



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2014-06-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10518-14

SÖKANDE

Bruker Optics Scandinavia AB, 556599-1097

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Naturhistoriska riksmuseet, 202100-1124
Box 50007
104 05 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-06-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Naturhistoriska riksmuseets upphandling av en FTIR-spektrometer med tillhörande IR-mikroskop ska göras om.

Dok.Id 492269

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Naturhistoriska riksmuseet (NRM) upphandlar en FTIR-spektrometer med tillhörande IR-mikroskop, dnr 5.1.6-251-2014. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. NRM har beslutat att teckna avtal med annan anbudsgivare än Bruker Optics Scandinavia AB.

Bruker Optics Scandinavia AB (Bruker eller bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtas på så sätt att anbudet från Thermo Fisher Scientific (TFS) diskvalificeras på grund av bristande uppfyllelse av ska-krav och således inte tas med till utvärdering. Bolaget yrkar i andra hand att utvärderingen görs om på så sätt att TFS inte tilldelas några poäng i utvärderingen av det bör-krav som är kopplat till det ska-krav som inte uppfylls och i tredje hand att upphandlingen görs om.

NRM anser att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall men att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen görs om med förtydligat förfrågningsunderlag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Till stöd för ansökan gör Bruker gällande att NRM:s handlande i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att bolaget riskerar att lida skada genom att gå miste om möjligheten till försäljning som uppgår till omfattande belopp.

Tilldelningsbeslut

Bolaget anför att formuleringen att "upphandlingen är avslutad först sedan det gått 10 dagar efter det att tilldelningsbeslutet avsänts och att kontrakt undertecknats av båda parter" inte uppfyller kraven i 9 kap. 9 § LOU avseende underrättelse om avtalsspärr. Vidare är det till tilldelningsbeslutet

bifogade utvärderingsunderlaget inte utformat på ett sådant sätt att det går att utläsa skälen för NRM:s beslut.

NRM i sin tur hävdar att det inte är korrekt att information om avtalsspärr saknas samt anser att anbudsgivare och motiv för tilldelning framgår av det bifogade utvärderingsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner att den formulering som NRM använt sig av för att ange en period under vilken avtal inte får ingås kan accepteras och kan förstås i sitt sammanhang utan att ordet avtalsspärr anges. Förvaltningsrätten finner också att utvärderingsprotokollet som bifogats tilldelningsbeslutet är överskådligt och lätt att förstå innebörden av, särskilt mot bakgrund av att de båda utvärderade anbudsgivarna har tilldelats samma poäng förutom när det gäller pris för optioner som därmed särskiljer anbudet åt. Informationen är tillräcklig för att en anbudsgivare ska kunna avgöra om en ansökan om överprövning ska göras, vilket också har också gjorts i det här fallet. Något skäl för ingripande på grund av tilldelningsbeslutets utformning finns inte.

Uppställt ska-krav

Braker anser att NRM har handlat i strid med de i 1 kap 9 § LOU stadgade grundläggande upphandlingsrättsliga principerna när NRM inte har diskvalificerat anbudet från TFS trots att detta inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Grunden för andrahandsyrkandet är att NRM har brutit mot samma principer genom att i utvärderingen tilldela TFS anbud högsta poäng när det gäller möjlighet till uppgradering med arraydetektor trots att det bakomliggande ska-kravet inte uppfylls. Den beskrivning som TFS lämnat i sitt anbud avser därmed något annat än vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget under punkten 3.2.20. Det föreligger enligt vad som sägs i förfrågningsunderlaget inte förutsättningar för att tilldela annat än 0 poäng för det aktuella kriteriet. Grunden för tredje-

handsyrkandet är att NRM har vidgått att förfrågningsunderlaget brister i transparens och därmed inte är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Även om ordet arraydetektor skulle tolkas på det sätt som NRM har gjort och det av TFS offererade alternativet då skulle uppfylla ska-kravet så faller alternativet på nio andra ska-krav som inte uppfylls. Det föreligger därmed grund för förvaltningsrätten att förordna om rättelse. Skulle förvaltningsrätten finna att tolkningen av ordet arraydetektor är av avgörande betydelse för anbudsgivarna när de har arbetat fram sina anbud, samt för att NRM skulle kunna pröva och utvärdera anbuden, är förfrågningsunderlaget behäftat med en otydlighet och det föreligger grund för att förordna om att upphandlingen ska göras om. Bruker gör dock gällande att detta i första hand inte är fallet.

NRM uppger att vid värdering av svaren har begreppet arraydetektor, i punkten 3.2.20 i förfrågningsunderlaget, tolkats i en vidare mening. NRM konstaterar att det finns en oklarhet i nämnda punkt där arraydetektor borde ha definierats som "arraydetektor av tvådimensionell typ". Oklarheten har begränsat NRM:s möjligheter att värdera inkomna anbud utifrån sitt behov och att välja det ekonomiskt fördelaktiga anbudet. NRM har tolkat svaret från TFS som att kravet kan uppfyllas genom montering av en arraydetektor av linjär typ. Även om NRM avsåg en arraydetektor av tvådimensionell typ anser NRM att även en linjär multidetektor kan anses vara en typ av arraydetektor och därför har TFS tilldelades 8 poäng. NRM har inte utvärderat det alternativa mikroskop som TFS har offererat eftersom det inte uppfyller uppställda krav.

Förvaltningsrätten tar sin utgångspunkt vid bedömningen i målet i att Bruker, förutom bristande uppfyllelse av ska-krav hos vinnande anbudsgivare, också åberopar brister i förfrågningsunderlaget, visserligen som en följd av att NRM anser det befogat att det förordnas att upphandlingen ska göras om. Prövningsramen i målet omfattar därmed såväl brister i vinnande

anbud som brister i det konkurrensuppsökande skedet. En annan utgångspunkt av betydelse för förvaltningsrättens bedömning är att det i upphandlingen finns endast två kvalificerade och utvärderade anbudsgivare.

Av praxis framgår att en domstol i ett upphandlingsmål inte är bunden av parts yrkande om val av åtgärd. Domstolen har att, oavsett hur yrkandet har utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Vidare framgår det att det med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2005 ref. 47, HFD 2013 ref. 5 och RÅ 2008 not. 26). Vid valet av åtgärd är rätten inte bunden av det sökanden yrkat i frågan (se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26). Om motparten anser att en ansökan om överprövning ska bifallas bör, enligt förvaltningsrättens mening, rätten i princip kunna utgå från att den ska bifalla ansökan och besluta om lämplig åtgärd.

Förvaltningsrätten förstår NRM:s inställning så att ansökan ska bifallas därför att det finns skäl att korrigera förfrågningsunderlaget och att NRM därefter, utifrån det egna behovet, ska ha möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att upphandlingen därför ska göras om.

I förfrågningsunderlaget anges att Instrumentet bör även uppfylla följande kriterier (3.2.17- 3.2.20). Under punkten 3.2.20 anges Möjlighet till uppgradering av ”arraydetektor”-system med utbildningsmöjligheter för IR-mikroskopet. Vinnande anbud, TFS, har markerat kryss i både ja och nej-ruta som svar på om ska-kravet accepteras/uppfylls och lämnat en förklarande redogörelse till detta. TFS har svarat ja på övriga frågor om ställt krav på IR- mikroskopet accepteras/uppfylls. NRM uppger sig vid utvärde-

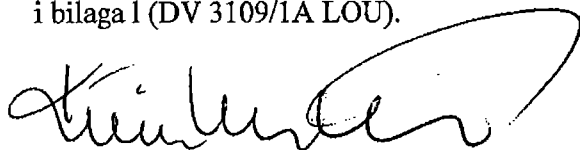
ringen ha tolkat TFS:s svar som att efterfrågat krav kan uppfyllas. Den förklaringen kan förstås och godtas utifrån att några specifika krav på arraydetektor-systemet inte efterfrågats. Å andra sidan ger den av TFS lämnade redogörelsen en tydlig signal om problem med att erbjuda önskad teknisk funktion. Den situationen talar för att TFS anbud inte har kunnat uppfylla ett ställt krav och anbudet skulle inte ha utvärderats.

NRM gör emellertid nu gällande att vad som avsågs och det som motsvarar deras behov är en detektor med en viss funktion. Frågan blir om NRM:s misstag när det gäller kravställning utifrån ett känt tekniskt behov nu ska anses utgöra en brist i förfrågningsunderlaget och därmed få väga så tungt att det finns förutsättningar att välja den mer ingripande åtgärden att upphandlingen ska göras om.

Att förordna om rättelse i enlighet med Brukers förstahandsyrkande innebär att NRM endast har en kvalificerad anbudsgivare att utvärdera och tilldela uppdraget. Bristen på konkurrens vid tilldelning är då uppenbar. Den bristen ger förvisso NRM möjlighet att avsluta upphandlingen på annat sätt. Förvaltningsrätten gör bedömningen att NRM på grund av otydlighet i förfrågningsunderlaget inte har nått ut till potentiella anbudsgivare och därmed inte har haft optimala förutsättningar att utifrån en effektiv konkurrens kunna utvärdera det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och därmed uppnå syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför skäl att bifalla ansökan och att den mest ändamålsenliga åtgärden är att förordna om att upphandlingen ska göras om och att NRM därmed kan förtydliga förfrågningsunderlaget på ett sätt som möjliggör en bättre överensstämmelse mellan deras behov och vad anbudsgivarna erbjuder.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Kirsi Laakso Utvik

rådman

Kerstin Sandin har handlagt 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 hau/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.