



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-03-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5163-13

SÖKANDE

Leica Microsystems AB, 556523-5040

Ombud: Advokaten Jörgen Eklund och jur.kand. Johan Linder
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Karolinska Universitetssjukhuset, Huddinge
Upphandlingssektionen
171 76 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-03-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Leica Microsystems AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 336992

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Karolinska Universitetslaboratoriet genomför en offentlig upphandling av system för immunhistokemiska och immuncytokemiska färgningar (immunplattform). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut skickades till samtliga anbudsgivare den 15 februari 2013 med innebörden att avtal avsågs tecknas med Leica Microsystems AB. Efter påtalande från annan anbudsgivare om att det i anbudet från Leica fanns ett icke uppfyllt skall-krav gjordes en ny prövning av anbudet från Leica där Karolinska Universitetslaboratoriet konstaterade att detta stämde. En ny anbudsutvärdering gjordes av det två återstående anbuden och nytt tilldelningsbeslut meddelades den 21 februari 2013.

Leica Microsystems AB (Leica) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att rättelse ska ske i upphandlingen genom att anbudskvalificeringen ska göras om varvid anbudet från Leica ska tas upp till utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Bolagets anbud har diskvalificerats på ett felaktigt sätt. Enligt beslutet anser Karolinska att bolaget inte uppfyller samtliga skallkrav under punkt 1.5 Datasystem. Bolaget har informerats om att de inte uppfyller skall-kravet avseende antivirusprogram. Bolaget har bekräftat i anbudssvaret att offererat system är validerat och godkänt. Det anges inte som ett krav i förfrågningsunderlaget att det på något särskilt sätt, genom intyg eller liknande, ska bekräftas att skall-kravet är uppfyllt redan i samband med anbudslämnandet/anbudskvalificeringen. Det är således tillräckligt att skall-kravet är uppfyllt senast i samband med leverans av systemet. Genom uppgifter i anbudet har bolaget bekräftat att skall-kravet kommer vara uppfyllt i samband med leverans, det vill säga att systemet kommer

vara kompatibelt med Karolinskas system. Karolinska använder redan idag bolagets maskinpark i sitt säkerhetssystem med antivirusprogram från McAfee. Det är känt för Karolinska att bolagets produkter är kompatibla med Karolinskas säkerhetssystem. Bolaget har därför inte haft anledning att tro att Karolinska i samband med anbudssvaret önskade någon särskild bekräftelse på att produkterna är kompatibla med systemet. Det eventuella merarbete som krävs för att produkten ska vara validerad och kompatibel med Karolinskas antivirusprogram sker således först i samband med installation. Arbetet påverkar däremot inte den offererade produkten i sig. Bolaget riskerar att lida skada eftersom Karolinska avser att tilldela annan leverantör kontraktet. Enligt ursprungliga utvärderingen skulle bolaget ha tilldelats kontraktet.

Till stöd för sin talan bifogar Leica bl.a. ett brev från Karolinska Universitetslaboratoriet daterat den 26 februari 2013.

Karolinska Universitetslaboratoriet bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det anbudssvar Leica avgett beträffande skall-kravet avseende antivirussystem är inte tillräckligt för att uppfylla det ställda skall-kravet. För att koppla in datorutrustning på sjukhusets nätverk krävs ett uppdaterat/uppgraderingsbart antivirussydd. Detta krav uppfylls inte genom användande av brandvägg. Leica har rätt i att uppställda skall-krav inte behövde bekräftas genom intyg eller liknande. Det hade räckt med att ange att kravet uppfylls. Att Leica är Karolinskas nuvarande leverantör innebär dock inte att bolaget i sitt anbud kan underlåta att avge korrekt svar beträffande skall-kravet. Om Karolinska i sin utvärdering tagit hänsyn till uppgifter som de känner till på grund av att Leica är deras nuvarande leverantör skulle det stridit mot likabehandlingsprincipen. I anbudssvaret återfinns ingen bekräftelse på att kravet är uppfyllt senast i samband med leverans. Om så varit fallet hade ingen uteslutning skett på denna grund. Det är

avsaknaden på en bekräftelse på att kravet är uppfyllt som utgör grund för att anbudet uteslutits.

Leica vidhåller sin ansökan och tillägger bl.a. följande. Karolinska bestri-der inte på något sätt att förfrågningsunderlaget saknade krav på att uppfyl-landet av det aktuella skall-kravet angående kompatibilitet med Karolins-kas antivirussystem skulle bekräftas på något sätt. Eftersom det inte fanns krav enligt förfrågningsunderlaget på att uppfyllandet skulle bekräftas på särskilt sätt kan Karolinska inte förkasta bolagets anbud på den av Karo-linska angivna grunden att det inte framgick av anbudet huruvida skall-kravet var uppfyllt. Det är inte i överensstämmelse med transparensprinci-pen att låta anbudsgivaren försöka gissa sig till vilken information den upphandlande myndigheten önskar. Förmodligen hade ett krav på att sy-stemet skulle uppfylla kravet på kompatibilitet redan i samband med an-budslämmandet troligen inte heller kunnat uppställas, eftersom det strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna. Något bevis på att kravet kommer vara uppfyllt vid leverans och installation efterfrågades inte i förfrågningsunderlaget. Den omständigheten att Karolinska anser att bo-lagets anbud ska förkastas innebär inte att bolaget inte riskerar att lida skada i den nu pågående och felaktiga upphandlingen om upphandlingen tillåts fortsätta. Om upphandlingen görs om kan bolaget lämna in ett nytt anbud och eventuellt tilldelas kontraktet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga förutsättningar och utgångspunkter

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (jfr rättsfallet RÅ 2009

ref. 69). Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt även om den upphandlande myndigheten följt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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 16 kap. 6 § LOU anges följande. 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 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.

Skall-kravet

Det i målet aktuella skall-kravet avseende antivirussystem, en av punkterna i avsnitt 1.5 Datasystem i förfrågningsunderlaget, har följande lydelse.

"Säkerhet: för närvarande använder Karolinska Universitetssjukhuset McAfee version 4.0.0.1494 anti-virus system. Det system som offereras skall vara validerat och kompatibelt med detta säkerhetssystem. Detta är ett krav för att systemet skall kunna anslutas till sjukhusets nätverk."

Leica har i sitt anbud lämnat följande svar i denna del:

"Bond III är validerat och CE/IVD godkänt. Leica rekommenderar att systemet användes med en brandvägg som säkerhetssystem i första hand."

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan är om Leicas anbud har förkastats på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU eller övriga bestämmelser i LOU. Prövningen omfattar endast det krav som angetts som grund för uteslutningen. Leica har gjort gällande att Leicas anbud uppfyller det i förfrågningsunderlaget ställda skall-kravet avseende antivirusprogram och därmed felaktigt diskvalificerats.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma *om* och - i förekommande fall - *hur* anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella skall-krav är uppfyllda. Att förfrågningsunderlaget saknar krav om att anbudsgivaren redan i sitt anbud ska visa att skall-kraven är uppfyllda, utgör således i sig inte något skäl att frångå huvudregeln att det ankommer på anbudsgivaren att visa att skall-kraven är uppfyllda om fråga härom skulle uppkomma (jfr detta stycke med Kammarrätten i Jönköpings dom från den 28 oktober 2010 i mål 2449-10).

Leica har framhållit att det inte anges som ett krav i förfrågningsunderlaget att det på något särskilt sätt ska bekräftas att skall-kravet är uppfyllt och därmed kan Karolinska Universitetslaboratoriet inte förkasta bolagets anbud på den av Karolinska Universitetslaboratoriet angivna grunden att det inte framgick av anbudet huruvida skall-kravet var uppfyllt. Bolaget anför vidare att det således är tillräckligt att skall-kravet är uppfyllt senast i samband med leverans av systemet och genom uppgifter i anbudet har bolaget bekräftat att skall-kravet kommer vara uppfyllt i samband med leve-

rans, det vill säga att systemet kommer vara kompatibelt med Karolinskas säkerhetssystem.

I kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget kan inte utläsas något krav på att anbudsgivaren ska bekräfta uppfyllelsen av skall-krav i sitt svar. Enligt förvaltningsrättens mening utgör dock skall-krav i en upphandling absoluta krav som måste uppfyllas på ett tydligt och fullständigt sätt. Ett minimikrav på en redovisning av sådana krav måste enligt förvaltningsrätten vara att man bekräftar att skall-kravet är uppfyllt. Förvaltningsrätten finner att det inte framgår av lämnat anbudssvar från Leica att bolaget bekräftat genom lämnade uppgifter att kompatibilitet med Karolinskas säkerhetssystem kommer vara uppfyllt senast i samband med leverans eller bekräftat att skall-kravet i detta hänseende är uppfyllt. Leica har således inte som anbudsgivare visat att skall-kravet är uppfyllt eller kommer vara helt uppfyllt senast vid leveranstidpunkt.

Att Karolinska Universitetslaboratoriet sedan tidigare skulle ha kännedom om att Leica uppfyller skall-kravet avseende antivirusprogram även gällande kompatibilitet genom att Leica är deras nuvarande leverantör är uppgifter som laboratoriet inte kan beakta i sin utvärdering av skall-kraven. Det skulle, vilket Karolinska Universitetslaboratoriet även påpekat, i så fall strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget.

Eftersom Leica inte visat att samtliga skall-krav har uppfyllts har det varit riktigt av Karolinska Universitetslaboratoriet att inte utvärdera Leicas anbud och laboratoriets agerande har således inte skett i strid med LOU. Förvaltningsrätten finner därför att vad Leica har anfört inte utgör skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

Förvaltningsrätten vill upplysningsvis tillägga att domstolen denna dag meddelat dom i mål 5143-13 där förvaltningsrätten beslutat att den i detta mål aktuella offentliga upphandlingen om immunplattform med upphandlande myndighet Karolinska Universitetslaboratoriet ska göras om med anledning av att det förelegat otydligheter beträffande bör-krav i förfrågningsunderlaget. Leica har således, precis som övriga anbudsgivare, därmed möjlighet att lämna anbud på nytt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Magnus Åhammar
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Martina Dackander har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

DV 3109/1A LOU