningsunderlaget framgår också att ”offererad utrustning skall fungera för sitt avsedda ändamål i protonstrålbehandlingsmiljö”.

För det första kan det konstateras att det är fråga om två var för sig ställda skall-krav vilka över huvud taget inte ska läsas tillsammans. Det är fråga om två åtskilda och separata krav.

För det andra kan det konstateras att en sådan sammanläsning av kraven helt strider mot det bakomliggande, och i förfrågningsunderlaget explicit uttryckta, syftet med ett studiebesök. Syftet med ett studiebesök var att, för det fall det skulle visa sig nödvändigt, bereda sig möjlighet att fastställa bl.a. den offererade utrustningens ergonomiska funktionalitet/handhavande (jfr. krav 2.5.1 och 2.5.2 i bilaga 2A); exempelvis huruvida kameran avger otillbörligt mycket ljud eller ljus samt att granska huruvida utrustningen

har ett enkelt, logiskt och intuitivt arbetssätt och användargränssnitt. Att detta var syftet med studiebesöket framgår också av förfrågningsunderlagets bilaga 1 C. Där har det angetts vilka utvärderingskrav som eventuellt skulle komma att utvärderas genom exempelvis studiebesök. Någon sådan upplysning har inte lämnats avseende kravet att offererad utrustning skall fungera för sitt avsedda ändamål i protonstrålbehandlingsmiljö.

Av ovanstående följer att syftet med ett studiebesök explicit angetts i förfrågningsunderlaget. Huruvida den offererade utrustningen är uppställd i protonstrålbehandlingsmiljö har inte någon som helst inverkan på de faktorer KAS hade för avsikt att kontrollera vid ett studiebesök.

Vidare skulle det strida mot såväl likabehandlings- som proportionalitetsprincipen att uppställa ett krav om att den upphandlade utrustningen skall befinna sig i en protonstrålbehandlingsmiljö.

Kompatibilitet

Bolaget gör gällande att av C-rad offererad utrustning inte är kompatibel med IBA. Någon närmare redogörelse för detta påstående har inte lämnats, varmed det är oklart för KAS vad bolaget grundar sin uppfattning om att av C-Rad offererad utrustning inte klarar det uppställda kravet. Det är också oklart för KAS vilken rättslig grund bolaget hänvisar till avseende detta påstående om att C-Rads anbud rätteligen skulle ha förkastats till följd av påståendet om att C-Rads offererade utrustning inte lever upp till det aktuella kompatibilitetskravet.

För att på något sätt ändå bemöta bolagets påstående kan KAS framhålla följande.

C-Rads offererade utrustning kommer att vara kompatibel med IBA i enlighet med det uppställda kravet (2.4.3.3 bilaga 2A), vilket C-Rad också

har angett i sitt anbud samt med angivande av ”utveckling av integration pågår och kommer att finnas tillgänglig vid tidpunkt för installation”. C-Rad har också redogjort för hur detta skall ske rent tekniskt – en lösning KAS finner fullt godtagbar. KAS har således inte på något sätt bortsett från det uppställda kravet, tvärtom.

Skada

Bolaget har i sin ansökan om överprövning inte anfört någonting om att dess anbud rätteligen skulle ha kvalificerats för vidare utvärdering. Under detta förhållande är det i målet ostridigt att bolagets anbud rätteligen uteslutits från vidare utvärdering.

I upphandlingen har det inkommit två anbud, varav bolagets inte kvalificerats till vidare utvärdering.

Kammarrätten i Stockholm har i dom så sent som den 12 mars 2014, mål nr 7070--7077-13, fastslagit att en leverantör vars anbud rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen inte kan anses lida skada till följd av att annan anbudsgivare vilken inte uppfyllt samtliga skall-krav antagits som leverantör. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 15 januari 2014, mål nr 3244-3245-13, kommit fram till samma slutsats som Kammarrätten i Stockholm.

Eftersom bolaget inte har gjort gällande att dess eget anbud felaktigt förkastats i vare sig ansökan om överprövning eller den följande kompletteringen saknas det anledning för förvaltningsrätten att ens pröva om C-Rads anbud uppfyller ställda skall-krav. Bolaget riskerar inte att lida skada under den ostridiga omständighet att dess anbud rätteligen förkastats, detta alldeles oavsett även C-Rads anbud borde ha förkastats.

DOMSKÄL

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Av handlingarna i målet framgår att det i den aktuella upphandlingen deltog två anbudsgivare, varav bolaget var en. I ansökningsom överprövning framförde bolaget bl.a. följande. Enligt tilldelningsbeslutet har C-Rad lämnat det enda anbud som uppfyller samtliga skall-krav. Bolaget menar att C-Rad inte uppfyller samtliga krav. Det innebär att det inte finns några anbud som uppfyller kraven och upphandlingen ska därför göras om. KAS anser mot bakgrund härav att bolaget inte riskerar att lida skada eftersom bolaget inte har gjort gällande att dess eget anbud felaktigt förkastats. KAS anför vidare att eftersom bolaget inte riskerar att lida skada saknas det anledning för förvaltningsrätten att pröva om C-Rads anbud uppfyller ställda skall-krav.

EU-domstolen fastställde i dom den 4 juli 2013 i mål C-100/12 (Fastweb SpA p. 33-34) att en sökandes talan gällande brister i en vinnande anbudsgivares anbud kan prövas trots konstaterade brister i sökandens anbud och trots att sökanden inte lidit någon skada. En sökande har i en sådan situation ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts och att upphandlingen därvid måste göras om. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att rätten har att pröva om C-Rads anbud uppfyller ställda skall-krav.

Studiebesök

I de administrativa föreskrifterna punkten 1.3.4 anges följande. ”Studiebesök ska kunna anordnas på plats där utrustning finns tillgänglig. Ange var studiebesök kan ske. Ett antal av punkterna i utvärderingsbilaga 1C kommer att utvärderas vid studiebesök.” I svarsbilaga 1A punkten 1.3.4 anges att nämnda krav är ett obligatoriskt skall-krav. I svarsbilaga 2A punkten 2.4.8.1 anges att ”[o]ffererad utrustning ska fungera för sitt avsedda ändamål i protonstrålbehandlingsmiljö[...].” I nämnda punkt anges vidare att kravet är ett obligatoriskt skall-krav. I förfrågningsunderlagets bilaga 1C, benämnd utvärdering, finns angivet vilka funktioner som utvärderas genom exempelvis studiebesök.

Bolaget anser att C-Rad inte uppfyller kraven avseende möjligheten att genomföra ett studiebesök eftersom den produkt som C-Rad erbjuder inte finns installerad på någon protonklinik. KAS medger att studiebesök ska kunna anordnas på plats där utrustning finns tillgänglig och att offererad utrustning ska fungera för sitt avsedda ändamål i protonstrålbehandlingsmiljö. KAS framhåller dock att det är fråga om två åtskilda och separata krav som inte ska läsas tillsammans. KAS anför vidare att det explicit framgår av förfrågningsunderlaget att syftet med studiebesöket var att bereda sig möjlighet att fastställa bl.a. den offererade utrustningens ergonomiska funktionalitet/handhavande.

Enligt förvaltningsrättens mening ska inte skall-kravet i de administrativa föreskrifterna i punkten 1.3.4 och skall-kravet i svarbilaga 2A punkten 2.4.8.1 läsas tillsammans såsom bolaget gjort gällande. Denna bedömning gör förvaltningsrätten mot bakgrund av den redogörelse för vad som kan komma att omfattas av ett studiebesök enligt bilaga 1C till förfrågningsunderlaget. Av nämnda bilaga framgår att de utvärderingskrav som kan utvärderas genom studiebesök omfattar produktens ergonomi/handhavande (se punkterna 2.5.1 och 2.5.2). Bolaget har därmed inte visat att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan princip eller tillämplig bestämmelse i LOU. Det saknas därför skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU i nu aktuellt hänseende.

Kompatibilitet

Av punkten 2.4.3.3 i svarsbilaga 2A, kravspecifikation, anges följande.

”Utrustningen ska vara kompatibel med IBAs Universal Beam Triggering Interface och kunna användas för på och avslagning av stråle vid rörelseövervakning med detta interface.”

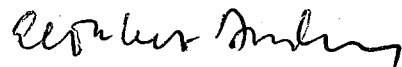
I de administrativa föreskrifterna punkten 1.2.2 anges följande. ”Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns ska. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på leverantören och anbudet som efterfrågad vara eller tjänst. Av bifogade matriser för Anbud respektive Kravspecifikation framgår krav och kriterier. Leverantör ska i dessa matriser, genom notering för respektive punkt, bekräfta ställda krav.”

Bolaget gör gällande att C-Rads offererade produkt, Catalyst PT, inte uppfyller nämnda krav eftersom C-Rad har uppgivit att nämnda krav kommer att uppfyllas först i framtiden. KAS anser att skall-kravet är uppfyllt med

motiveringen att C-Rad i sitt anbud angett att ”utveckling av integration pågår och kommer att finnas tillgänglig vid tidpunkten för installation”.

Enligt förvaltningsrättens mening har C-Rad inte uppfyllt kravet i punkten 2.4.3.3 i svarsbilaga 2A eftersom C-Rad vid tidpunkten för anbudslämnandet inte kunnat erbjuda utrustning som är kompatibel med IBAs Universal Beam Triggering Interface och kunnat användas för på och avslagning av stråle vid rörelseövervakning med detta interface. I de administrativa föreskrifterna punkten 1.2.2 anges uttryckligen att en förutsättning för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Förvaltningsrättens bedömning är därmed att C-Rads anbud inte uppfyllt kravet i punkten 2.4.3.3 i svarsbilaga 2A. Genom att anta ett anbud som inte uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten agerat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner att bolaget i vart fall riskerar att lida skada till följd av den upphandlande myndighetens förfarande. Det föreligger därför skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom det inte kvarstår något giltigt anbud måste upphandlingen göras om.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Lizette Magnusson.



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. 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 nå 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 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.