



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2015-10-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14484-15

SÖKANDE

1. Allentown Europe Limited, 05318228
3 Nimrod Way
Nimrid Industrial Estate
RG20EB
Storbritannien

2. Detach AB, 556660-2982
Vältstigen 4
645 41 Strängnäs

3. Getinge Sverige AB, 556509-9511
Box 69
310 44 Getinge

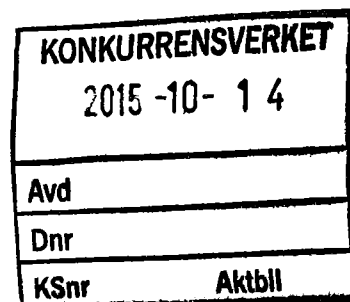
Ombud för 1–3: Marie Kyrk
Getinge Sverige AB
Box 69
310 44 Getinge

MOTPART

Karolinska Institutet
171 77 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 650574

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Karolinska Institutet (Karolinska) genomför en upphandling benämnd ”Upphandling av burstallning med tillhörande utrustning för Biomedicum Solna, 14041/UI 2-1415/2014”. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Vid ansökningstidens slut hade två anbudsansökningar kommit in. En från Scanbur A/S (Scanbur) och en från Getinge Sverige AB i konsortium med Allentown Europe Limited och Detach AB (konsortiet). Båda anbudssökandena kvalificerade sig och förfrågningsunderlaget skickades ut. Efter att förfrågningsunderlag skickats ut avböjde konsortiet att lämna anbud. Karolinska har i tilldelningsbeslut den 26 juni 2015 meddelat att Karolinska beslutat att anta anbud från Scanbur A/S.

Konsortiet ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Konsortiet anför följande grunder.

- Karolinska har valt att slå ihop olika upphandlingar på ett sådant sätt att endast en leverantör, Scanbur, har haft en reell chans att vinna upphandlingen.
- Karolinska har använt sig av förhandlat förfarande trots att skäl inte finns för det.
- Förfrågningsunderlagets utformning är konkurrensbegränsande och icke transparent.
- Karolinska har förhandlat om obligatoriska krav trots att dessa obligatoriska krav antingen ska uppfyllas eller ej.
- Inom område burstallningar är poängsättningen av de s.k. börkraven diskriminerande och inte proportionerliga.

- Kravställande på IVC-system enligt 7.1 A är i strid med bl.a. likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen i 1 kap 9 § LOU.

Karolinska har vid genomförandet av upphandlingen på sätt som angivits ovan uppenbarligen handlat i strid med LOU och brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap 9 § LOU och praxis därtill. Konsortiet har lidit skada till följd av överträdelserna.

Karolinska bestrider yrkandet. Karolinska har genomfört upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. Val av upphandlingsförfarande och utformning av förfrågningsunderlaget är helt förenligt med LOU, speciellt gällande de fem grundläggande upphandlingsprinciperna och konkurrensprincipen. Konsortiet kan inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada varför konsortiets ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konsortiet

Omfattningen av upphandlingen

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Karolinska har upphandlat två olika delar i upphandlingen, stallningsutrustning och diskutrustning. Genom detta har Karolinska begränsat konkurrensen på båda marknaderna. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna ska leverera så väl burstallningar, så kallad stallningsutrustning, som utrustning till burstallningar, så kallad diskutrustning. I Sverige upphandlas vanligen burstallningar och diskutrustning var för sig. Det är två skilda varor och

tjänster och det är i stort sett helt olika företag som levererar burstallningar respektive diskutrustning. De olika varorna och tjänsterna är helt fristående från varandra. Att Karolinska har begränsat konkurrensen framgår med all tydlighet då det endast är en leverantör, Scanbur A/S som har lämnat anbud. Det spelar ingen roll att Karolinska har erbjudit anbudssökandena att lämna anbud i konsortium. Detta då ett konsortium per definition innebär att flera företag ska gå tillsammans och lämna anbud med den problematik som föreligger i form av ekonomiska, praktiska och funktionella aspekter. Kravställningen i anbudsinvjudan kan svårligen uppfyllas trots ett omfattande samarbete bland de ledande aktörerna som bildat konsortiet. Den anbudsgivare som redan innan upphandlingen har en organisation för att leverera både efterfrågade varor och tjänster får en otillbörlig konkurrens fördel jämfört med de bolag som varit tvungna att bilda konsortium. Hela branschen känner till att Scanbur har ett distributionsavtal och försäljningsrätten av Tecniplast och IWT produkter. Det är välkänt att inga andra aktörer på marknaden tillhandahåller diskutrustning och burstallning och har ett sådant upplägg som Scanbur. Scanbur är sedan länge ensam distributör av varorna som efterfrågas. Det är uppenbart att Karolinska har begränsat konkurrensen i upphandlingen. De fördelar med att ha en avtalspart som Karolinska beskriver står inte i proportion till vilket utfall upphandlingen har fått (konkurrensbegränsande och med en anbudsgivare). Diskautomationen har i stort sett mer än 10 årig livslängd medan burarna har fem till sju år. Detta innebär att Karolinska måste göra en ny upphandling inom denna tidsram då nyinvesteringar eller komplettering av burarna kommer att behöva göras.

Är förfrågningsunderlagets utformning konkurrensbegränsande och icke transparent?

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Förfrågningsunderlaget är inte tydligt i alla delar. Av anbudsinbjudan framgår på sid.3, AFB.11 att upphandlingsform är generalentreprenad och av Anbudsinbjudan sid. 4 AFB.13 framgår att entreprenadformen är en styrd totalentreprenad. Detta är motsägelsefullt då en generalentreprenad och en totalentreprenad är två olika entreprenadformer. Karolinskas beskrivning av upphandlingen är otydlig och i strid med transparensprincipen i § 1 kap. 9 § LOU.

Förhandling om obligatoriska krav

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Karolinska har som förhandlingspunkter angett skallkraven i avsnitt 7.1. A trots att kraven anges som obligatoriska krav i upphandlingen. Kraven i 7.1. A utgör således en gräns för vad anbudsgivaren måste uppfylla för att få vara med i upphandlingen och ska således inte förhandlas om. Med anledning av att kravet kan förhandlas om blir det också otydligt avseende vad som gäller i upphandlingen. En anbudsgivare kan lätt uppfatta att kraven inte behöver uppfyllas då dessa går att förhandla om. Även i detta avseende har Karolinska handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna som framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Poängsättningen avseende burstallning

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Poängsättningen i Karolinskas utvärderingsmodell är diskriminerande och lämnar ett stort utrymme för godtycke. Av t.ex. Anbudsformuläret avseende burstallningar framgår ett stort antal bör-krav som gynnar en leverantur, Scanbur. Dessa krav behöver inte uppfyllas men om de är uppfyllda medför det att en

anbudsgivare får betydande rabatter, vilket innebär att den anbudsgivare som får flest rabatter vinner upphandlingen. Om inte tillräckligt många bör-krav är uppfyllda kan inte en anbudsgivare vinna upphandlingen och då finns inte förutsättningar för att lämna in anbud i upphandlingen. Scanbur har fått fiktiv rabatt på i sort sett samtliga bör-krav. Konsortiet har inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 2.1 B, framgår att IVC-system bör vara omställningsbart mellan negativt och positivt tryck. Detta är inte ett nödvändigt och adekvat krav, varav Karolinska inte heller ställt kravet som ett obligatoriskt skallkrav. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Det är endast Scanbur som kan uppfylla detta bör-krav och dessutom genom utrustning som är under utveckling. Då börkravet ger en fiktiv rabatt på 10 000 000 kr till anbudsgivarna är det av yttersta vikt att uppfylla kravet för att överhuvudtaget ha möjlighet att vinna upphandlingen.

Av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 2.2, framgår att burbottnar bör vara helt släta på insidan utan instickande nipplar. Detta är inte ett nödvändigt adekvat krav, varav Karolinska inte heller ställt kravet som ett obligatoriskt skallkrav. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Samtliga leverantörer på marknaden har olika lösningar på sina IVC-system men uppnår samma resultat. Det är den totala tekniken i IVC-systemen som är av vikt för miljön och djurens välfärd. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Kravet är konkurrensbegränsande. Det är bara Scanbur som kan uppfylla kravet. Börkravet ger en fiktiv rabatt på 5 000 000 kr.

Av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 2.6, framgår att luften bör tillföras djurburarna på ett sådant sätt att dragnivån inte på någon plats i burens vistelsezon överstiger 0,20 m/s. Detta är inte ett nödvändigt adekvat krav, varav Karolinska inte heller ställt kravet som ett obligatoriskt skullkrav. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Samtliga leverantörer på marknaden har olika lösningar på sina IVC-system men uppnår samma resultat. Det är den totala tekniken i IVC-systemen som är av vikt för miljön och djurens välfärd. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Kravet är konkurrensbegränsande. Det är inte nödvändigt för djuren som ska vistas i burarna. Det är bara Scanbur som kan uppfylla kravet. Börkravet ger en fiktiv rabatt på 20 000 000 kr.

Av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 7.2, framgår också att de tekniska kraven på IVC-systemets fläkt- eller klimatenhet och att luftomsättning i burar bör vara minst 60 oms/h. Detta är inte ett nödvändigt adekvat krav, varav Karolinska inte heller ställt kravet som ett obligatoriskt skullkrav. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Samtliga leverantörer på marknaden har olika lösningar på sina IVC-system men uppnår samma resultat. Det är den totala tekniken i IVC-systemen som är av vikt för miljön och djurens välfärd. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Kravet är konkurrensbegränsande. Det är bara Scanbur som kan uppfylla kravet. Andra leverantörer har 50 oms/h eller lägre. Skillnaden har ingen direkt effekt för burarnas fläkt- eller klimatenhetens kvalitet. Det har visats i en studie gjord av Karolinska att luftomsättningen inte är avgörande för djurens välfärd. Börkravet ger en fiktiv rabatt på 4 000 000 kr.

Av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 7.3, framgår att tryckdifferensen mellan buren och omgivningen bör vara minst 5 Pa. Detta

är inte ett nödvändigt adekvat krav, varav Karolinska inte heller ställt kravet som ett obligatoriskt skallkrav. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Samtliga leverantörer på marknaden har olika lösningar på sina IVC-system men uppnår samma resultat. Det är den totala tekniken i IVC-systemen som är av vikt för miljön och djurens välfärd. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Kravet är konkurrensbegränsande. Det är bara Scanbur som kan uppfylla kravet. Den angivna tryckdifferensen är inte bra ut energisynpunkt och gör att allergena material kan läcka ut ur buren. Börkravet ger en fiktiv rabatt på 4 000 000 kr.

Av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 7.3, framgår att omställningen mellan över- och undertryck och vice versa bör vara enkel för IVC-reolernas klimatenheter. Det är bara Scanbur som kan uppfylla kravet då endast Scanbur kan leverera efterfrågad klimatenhet. Samtliga leverantörer på marknaden har olika lösningar på sina IVC-system men uppnår samma slutliga resultat. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Kravet är konkurrensbegränsande. Börkravet ger en fiktiv rabatt på 2 000 000 kr.

Slutligen framgår av Teknisk beskrivning IVC-system, avsnitt 7.9, att varje fläktenhet och klimatenhet, dock ej reoler enligt 2.1B och 2.1C, bör kunna försörja fyra enkelsidiga eller två dubbelsidiga reoler. Kravet är inte lämpligt, effektivt eller nödvändigt för att Karolinska ska uppnå det avsedda resultatet med upphandlingen. Kravet är inte proportionerligt och likabehandlande. Kravet är konkurrensbegränsande. Det är bara Scanbur som kan uppfylla kravet. Börkravet ger en fiktiv rabatt på 3 000 000 kr.

Av ovan framgår att om konsortiet skulle lämna anbud i upphandlingen hade konsortiet räknat med att inte få fiktiva rabatter om sammanlagt 48 000 000 kr, vilket motsvarar mer än 50 procent av den möjliga totala rabatten. En anbudgivare som vet att en konkurrent kommer att få ca 50 procent mer i rabatt, vet också att det inte finns någon som helst reell chans att vinna framgång genom att lämna anbud i upphandlingen. Det har därmed inte varit ekonomiskt försvarbart att lämna anbud. Det är välkänt i branschen vilka varor och tjänster som Scanbur har. Det är uppenbart att Karolinska har efterfrågat Scanburs varor.

Detta är bara några exempel på vilka börkrav som har ställts i upphandlingen och vilka konsekvenser dessa har fått. De flesta börkraven har inte varit nödvändiga, rimliga eller proportionerliga. Karolinska har uppenbarligen handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Valet av förfarande

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Karolinska har använt sig av förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § LOU trots att skäl inte finns för att göra det. Upphandlingen är inte av sådan art att den kan anses vara en intellektuell tjänst. Upphandlingen är inte heller av sådan art att det krävs ett visst mått av kvalificerat tänkande och analys, kreativitet, teknisk problemlösning eller dylikt från leverantörens sida. Den är endast nydanande på så sätt att Karolinska valt att slå ihop två områden till ett. Det är inte helt korrekt att Karolinska har efterfrågat funktionslösningar. Detta gäller endast delen som rör diskutrustning och som motsvarar en fjärdedel av upphandlingen. I den mycket större delen (ca tre fjärdedelar av upphandlingen) som rör burstallning har Karolinska gjort en mycket detaljerade kravställning, vilket framgår av skallkraven och börkravens utformning. Det har varit möjligt för Karolinska att utforma ett tillräckligt

exakt förfrågningsunderlag, vilket de också har gjort. Det bestrids att föremålet är komplext som Karolinska gör gällande.

Valet av förfarande har inneburit skada eller risk för skada för konsortiet. Förhandlingspunkterna är till fördel för Scanbur då Scanbur är det enda bolaget som kan uppfylla funktionskravet på det sätt de är utformade i upphandlingen. Den första förhandlingspunkten som rör kravet i 2.1 B är förhandlingsbar för att Karolinska vet att Scanbur har denna under utveckling. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förhandlat förfarande får användas.

Kravställande på IVC-system

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Karolinska har ställt följande obligatoriska tekniska krav på IVC-systemets luftförsörjningsenhet genom Teknisk kravspecifikation IVC-system, avsnitt 7.1.A.

”Enheten skall hämta luft från det stallningsutrymmet den är placerad i.”

*”Enhetens inställningsmöjligheter skall vara lägst:
Temperatur tilluft från $19 + C$ till $23 + C$, relativ luftfuktighet från 40 % till 60 % inom inställningsbara temperaturer.*

Den sistnämnda meningen innebär att leverantörens luftförsörjningsenhet förutom att ha ett luftaggregat som renar inkommande och utgående luft även ska ha inställningsmöjligheten att justera temperatur och luftfuktigheten. Detta är ett obligatoriskt skallkrav i upphandlingen. Kravet, som det är ställt, innebär att andra leverantörers IVC-system (luftförsörjningsenheter) diskvalificeras då den enda leverantören på marknaden som har en luftförsörjningsenhet med den inställningsmöjligheten är Scanbur. Karolinska utesluter därmed alla andra leverantörer. Det framgår av avsnitt 7.1.A. att enheten ska hämta luft från det stallningsutrymme den är placerad i och att rummets temperatur och

luftfuktighet ligger inom de rekommenderade värden som finns för att säkerställa djurens välfärd varvid det ställda kravet om luftförsörjningsenheternas temperatur och luftfuktighet inte är nödvändigt. Åtgärden är inte lämplig och effektiv för att nå det eftersträlvade syftet. Den negativa effekten som åtgärden/kravet får är oproportionerligt. Det framgår inte av EU-kommissionens rekommendationer och riktlinjer för djur att en sådan funktion är nödvändig. Av Statens jordbruksverks föreskrifter och allmänna råd om försöksdjur, SJVFS, 2012:26, 16 kap 18–19 § framgår bl.a. att isolering, värme och ventilation i djurrummet ska säkerställa ett gott klimat samt att temperaturen ska mätas och registreras dagligen. Notera att detta är på djurrums nivå. Kravet är vidare orimligt då det ska uppfyllas inför anbudslämningen och anbudstiden härav är för kort. Konsortiet har på grund av detta inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Om konsortiet hade lämnat anbud hade de uteslutits eftersom de inte uppfyller skallkravet. Karolinska har handlat i strid med LOU och då särskilt principerna om icke diskriminering, likabehandling, transparens och proportionalitet.

Av Allentowns tjänsteanteckning från mötet med Karolinska som Karolinska hänvisar till framgår att vissa saker diskuterades, dock inte klimatiserande fläktenheter.

Generellt om skada

Konsortiet har anfört bl.a. följande i denna del. Konsortiet har lidit skada till följd av hur Karolinskas krav och utvärderingsmodell i upphandlingen är formulerade. Konsortiet som uppenbarligen haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen har lidit skada bl.a. då konsortiet inte fått någon rimlig möjlighet att lämna anbud då bl.a. de obligatoriska kraven är missgynnande mot samtliga leverantörer som inte har Scanburs IVC-system eller luftförsörjningsenhet. En normalt omsorgsfull leverantör på

området har uppenbarligen inte haft en rimlig möjlighet att lämna anbud i enlighet med de ställda obligatoriska kraven då krav varit oproportionerliga. Karolinska har begränsat konkurrensen.

Förfrågningsunderlaget är otydligt och diskriminerande. Ställda krav i utvärderingsmodellen är oproportionerliga och diskriminerande. Upphandlingen är uppenbart konstruerad på ett sådant sätt att endast en leverantöre, Scanbur, kan vinna upphandlingen. Karolinska har använt sig av förhandlat förfarande trots att förutsättningar inte förelåg. Konsortiet har klart och tydligt visat att de har lidit skada genom att Karolinska inte iakttagit vad som framgår av LOU och praxis. Om Karolinska inte hade överträtt LOU hade konsortiet kunnat vara med och lämna anbud i upphandlingen. Konsortiet har dock inte haft en reell chans att lämna anbud i upphandlingen. Därmed har konsortiet visat att det föreligger ett orsakssamband mellan Karolinskas överträdelse och konsortiets skada.

Karolinska

Omfattningen av upphandlingen

Karolinska har anfört bl.a. följande i denna del. Karolinska har gjort en verksamhetsanalys och en rättslig analys. Baserat på föremålets komplexitet och den höga automationsgraden som är kravställd har Karolinska kommit fram till att det skulle ge mer nytta och värde om man kan samordna och organisera både stallningsutrustning och diskutrustning i samma upphandling och av samma entreprenör med totalansvar. Detta eftersom det är komplicerat och ohållbart för Karolinska att få hela systemet robust genom att ha två olika leverantörer som enbart ser till sitt eget intresse. Karolinska har upplyst marknaden under steg 1 i anbudsinvitan om att den marknadsanalys som genomförts visar att det inte finns någon leverantör/tillverkare som klarar av att uppfylla hela

förfrågan självständigt men att det finns och har funnits samarbeten mellan olika företag som kan uppfylla kommande förfrågan. Konsortiets påstående om att förfrågningsunderlagets utformning (omfattning) är konkurrensbegränsande är felaktigt. Stallningsutrustning och diskutrustning är ytterst sammanlänkade i både design, funktion och kvalitet. Förstår inte entreprenören det kan systemen aldrig bli robusta. Det finns inte något krav i lagens mening på att förfrågningsunderlag ska vara så utformade att varje potentiell anbudsgivare i varje upphandling ska ha möjlighet att självständigt lämna anbud. Om det i varje anbud skulle tas höjd för varje anbudsgivares speciella förutsättningar skulle det inte vara möjligt för myndigheten att genomföra upphandlingar. Konsortiet kan inte kräva och förvänta sig att Karolinska åsidosätter sina egna behov för att kunna anpassa sig till konsortiets förmåga och förutsättningar i den aktuella upphandlingen. I den här upphandlingen vill Karolinska endast ha en enda part som ansvarar för hela kedjan – djurstallningsutrustning som ska diskas – transportvagnar och dyl. för transport mellan (till och från) djuravdelningarna och diskanläggningen – en helautomatiserad diskanläggning specialanpassad för djurstallningsutrustningen. Karolinska har inte ställt krav på att det ska vara samma tillverkare för hela kedjan, utan bara att ha en och samma motpart. Det kan inte anses att viss eller vissa leverantörer gynnas. Den vinnande leverantören Scanbur har heller ingen möjlighet att självständigt leverera efterfrågad entreprenad utan att ha samarbete med andra företag.

Valet av förfarande

Karolinska har anfört bl.a. följande i denna del. Karolinskas huvudintention har varit att hitta en kreativ medpart som kan hjälpa Karolinska att utveckla tekniken för att hysa försöksdjur samt för att minimera hälsorisker för teknisk personal, både djurtekniskt och diskteknisk personal. Karolinska har i förfrågan bl.a. ställt krav som

möjliggör stora energiminskningar avseende både djurstallningsutrustning och diskutrustning jämfört med traditionella djuravdelningar och diskavdelningar. Vid tidpunkt för upphandlingen har Karolinska endast tomma volymer (rum) som förutsättningar i förfrågningsunderlaget, dvs. har Karolinska inte projekterat någon lösning på hur diskanläggningen ska konstrueras eller utformas, likaså hur djurstallningsutrustningen ska utformas för djurrummen. Det krävs i allra högsta grad teknisk problemlösningsförmåga och kreativt tänkande för att kunna tillgodose Karolinskas behov i sammanhanget. Det är också svårt för Karolinska att vid tidpunkt för upphandlingen bedöma vilka finansiella och rättsliga lösningar som är tänkbara. På grund av föremålets komplexitet anser Karolinska att denna entreprenadtjänst är en intellektuell tjänst enligt 4 kap 2 § 3 LOU. Det har varit omöjligt för Karolinska att upprätta förfrågningsunderlaget med tillräcklig exakthet för att välja det bästa anbudet genom ett öppet eller selektivt förfarande. Karolinska har svårt att i förväg veta så mycket om den senaste tekniska utvecklingen som ofta är strikt hemlig intill dess ett kontrakt skrivs. Tonvikten i förfrågningsunderlaget har lagts på funktionslösningar. Genom ett förhandlat förfarande skulle Karolinska kunna få möjlighet att diskutera med anbudsgivarna om olika sätt att lösa olika funktioner. Anbudsgivarna förväntas inte lämna ett anbud på beställarens färdigprojekterade lösning, utan ska föreslå lösningar. Att beskriva funktioner innebär att alla tänkbara tekniska lösningar kan erbjudas. För att säkerställa kvalitet och funktionalitet har Karolinska som avsikt att förhandla. De punkter Karolinska bedömer vara i stor utvecklingsfas ger utrymme att förhandla. Förhandlingspunkterna framgår tydligt av bilagorna till förfrågningsunderlaget och är därmed helt förutsägbara.

Är förfrågningsunderlagets utformning konkurrensbegränsande och icke transparent?

Det är en ren och uppenbar felskrift att i förfrågningsunderlaget finns de två begreppen generalentreprenad och totalentreprenad omnämnda. Det leder dock inte till någon otydlighet och oklarhet gällande tolkning av sakfrågan: det är en totalentreprenad. Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget att hela AF-delen bygger på ABT 06, dvs. totalentreprenad.

Förhandling om obligatoriska krav

De förhandlingspunkter som anges i förfrågningsunderlaget efterfrågar på vilket sätt som kravet uppfylls, vilket är av betydelse för anläggningens optimala funktion i fastigheten den ska inrymmas.

Poängsättningen avseende burstallning

Karolinska är ett av världens ledande medicinska universitet. De efterfrågade utrustningarna/lösningarna ska användas i forskningsverksamhet. De ställda börkraven har värderats med fiktiva rabatter för att åskådliggöra dess relevans: hög fiktiv rabatt för krav med stor relevans och lägre rabatt då relevansen är lägre.

De fiktiva rabatternas storlek är en bedömning Karolinska gjort utifrån hur mycket mer Karolinska är beredd att betala för ett i anbudet specificerat mervärde. Det är omöjligt för Karolinska att i förväg veta hur och på vilket sätt en anbudsgivare föreslår lösning och pris på respektive krav. Samtliga ställda krav, skallkrav och börkrav är både nödvändiga och adekvata då de utgår från verksamhetens krav på efterfrågad utrustning. Konsortiets

påstående är baserat på deras egna uppfattningar. Det saknas därför anledning att i detalj bemöta och besvara konsortiets påstående.

De fiktiva rabatterna är ett mått på vad Karolinska är beredd att betala mer (extra) för denna kvalitetshöjning. Detta innebär att ett högre anbudspris kan bli det mest fördelaktiga anbudet. Denna rabatt subtraheras från anbudspriset och är alltid samma belopp oavsett anbudsprisets storlek. Således får mervärdet alltid samma värde oavsett anbudspris.

Vad gäller kravet i avsnitt 2.6 om lufttillförsel så är detta krav lagstadgat.

Kravställande på IVC-system

Samtliga ställda krav, skullkrav och börkrav är både nödvändiga och adekvata då de utgår från verksamhetens krav på efterfrågad utrustning.

Scanbur har i sitt anbud presenterat en ny produkt (inte den produkten konsortiet hänvisar till) som uppfyller de krav Karolinska i upphandlingen ställt. Möjligheten att utveckla en sådan produkt har funnits även för konsortiet och andra intressenter.

SJVFS, 2012:26 som konsortiet hänvisar till är skriven innan IVC-system fanns. EU:s guidelines talar om inneslutningar, vilket kan och ska jämföras med IVC-burar.

I ett IVC-system vistas djuren i en sluten bur och då ska rimligen dessa krav gälla burens och inte i det stallningsutrymme där IVC-systemen är placerade. Av flera anledningar har Karolinska valt att flytta temperaturhållning och luftbefuktning till IVC-systemets försörjningsenhet. Bl.a. ger det en signifikant energibesparing då det endast är burarna som får den energikrävande klimatiseringen, istället för hela

rummet som enligt den äldre tekniken. Att flytta klimatiseringen till IVC-systemen ger ett mer stabilt klimat för djuren än då klimatiseringen sker på rumsnivå. Det ger även bättre klimat i stallningsrummet för de djurtekniker som dagligen arbetar i dessa rum.

Konsortiet har i god tid (tre år) innan upphandlingen fått information om denna upphandling och dess hållbarhetskrav. Inför upphandlingen, den 24 april 2012 kl. 14.00, anordnade Karolinska ett möte med Allentown Limited (Allentown), ett bolag av konsortiet som avser att ha ansvar för IVC-system. På mötet informerade Karolinska Allentown (konsortiet) bl.a. om Karolinskas kommande krav på klimatiserande fläktenhet till den blivande djurfaciliteten KMB.

Generellt om skada

Den 4 maj 2015 meddelade konsortiet att de avböjer att lämna anbud. Konsortiet har inte visat på vilket sätt valet av förhandlat förfarande medfört skada eller risk för skada för konsortiet. Inte heller har konsortiet visat på vilket sätt de påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget har medfört skada eller risk för skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövning

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i

16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En utgångspunkt är att upphandlande myndigheter har en stor frihet att själva välja vad som ska upphandlas och vilka egenskaper det som upphandlas ska ha (se RÅ 2010 ref 78).

Varken LOU eller EU-rätten innehåller några formkrav på hur ett förfrågningsunderlag eller en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Av EU domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se bl.a. mål C-19/00 SIAC Construction och C-448/01 Wienstrom).

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade, får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagstiftningen och gemenskapsrätten inte träds för när.

Syftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att det öppnas för så bred konkurrens som möjligt och att det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran. Om ett krav inskränker konkurrensen måste det prövas om detta är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Utöver öppen och direkt diskriminering av vissa leverantörer är det förbjudet att vidta åtgärder som indirekt eller potentiellt har motsvarande verkan. Detta kan t.ex. vara att en upphandlande myndighet eller enhet använder krav eller utvärderingskriterier i en upphandling som i formellt hänseende är likabehandlande, men som i praktiken utesluter eller favoriserar vissa leverantörer/varor och det saknas godtagbar koppling mellan kraven/utvärderingskriterierna och föremålet för upphandlingen. Principerna om likabehandling och icke-diskriminering torde emellertid inte innebära en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att kompensera för inneboende, naturliga konkurrenshinder som typiskt sätt drabbar vissa leverantörer mer än andra, såsom geografiska avstånd, språk, skillnader i affärskultur och höga inträdesbarriärer på en marknad. (Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012 sid 39).

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det för talerätt inte krävs att den aktuella leverantören har ingett anbud i upphandlingen. Möjligheten till överprövning ska enligt EU-domstolen vara öppen för varje aktör som har eller har haft ett intresse av att få ett offentligt kontrakt (se EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 april 2015 i mål nr 2200-15). Förvaltningsrätten går därmed vidare till att pröva målet i sak.

Omfattningen av upphandlingen

Karolinska har upphandlat burstallningar och diskutrustning till burstallningarna i en och samma upphandling. Karolinska har bl.a. motiverat detta med att det skulle ge mer nytta och värde om man kan samordna och organisera både stallningsutrustning och diskutrustning i samma upphandling och av samma entreprenör med totalansvar med anledning av att det är komplicerat och ohållbart för Karolinska att få hela systemet robust genom att ha två olika leverantörer som enbart ser till sitt eget intresse.

En utgångspunkt är att upphandlande myndigheter har en stor frihet att själva välja vad som ska upphandlas och vilka egenskaper det som upphandlas ska ha (jfr RÅ 2010 ref 78). Förvaltningsrätten anser inte att det har framkommit att det varit en oproportionerlig åtgärd av Karolinska att upphandla de båda områdena i samma upphandling för att uppnå syftet med upphandlingen. Det har i målet även framkommit att det varit möjligt för leverantörer att gå samman för att kunna leverera efterfrågade produkter (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 december 2010 i mål nr 1071-10). Förvaltningsrätten anser att konsortiet inte har visat att Karolinska genom att upphandla burstallningar och diskutrustning i samma upphandling har begränsat konkurrensen på ett sådant sätt att det kan anses strida mot LOU och dess grundläggande principer. Det saknas därmed skäl för ingripande på denna grund.

Förhandling om obligatoriska krav

Av den andra förhandlingspunkten i upphandlingen framgår följande.

Nr	Ämne	Anmärkning/anteckning
7.1A	Uppfyllelse av funktionskrav på klimatenhet.	En ytterst viktig del ur energibesparingshänseende.

Karolinska har anfört att förhandlingspunkten efterfrågar på vilket sätt som kravet uppfylls. Förvaltningsrätten anser att det inte framgår av den andra förhandlingspunkten att skallkravet i 7.1A inte behöver uppfyllas.

Förvaltningsrätten anser därmed att konsortiet inte har visat att Karolinska har förhandlat om ett obligatoriska krav på ett sådant sätt att det obligatoriska kravet inte behöver uppfyllas. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Är förfrågningsunderlagets utformning konkurrensbegränsande och icke transparent?

I förfrågningsunderlaget, anbudsinsbjudan, anges i punkten AFB 11 att upphandlingsformen är generalentreprenad. I andra delar av förfrågningsunderlaget anges att det är en totalentreprenad. Karolinska har uppgett att det faktum att de har skrivit generalentreprenad beror på en uppenbar felskrivning men att det framgår av förfrågningsunderlaget att det rör sig om en totalentreprenad. Förvaltningsrätten konstaterar att det framgår av förfrågningsunderlaget att AF-delen bygger på ABT 06 och därmed att det är en totalentreprenad. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget i sin helhet är utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt; nämligen att det som avses är en

totalentreprenad. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Poängsättningen avseende burställning

Av Teknisk kravspecifikation IVC-system (system för ventilerade djurburar) avsnitten nedan framgår bl.a. följande.

Avsnitt 2.1 B – ”IVC-systemen bör vara omställningsbara mellan negativt och positivt tryck”.

Avsnitt 2.2 – ”Burbottnar bör vara helt släta på insidan utan instickande nipplar, utan skarpa veck och utan vassa kanter”.

Avsnitt 2.6 – ”Luften bör tillföras djurburarna på ett sådant sätt att dragnivån inte på någon plats i burens vistelsezon överstiger 0,20 m/s”.

Avsnitt 7.2 – ”Luftomsättning i burar bör vara minst 60 oms/h”.

Avsnitt 7.3 – ”Tryckdifferensen mellan buren och omgivningen bör vara minst 5 Pa och hållas stabil, gäller både positivt och negativt tryck i buren” och ”Omställning mellan över- respektive undertryck och vice versa bör vara enkel och genomförande av omställning bör beskrivas i anbudet”.

Avsnitt 7.9 – ”Varje fläktenhet och klimatenhet, dock ej reoler enligt 2.1B och 2.1C, bör kunna försörja fyra enkelsidiga eller två dubbelsidiga reoler”.

Förvaltningsrätten konstaterar att utgångspunkten är att upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Karolinska har anfört bl.a. att de fiktiva rabatternas storlek är en bedömning Karolinska gjort utifrån hur mycket mer Karolinska är beredd att betala för ett i anbudet specificerat mervärde/kvalitetshöjning.

Förvaltningsrätten anser att börkraven eller de så kallade utvärderingskriterierna har en objektiv utformning och de diskriminerar inte någon leverantör. Det har varit möjligt för samtliga leverantörer att ta

fram produkter med efterfrågade funktioner. Kriterierna framstår inte heller som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Det faktum att kriterierna inte stämmer in på de produkter konsortiet idag erbjuder innebär inte att de är oproportionerliga. Förvaltningsrätten anser inte heller i övrigt att det har framkommit att kriterierna är oproportionerliga. Förvaltningsrätten anser att konsortiet inte har visat att kriterierna inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte heller att de strider mot LOU och dess grundläggande principer. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Valet av förfarande

Enligt 4 kap. 2 § 3 LOU får ett förhandlat förfarande med föregående annonsering användas för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Ett exempel på en sådan intellektuell tjänst kan vara projektering av anläggningar. (Prop. 2006/07:128 sida 325).

Förvaltningsrätten konstaterar att Karolinska har tillämpat ett undantag genom att tillämpa 4 kap. 2 § 3 LOU. Det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger (se EU-domstolens dom i mål C-157-06, kommissionen mot Italien p. 23).

Den aktuella upphandlingen avser en totalentreprenad av burstallning med diskutrusning i forskningsmiljö. Karolinska har delvis utformat förfrågningsunderlaget på så vis att det efterfrågar funktionslösningar. Karolinska har motiverat detta med att Karolinska vill diskutera fram olika

lösningar med anbudsgivarna och att den senaste tekniska utvecklingen ofta är strikt hemlig intill dess ett kontrakt skrivs. Förvaltningsrätten anser att utformningen av förfrågningsunderlaget ger stöd för att det varit fråga om tjänster av sådan art inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. Även upphandlingens föremål i sig, teknisk avancerad utrustning som ska användas i forskningsmiljö, ger stöd för att tjänsterna är av sådan art. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Karolinska har visat att tjänsten är av sådan art inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. Karolinska har därmed inte brutit mot LOU och dess grundläggande principer genom att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Kravställande på IVC-system

I 6 kap. 1–3 §§ LOU finns bestämmelser om tekniska specifikationer. Av 3 § första stycket framgår att en upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. Kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

Av Teknisk kravspecifikation IVC-system (system för ventilerade djurburor) punktern 7.1A framgår bl.a. följande.

”Tekniska krav på IVC-systemets klimatenhet för system beskrivet i 2.1A som skall ingå i anbudet: Enheten skall hämta luft från det stallningsutrymme den är placerad i. Stallningsutrymmets lufttemperatur varierar mellan +19°C och 21°C. Stallningsutrymmets relativa luftfuktighet varierar med utomhusförhållandet upp till högst 65 % vid +19°C. Därför krävs att enheten skall behandla luften först med filtrering i

två steg, grovfilter och H14 filter. Därefter skall luften vid behov befuktas och värmas alternativt kylas till på enheten inställt förhållande.”

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Kraven måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. De krav som myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten.

Förvaltningsrätten finner att kravet att luftförsörjningsenheten ska ha en inställningsmöjlighet att justera temperatur och luftfuktighet har en sådan koppling. Kravet har även en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Kravet framstår inte heller som oproportionerligt. Vid sådant förhållande saknas det anledning att pröva om kravet leder till ett mer stabilt klimat för djuren och djurteknikerna (jfr RÅ 2010 ref 78).

Konsortiet anför att kravet är orimligt eftersom det ska uppfyllas inför anbudslämningen och anbudstiden härav är för kort. Karolinska anför att konsortiet genom Allentown har fått information om kommande krav på klimatiserande fläktenhet vid ett möte 2012. Förvaltningsrätten konstaterar att det faktum att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt innebär bl.a. att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas (jfr HFD 2012 ref. 48). Utifrån vad som har framkommit i målet anser förvaltningsrätten inte att konsortiet har visat att anbudstiden är så snäv att en viss leverantör gynnas.

Det krav som Karolinska har ställt upp i förfrågningsunderlaget bör mot bakgrund av det ovan anförda godtas. Konsortiet har inte visat att Karolinska har brutit mot LOU och dess grundläggande principer i denna

del. Det saknas därmed skäl för ingripande med stöd av LOU även på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har det inte framkommit i målet att Karolinska har brutit mot LOU och dess grundläggande principer på någon av de grunder som konsortiet anför. Konsortiets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Lena Aronsson
Rådman

Frida Hellström 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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