



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2011-06-14
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2094-11
Enhet 1

KONKURRENSVERKET	
2011-06-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Nucletron Scandinavia AB, 556271-5796

Ombud: Advokat Hugo Norlén och jur. kand. Anna Lindbäck
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPARTER

1. Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling, 222000-2097

Ombud:
Advokat Anders Norlander och jur. kand. Johan Stern
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

2. Varian Medical Systems Scandinavia AS
Lyskaer 9
DK-2730 Herlev
Danmark

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandlings upphandling avseende dosplaneringssystem, KAS 2010-006

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 21 april 2011 upphör härigenom att gälla.

BAKGRUND

Kommunalförbundet Avancerad Strålbehandling (Kommunalförbundet) har begärt in anbud i en offentlig upphandling enligt LOU avseende dosplaneringssystem, KAS 2010-006. I tilldelningsbeslut den 12 april 2011 antogs Varian Medical Systems Scandinavia AS (Varian) som leverantör.

YRKANDEN

Nucletron (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse har skett. Rättelsen skall bestå i att Varians anbud skall förkastas samt att en ny utvärdering ska ske, varvid bolagets anbud är det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed det anbud som ska antas. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunalförbundet bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER M.M.

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

Varians anbud uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen. I 1.4.1.2 och 1.4.5 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget anges att upphandlingskontraktet skall godkännas *utan tillägg och ändringar*.

Kommunalförbundet har således som ett obligatoriskt skall-krav angivit att anbudsgivaren skall ingå avtal med Kommunalförbundet på oförändrade villkor utan tillägg.

Varians anbud innehåller otillåtna reservationer avseende bl.a. pris och leveransvillkor, samt särskilda och otillåtna leveransvillkor, innebärande att Varian inte uppfyller kravet avseende fast pris, se 1.4.3. i administrativa föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Vidare innehåller Varians anbud ett förbehåll om ett års garantitid, trots att två år gällt enligt avtalet. I anled-

ning härav skulle Kommunalförbundet rätteligen ha förkastat Varians anbud. Bolaget skulle då ha tilldelats upphandlingen eftersom bolaget uppfyller samtliga skall-krav och har erbjudit det lägsta jämförelsepriset. Bolaget har rankats tvåa i utvärderingen. Bolaget uppfyller därmed skaderekvisitet i LOU. Med hänsyn till att bristerna i upphandlingen enbart hänför sig till kvalificerings- och utvärderingsfasen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen rättas.

Varians följebrev

Redan i följebrevet till anbudet framgår att Varian inte förbehållslöst accepterat villkoren i upphandlingen – till skillnad från bolaget. I följebrevet anges: "We have read and understood the requirements set forth in the tender dossier and can to the best of our knowledge comply with them" (*bolagets understrykning*). En garanti om att anbudsgivaren, såvitt man efter bästa förmåga känner till, kan uppfylla kraven, är en helt annan sak än att ovillkorligt acceptera kraven.

Varians anbud innehåller otillåtna reservationer – fast pris

Varian har i sitt anbud under rubriken priser gjort förbehåll som innebär att priset inte är fast: priset förutsätter en "clean order", att leverans kan ske inom överenskommen tidsplan och att Varian får höja priset pga förseningar från beställarens sida. Varian uppfyller därmed inte skall-kravet i 1.4.3 i förfrågningsunderlaget om fasta anbudspriser.

Varians anbud innehåller otillåtna reservationer – förkortad garantitid

I upphandlingskontraktet har Kommunalförbundet inte angivit någon särskild garantitid för dosplaneringssystemet, vilket innebär att bestämmelserna i köplagen (1990:931) gäller. Av 32 § köplagen framgår att reklamation kan ske inom två år, dvs att garantiperioden är två år. I Varians anbud anges under punkten garanti att garantitiden för samtliga levererade produkter är ett år ("*One (1) year warranty on all delivered included in the*

final contract”). Genom att ange en förkortad anbudstid har Varian tillfört villkor i strid med upphandlingskontraktet och avgett ett orent anbud.

Det synes ostridigt att anbudsgivarna, om annat inte angavs i anbudet, erbjuder två års garantitid enligt köplagen. Kommunalförbundet gör dock gällande att det inte uppställt krav avseende garantitiden. Påståendet är anmärkningsvärt med hänsyn till att det är fråga om vital vårdutrustning, som krävs för att kunna utnyttja annan kostsam utrustning i Skandionkliniken. Bolaget förnekar vidare att Varians ettåriga garantitid ”på intet sätt” kan begränsa Kommunalförbundets möjlighet att påtala fel enligt köplagen; det är fråga om dispositiva bestämmelser som Varian sökt avtala bort, och Kommunalförbundet accepterat.

Anbudsgivarna har förstått och rättat sig efter en tvåårig garantitid, och tagit höjd för den riskpremie som garantitiden innebär. Köplagens garantitid kan likställas med en industristandard som anbudsgivarna har att följa om annat inte anges i förfrågningsunderlaget. Det är således felaktigt att det skulle röra sig om ett ”icke-ställt” krav som Kommunalförbundet gör gällande, eftersom det finns en (dispositiv) lagregel som är tillämplig.

Varians anbud innehåller otillåtna reservationer – tillstånd

Varian har i sitt anbud (se under rubriken *tillstånd* i anbudet) förutsatt, dvs reserverat sig för, att beställaren ansvarar för att erforderliga tillstånd för att använda produkten erhållits. I upphandlingskontraktet i förfrågningsunderlaget anges emellertid under 3.12.6 att leverantören ansvarar för krav som riktas mot beställaren på grund av patent, upphovsrätt eller andra rättigheter kopplade till produktens användande. Vidare anges under 3.11 i upphandlingskontraktet att leverantören ska utbilda personalen för användande av produkten. Varian har således tillfört villkor i strid med upphandlingskontraktet.

Varians anbud innehåller otillåtna reservationer – leveransvillkor

I 3.4.4 i upphandlingskontraktet stipuleras villkor för när leverans och installation senast skall vara utförd. Varians anbud villkorar de i upphandlingskontraktet angivna tiderna med att dessa tidskrav endast gäller under förutsättning att beställaren uppfyllt vissa av Varian uppställda villkor, (se under rubrikerna *leveransvillkor* och *installation och förberedelse på plats* i Varians anbud).

I 3.4.3 i upphandlingskontraktet stipuleras villkoren för leveransen (DDP, Incoterms). Varians anbud (se under rubriken *leveransvillkor*) har angivit två olika villkor. DDP och Ex Works, vilket innebär att beställaren får stå för alla kostnader och risker när det gäller att ta varan från leverantörens område. Eftersom upphandlingskontraktet anger att leverantören skall stå alla kostnader för transport in till klinikerna och alla kostnader för omhändertagande av paketering, har Varian tillfört och sökt ändra villkoren i upphandlingskontraktet. Varians anbud är därmed orent och innehållande otillåtna tillägg.

Varians anbud innehåller otillåtna reservationer – installation och förberedelser av platsen samt flyttning av produkten

Varian har (se under rubrikerna *Installation och förberedelse på plats* och *avlägsnande av produkten*) gjort förbehåll för ett antal omständigheter som Varian inte tar ansvar för. Därigenom har Varian sökt undvika risker för vissa merkostnader genom att övervältra dessa på Kommunalförbundet. Om förbehållet, som Kommunalförbundet anför, inte utgör en reservation utan endast återger vad som är vedertaget och allmänt brukligt hade förbehållet inte behövts.

Varians anbud skulle rätteligen ha förkastats

Som angivits ovan uppfyller Varian inte de i upphandlingen ställda kraven i flera avseenden, och borde rätteligen ha uteslutits. Kommunalförbundet

har agerat i strid med förfrågningsunderlaget, LOU och bakomliggande EU-rättsliga principer när Varian tilldelats upphandlingen.

Det bör noteras att omständigheten att en anbudsgivare påstår sig ha uppfyllt skall-kraven inte innebär att skall-kraven även har uppfyllts. Kommunalförbundet är skyldigt att på egen hand utreda om en anbudsgivare uppfyller skall-kraven eller inte. Av Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09 framgår att det krävs ”att en jämförelse skall göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget”. Utan en sådan kontroll har Kommunalförbundet brutit i sin utvärdering av anbudet.

Eftersom de reservationer Varian gjort är av sådan art att de direkt eller indirekt påverkar det offererade priset, strider reservationerna i Varians anbud även mot kravet att uppge ett fast pris. Detta strider mot likabehandlingsprincipen, särskilt som upphandlingen utvärderas med hänsyn till bl.a. pris och priset har ett avgörande genomslag i upphandlingen. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 6338-08 fastslagit att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera ett anbud som inte har uppfyllt skall-krav bl.a. avseende fast pris. Kammarrätten ansåg att anbudsgivarna genom att förbehålla sig rätten att höja priserna hade fått en avsevärd konkurrensfördel.

Bolaget vill påpeka att Varians reservationer har haft en avgörande prispåverkan. Ett exempel är den förkortade garantitiden. I och med att det är fråga om kostsam utrustning får garantitiden en direkt påverkan på t.ex. leverantörens vinstmarginal. En kortare garantitid mot beställaren möjliggör för Varian att bl.a. förhandla kortare garantitider mot sina egna leverantörer eller upphandla billigare försäkringar, och därigenom erhålla bättre villkor än vad bolaget har kunnat få. Genom reservationerna har Varian,

till skillnad från bolaget, vidare försökt att undvika risker för vissa merkostnader genom att övervältra dessa på Kommunalförbundet.

Utvärderingsmodellen tillåter att ett anbud med avsevärt sämre kvalitet vinner upphandlingen pga. ett lägre pris. Huruvida det är lämpligt att ställa låga kvalitetskrav vid upphandling av vårdutrustning kan ifrågasättas ur ett patient- och vårdperspektiv. En grundförutsättning för att ett anbud med avsevärt sämre kvalitet skall kunna antas är att det avgivits på samma villkor som övriga anbudsgivare. I nu aktuellt fall har Varian genom sina reservationer tillåtits skaffa sig otillbörliga konkurrensfördelar, och på så sätt sänka sitt pris. En sådan ordning strider mot LOU och likabehandlingsprincipen.

Bolaget hänvisar vidare till Kammarrätten i Göteborgs dom av den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10. Anbudsgivaren hade i upphandlingen angett att man accepterade villkoren för upphandlingen samtidigt som anbudet innehöll motstridiga villkor. Kammarrätten fann att anbudet bort förkastats eftersom anbudet på det hela taget inte innebar att man accepterade de kommersiella villkoren.

Upphandlingen och utvärderingsmodellen har inte medfört att det för patienterna och vården bästa utfallet har tillgodosetts

Varian har avgivit ett avsevärt lägre anbud än de övriga leverantörerna. Varians referenspris var ca 44,1 miljoner kr mot bolagets ca 60,1 miljoner kr. Varian har dock också erbjudit en betydligt sämre kvalitet än bolaget (151 poäng mot bolagets 207, av maximalt 220). Bolaget har ingen anledning att betvivla att Kommunalförbundet har haft god vårdkvalitet som ledord för upphandlingen. Det sätt som upphandlingen har utformats, har dock medfört att utfallet inte blivit det avsedda. De låga kvalitetskraven i utvärderingsmodellen (50 % kravuppfyllnad) och det låga genomslaget för kvalitetsbrister, har lett till att patient- och vårdintresset inte har kunnat

tillgodoses. Sättet på vilket utvärderingsmodellen är utformad tillåter att anbud som inte är godtagbara ur ett patient- och vårdperspektiv kan antas – enbart på grund av att priset är lågt. Upphandlingen är en del i en större upphandling av utrustning, m.m. till Skandionkliniken, till ett uppskattat värde om ca 800 miljoner kr. Genom att ett anbud med avgörande kvalitetsbrister kan antas i den del som rör den aktuella upphandlingen, riskerar man också negativa följder för den resterande delen av projektet. Med andra ord, Kommunalförbundets och Skandionklinikens betydande investering riskerar att försvagas pga en svag länk (kvaliteten på den teknologi som upphandlingen avser). Upphandlingen och utvärderingsmodellen har (trots Kommunalförbundets goda intentioner) inte medfört att det för patienterna och vården bästa utfallet har tillgodosetts. Denna omständighet accentueras ytterligare genom att Varian på olika sätt tillåtit att reservera sig på flera avgörande delar.

Upphandlingen ska göras om

Bolaget har vidare anfört att för de fall förvaltningsrätten skulle dela Kommunalförbundets uppfattning att det inte av underlaget kan utläsas att Kommunalförbundet uppställt vissa skall-krav eller finna att Varians anbud inte uppfyller ställda skall-krav gör bolaget gällande att förfrågningsunderlaget brister i tydlighet vad avser vilka skall-krav som uppställs och att bristen på tydlighet medför att förfrågningsunderlaget inte är transparent.

Förfrågningsunderlaget har brustit i tydlighet främst vad avser garantitiden. Enligt kommunalförbundet har det varit upp till anbudsgivarna att själva bestämma garantitiden – detta har dock inte angivits i förfrågningsunderlaget. Det är först i efterhand, i Kommunalförbundets yttrande, som det framgår att anbudsgivarna själva kan bestämma garantitiden. Bolaget noterar dock att det inte ens i efterhand (t ex av utvärderingsprotokollet) framgår hur Kommunalförbundet har utvärderat utrustningen och kostnaden för garantiansvar med beaktande av garantitiden. Någon förklaring till hur

anbuden ska kunna jämföras ges inte. Kommunalförbundet har, genom att tillåta anbudsgivarna att själva bestämma garantitiden, inte heller tillförsäkrat att anbuden blir jämförbara, då ett anbud med ett års garantitid enligt Kommunalförbundet bedömts på samma sätt som ett anbud med två års garantitid. Det var således helt upp till anbudsgivarna att bedöma vad som kunde vara lämpligt att svara och redovisa i detta avseende. En anbudsgivare hade kunnat välja att formulera sitt anbud på annat vis om det hade varit känt hur garantiperioden i själva verket skulle bedömas. Förhållandet står därför i strid med principen om transparens. En upphandling ska ske på lika villkor och det är därför, vilket framgår av både doktrin och EU-rättslig praxis, av största vikt att en upphandlande myndighet såväl skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag som följer detsamma. EU-domstolen anger i mål C-19/00 SIAC, att alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier på samma sätt. Domstolen anför bl.a. att detta förutsätter att kriteriet som har angetts i kontraktshandlingarna har formulerats på ett sådant sätt att alla rimligt informerade, och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriteriet på samma sätt, att den upphandlande myndigheten håller sig till kriteriet objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Bolaget åberopar vidare RÅ 2002 ref. 50 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1729-08.

Bolaget har utgått från att två års garantitid gällde. När det gäller så kostsam utrustning som upphandlingen rör är felansvaret och riskerna förenade med garantiåtgärder en omständighet som har en direkt och avgörande påverkan på anbudspriset. Garantitiden är en i högsta grad prisstyrande faktor. Därigenom är det omöjligt att göra en rättvis jämförelse av anbuden, och att ta fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunalförbundet anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Kommunalförbundet har genomfört en upphandling enligt LOU i enlighet med förfrågningsunderlaget och med beaktande av principerna i 1 kap. 9 § LOU. Grund för ingripande med stöd av 16 kap. 2 § LOU (nuvarande 16 kap. 5 § LOU) saknas.

Kommunalförbundet har genom ett öppet förfarande genomfört upphandlingen av dosplaneringssystem. Upphandlingen annonserades den 8 april 2010 och sista dag att lämna anbud var den 31 maj 2010. Vid anbudsprövningen har tre anbud inkommit. Anbudsprövningen har genomförts utifrån ett trestegsförfarande bestående av administrativa krav (steg 1), obligatoriska krav (steg 2) och utvärderingskriterier (steg 3). Samtliga anbudsgivare uppfyllde samtliga administrativa och obligatoriska krav (skall-krav). Utvärderingen enligt de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna resulterade i att anbudet från Varian bedömdes vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tilldelningsbeslut fattades den 12 april 2011.

Varian uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. De av bolaget angivna omständigheterna bestrids var och en enligt nedan.

Varians följbrev

Bolaget hänvisar till Varians följbrev och gör gällande att en mening skulle innebära ett generellt förbehåll. Bolagets tolkning är anmärkningsvärd. Citatet är taget ur sitt sammanhang. Enligt Kommunalförbundets bestämda uppfattning kan inte uttrycket tolkas som någon reservation. I sammanhanget ska dessutom betonas att det är Kommunalförbundet som har att pröva varje kravs uppfyllelse. I Varians fall resulterade prövningen i att samtliga ställda obligatoriska krav är uppfyllda.

Att bolagets uppfattning är en feltolkning understryks vidare av vad som anges på s. 23 i Varians anbud under rubriken "VILLKOR OCH BESTÄMMELSER"

"Enligt det slutliga kontraktet mellan Skandionkliniken och Varian, ska kontraktet vara enligt förslaget i KAS anbudsossier 2010-006."

Följebrevet innehåller således varken något tillägg eller ändring av någonting som finns angivet i upphandlingen och grund för ingripande med stöd av LOU saknas.

Fast pris

Bolaget gör gällande att Varians pris inte är fast och argumenterar utifrån ord och meningar tagna ur sitt sammanhang. Stycket lyder i sin helhet:

"Priser är lämnade i SEK enligt INCOTERMS 2000, DDP Sverige och inkluderar inte mervärdesskatt eller andra skatter. Priser ska inte ändras förutsatt att en komplett order mottas inom giltighetstiden för anbudet och att leverans kan ske i enlighet med tidsplanen som överenskommit mellan Skandionkliniken och Varian som en del av kontraktet."

Kommunalförbundet vill påpeka att det inte finns något annat alternativ än att anta ett anbud utifrån angivet förfrågningsunderlag, dvs en "clean order".

Varians anbud kan därmed inte tolkas som något förbehåll och det framgår med tydlighet att formuleringen ovan att Varian har offererat ett fast pris som gäller under anbudets giltighetstid. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas.

Garantitid

Varian har i sitt anbud offererat ett års garantitid, dvs lämnat en garanti som inte uppställts som krav i upphandlingen. Den av Varian lämnade garantin kan på intet sätt begränsa Kommunalförbundets möjligheter att påtala fel enligt köplagens regler. Det saknas därför grund för ingripande med stöd av LOU.

I upphandlingen har det inte ställts något krav på garantitid och det är således irrelevant huruvida Nucletron baserat sitt anbud på ett, två eller flera års garantitid eftersom detta inte har varit föremål för vare sig prövning eller utvärdering i upphandlingen.

Det ska framhållas att det i upphandlingen har ställts krav på ett femårigt fullservicekontrakt, vilket framgår av 1.1.3 b i förfrågningsunderlaget och 3.4.1 b i avtalsvillkoren. Detta krav har både prövats och legat till grund för utvärderingen, vilket framgår av både tilldelningsbeslut och utvärderingsrapport.

Anbudsgivarna har således lämnat pris utifrån samma förutsättningar och anbuderna har därmed också utvärderats utifrån samma förutsättningar.

Tillstånd

Bolaget för ännu ett resonemang kring otillåtna reservationer, dock återigen utifrån ett lösryckt sammanhang. En korrekt förståelse för vad som angivits i Varians anbud framgår av den kompletta texten:

” Vi informerar härmed den möjliga ägaren, eller operatören, att den utrustning som det lämnas anbud på kan kräva ett speciellt tillstånd för att användas i drift.

Det är den möjliga ägaren eller operatören av denna utrustnings ansvar att efterfråga den korrekta licensen från respektive myndighet.”

Ovanstående är således endast en upplysning till den framtida ägaren/användaren om att det kan behövas ett särskilt tillstånd av en myndighet. Detta har inget att göra med avtalets reglering om skydd mot tredje mans intrångstalan.

Det är tämligen oklart vad bolaget gör gällande avseende utbildning i detta sammanhang. Kommunalförbundet kan endast konstatera att det av 1.1.3. c

i förfrågningsunderlaget och 3.1.1. i avtalet framgår att utbildning ska tillhandahållas av leverantören, vilket också framgår av Varians anbud.

Vad som gjorts gällande avseende tillstånd kan därmed inte på något sätt utgöra en reservation och grund för ingripande med stöd av LOU saknas.

Leveransvillkor

I upphandlingen har ett krav ställts på leverans enligt INCOTERMS DDP. Bolaget gör gällande att leveransvillkoren inte är uppfyllda genom en angivelse av "Shipping Ex works" i Varians anbud.

På första sidan i Varians anbud bekräftas att leveransvillkoren är INCOTERMS DDP. På samma sida anges: "Shipping Allocation: Not Applicable". Under rubriken "PRISER" och "LEVERANSVILLKOR" i anbudet bekräftas att leveransvillkoren är enligt "INCOTERMS 2000, DDP Sweden".

Kravet på leverans enligt INCOTERMS DDP är uppfyllt och grund för ingripande med stöd av LOU saknas.

Installation och förberedelser på plats m.m.

Bolaget gör gällande att Varians anbud innehåller reservationer. Att beställaren (Kommunalförbundet) ansvarar för installationsplatsen är vedertaget och allmänt brukligt inför den här typen av installationer.

Det Varian angivit under rubriken "INSTALLATION OCH FÖRBEREDELSE PÅ PLATS" står följaktligen inte i strid med något obligatoriskt krav i upphandlingen och kan inte heller tolkas som en reservation från Varians sida. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas.

Varians anbud har rätteligen utvärderats

Varian uppfyller samtliga i upphandlingen ställda obligatoriska krav.

Upphandlingen och utvärderingsmodellen är förenlig med LOU

Avslutningsvis för bolaget ett generellt resonemang kring upphandlingen och den utvärderingsmodell som tillämpats för utvärdering av anbud. I upphandlingen har tillämpats en väl beskriven och vedertagen utvärderingsmodell som är ägnad att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån angivna förutsättningar.

I rättspraxis har den upphandlande myndigheten/enheten erkänts rättigheten att välja viktning och kriterier på villor att de syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. (C-448/01, punkt 39, EVN AG och Wienstrom GmbH). På samma sätt har myndigheten rätten till sina egna preferenser (jfr 12 kap 1 § andra stycket LOU)

Förfrågningsunderlaget är tydligt

I upphandlingen har anbudsgivarna givits samma förutsättningar att lämna anbud utifrån samma förfrågningsunderlag. Ett icke ställt krav, i det här fallet garantitid, kan inte på något sätt anses utgöra en otydlighet per se. Transparensprincipen kan inte ges den innebörden som Nucletron nu gör gällande. En dylik tillämpning skulle medföra den orimliga konsekvensen att inget förfrågningsunderlag någonsin skulle vara transparent pga. icke ställda krav.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I övergångsbestämmelser till ändringen i LOU (SFS 2010:571) som trädde i kraft den 15 juli 2010, anges att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget den 12 april 2010 anges bl.a. följande i sektion 1, administrativa bestämmelser.

1.3 BEDÖMNING AV ANBUD

1.3.1 Kvalificering av anbudsgivare

Anbudsgivare kommer att bedömas enligt kvalificeringskriterierna så som de anges under punkt 1.2.4: Krav på leverantören.

1.3.2 Kvalificering av obligatoriska krav

Kvalificerade anbudslämnare kommer att bedömas enligt de obligatoriska kraven för anbudsgivningen som specificeras i del 2.

1.3.3 Bedömning av anbud

På villkor att mottagna anbud uppfyller de kvalificerade och obligatoriska kraven i enlighet med punkt 1.3.1 och 1.3.2 ska anbudet som för Kommunalförbundet är mest ekonomiskt fördelaktigt med avseende på det viktade bedömningskriteriet väljas.

Anbudet kommer att bedömas enligt följande kriterier.

A. Anbudspris

Bedömningen av anbudet kommer att omfatta all mjukvara, hårdvara och ett fullständigt supportkontrakt för 5 år, inklusive en starttidsgaranti, alla uppdateringar, licenser, underhållsbesök och support (enligt bilaga 1B, alternativ 1) plus 15 % av värdet för summan av alternativen under 1.1.3 c)

B. Teknisk prestanda

Teknisk prestanda inkluderar korrektheten i fysiska modeller enligt tekniska och funktionella specifikationer (punkt 2). Poäng i denna del kommer att tilldelas poäng som återspeglar hur väl anbud uppfyller de efterfrågade kriterierna. Ett anbud med högsta möjliga poäng kommer att tilldelas poängtal på 220 enheter. Ett obligatoriskt krav är minst 50 %, dvs 110 poäng. För varje poäng under det teoretiska maxantalet (220 poäng) kommer en summa på 0.25 SEK läggas till referenspriset, som används för bedömningen.

C. Integrering, interkonnektivitet och användarvänlighet

En kvalitetsskala kommer att användas där en panel av interna experter kommer att bedöma posten på en sexgradig skala. Referenspriset, som används för bedömning, kommer att ökas enligt följande skala. Dålig = 20 MSEK, Svag = 16 MSEK, OK = 12 MSEK, Bra = 8 MSEK, Mycket bra = 4 MSEK och Utmärkt = 0 MSEK

Ett referenspris kommer att beräknas som summan av A, B och C. Anbudet med lägst referenspris kommer att bli vinnare av bedömningen.

1.4 KOMMERSIELLA VILLKOR

1.4.1 Finansiell leasing

1.4.1.1 Bakgrund

Kommunalförbundet har för avsikt att finansiera leasingbara tillgångar "leasade tillgångar" genom leasing, och kommer därför att ingå ett leasingavtal för den leasade tillgången med ett leasingföretag.

Försäljning och återleasing måste undvikas i en svensk leasing. Av detta skäl måste leasingföretaget betala inköpspriset för den leasade tillgången till och få överlåtelsen av ägarskapet för den leasade tillgången direkt från leverantören.

1.4.1.2 Avtal

Leverantören samtycker till att ingå ett trepartsavtal med Kommunalförbundet och leasingföretaget, på villkor att alla rättigheter och skyldigheter för leverantören, som fastslås i köpekontraktet med Kommunalförbundet, ska vara oförändrade och ej utvidgade.

/.../

1.4.3 Anbudspris

Alla priser ska ges i svenska kronor (SEK) exklusive mervärdesskatt och inklusive alla kostnader, såsom paketering, försäkringar, tullavgifter och transport såväl som kostnader föreskrivna i lagar eller i andra föreskrifter och bestämmelser. Inga separata tilläggsdebiteringar kommer att accepteras.

Anbudspris ska specificeras så att de kan ge en totalkostnad som relaterar till våra skriftliga krav. Om en oprecis prislista tillhandahålls kommer det antas att summan av priserna i listan är det totala priset att ta i beaktande.

/.../

1.4.5 Mall för upphandlingskontrakt

1.4.5.1.1 Anbudsgivaren ska acceptera villkoren i den bifogade mallen för upphandlingskontrakt, sektion 3.

Andra kommersiella villkor eller bestämmelser som bifogas anbudet och som står i motsats till punkterna i sektion 3, Mall för upphandlingskontrakt, kan komma att innebära att anbudet avvisas.

I förfrågningsunderlaget den 12 april 2010 anges bl.a. följande i sektion 3, upphandlingskontrakt.

3.4 KOMMERSIELLA VILLKOR

/.../

3.4.3 Leveransvillkor

Leverans sker DDP, Incoterms 2000, till de angivna leveransadresserna. Leverantören ska bära alla kostnader för intransport av utrustning till klinikerna. Leverantören ska även bära alla kostnader för bortskaffande av emballaget.

/.../

3.12.6 Intrång i upphovsrätten och patent

Leverantören är ansvarig för att försvara köparen om stämning, åtal eller annan rättslig åtgärd väcks mot köparen för patentintrång, upphovsrättsintrång eller överträdelse av annan rättighet med anledning av användandet av de levererade produkterna i avsett syfte. Leverantören måste även kompensera köparen för skadestånd eller kostnader som köparen kan bli förpliktad att betala på grund av detta. Leverantörens åtagande gäller på villkor att leverantören är ansvarig för att skydda mot sådana krav och kan genomföra förhandling med avseende på överenskommelse eller förlikning.

Om det fastställs att ett intrång har skett måste leverantören till egen kostnad antingen:

- Se till att leverantören har rätt att fortsätta använda produkterna
- Ersätta produkten med en annan produkt, vars användande inte resulterar i intrång
- Modifiera produkten så att det inte föreligger något intrång
- Återkalla produkten och betala köparen ett belopp motsvarande produktens värde, med hänsyn till hur länge produkten har använts och normal värdeminskning.

Om intrånget resulterar i en betydande olägenhet för köparen har de rätt att säga upp kontraktet i dess helhet.

I Varians anbud den 27 maj 2010, s. 23 och 24, anges bl.a. följande.

Säljvillkor

PRISER:

Priser är lämnade i SEK enligt INCOTERMS 2000, DDP Sverige och inkluderar inte mervärdesskatt eller andra skatter. Priser ska inte ändras förutsatt att en komplett order mottas inom giltighetstiden för anbudet och att leverans kan ske i enlighet med tidsplanen som överenskommit mellan Skandionkliniken och Varian som en del av kontraktet.

Om leverans eller installation inte skulle vara möjlig att genomföra under denna period på grund av försening på grund av köparen förbehåller sig Varian rätten att ändra priserna. Prisjusteringen ska baseras på valutatilläggssystemet som anges i det slutliga kontraktet.

VILLKOR OCH BESTÄMMELSER:

Enligt det slutliga kontraktet mellan Skandionkliniken och Varian ska kontraktet vara enligt förslaget i KAS anbudsossier 2010-006.

MJUKVARULICENSER:

All systemapplikation och driftsmjukvara (mjukvaran) tillhör Varian. Varian har ensamt och exklusivt ägande av alla rättigheter, titlar, äganderätt till och intressen i mjukvaran och alla modifikationer eller förbättringar av den (inklusive ägande av alla handelshemligheter och upphovsrätt som tillhör den) och lyder endast under rättigheter och privilegier som beviljas Varian eller som beviljas Varian av tredje part.

/.../

TILLSTÅND:

Vi informerar härmed den möjliga ägaren, eller operatören, att den utrustning som det lämnas anbud på kan kräva ett speciellt tillstånd för att användas i drift.

Det är den möjliga ägaren eller operatören av denna utrustnings ansvar att efterfråga den korrekta licensen från respektive myndighet.

INSTALLATION OCH FÖRBEREDELSE PÅ PLATS

Kunden ska ansvara för att ha färdigställt byggnaden, gas/vatten/el, belysning, ventilation, luftkonditionering, monteringsfaciliteter, allt nödvändigt strålningskydd, och åtkomst till rummet, inklusive avlägsnande eller bortskaffning av all slags linjäraccelerator, simulator eller liknande närbesläktad utrustning, vid den beräknade leveransdagen och att det ska vara klart för installation av produkterna. Varian ska inte bära något ekonomiskt eller juridiskt ansvar för sådant arbete.

Kunden ska vara ansvarig för hela nätverksstrukturen både vid Skandionklinikens huvudanläggning, WAN-lösningen för att koppla samman de deltagande hemklinikerna och internt på hemklinikerna. Varian ska inte bära något ekonomiskt eller juridiskt ansvar för sådant arbete.

AVLÄGSNANDE AV PRODUKTEN

Efter att installationen av produkterna har slutförts ska kunden vara ansvarig för alla kostnader och skyldigheter i samband med att produkten tas ur drift, inklusive sådana associerade med återvinning eller bortskaffande av produkten, såvida inte sådana tjänster uttryckligen täcks av ett supportavtal eller garanti.

LEVERANVILLKOR

Enligt INCOTERMS 2000, DDP Sverige

Shipment ex works inte senare än: Enligt den överenskomna tidsplanen för leverans och installation.

All leverans-, installation- och garantitider som lämnas som anbud är med förbehåll att kunden uppfyller Varians krav på orderplacering, betalningsarrangemang och anläggningsförberedelser.

GARANTI

Ett (1) års garanti på alla levererade produkter som ingår i det slutliga kontraktet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till, utifrån de grunder som bolaget har anfört, om Kommunalförbundet har brutit mot de grundläggande principerna i LOU vid upphandlingen av dosplaneringssystem.

Acceptera villkoren i mall för upphandlingskontrakt

Bolaget har hänvisat till 1.4.1.2 och 1.4.5 i förfrågningsunderlaget och anfört att upphandlingskontraktet ska accepteras utan tillägg och ändringar.

Förvaltningsrätten är av uppfattningen att 1.4.1.2, läst i sitt sammanhang, anger att ett trepartsavtal som kommer att ingås, och att köpekontraktet mellan leverantören och Kommunalförbundet inte får ändras eller utvidgas. Förvaltningsrätten kan inte se att Varian i sitt anbud har motsatt sig att ingå ett trepartsavtal eller att det som avtalas mellan Varian och Kommunalförbundet kan komma att ändras eller utvidgas i avtalet med den tredje parten.

1.4.5 i förfrågningsunderlaget uppställer däremot ett skall-krav av innebörd att anbudsgivaren ska acceptera upphandlingskontraktet enligt mall i förfrågningsunderlaget.

Krav på fast pris

Kommunalförbundet har uppställt krav på att priset ska anges exklusive mervärdesskatt och ska inkludera alla kostnader, såsom paketering, försäkringar, tullavgifter och transport såväl som kostnader föreskrivna i lagar eller i andra föreskrifter och bestämmelser och att inga separata tilläggsdebiteringar kommer att accepteras. Varian har i sitt anbud angett att det angivna priset gäller under förutsättning att Varian mottar en komplett order inom anbudets giltighetstid och att leverans kan ske enligt överenskommen tidsplan. Formuleringen kan inte uppfattas som något förbehåll som medför att Varians anbudspris inte skulle vara fast. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Varian har uppgett pris i enlighet med skall-kravet i förfrågningsunderlaget.

Garanti

Det finns inte något krav på garantier uppställt i förfrågningsunderlaget och frågan om garantitid har inte heller påverkat utvärderingen enligt vad Kommunalförbundet har anfört. Varians anbud frångår, på den punkten, därmed inte något krav som gäller i upphandlingen. För övrigt framstår Varians utfästelse om ett års garanti som så allmänt hållen att den – i händelse av tvist mellan parterna – inte torde inskränka köplagens regel om att

reklamation av fel ska göras inom två år. Sammantaget finner förvaltningsrätten att vad bolaget anfört i denna del inte visar att det finns grund för ingripande.

Tillstånd

Varians information om att tillstånd kan behövas för den som sköter utrustningen får anses utgöra en erinran om att eventuella tillstånd från behörig myndighet kan behövas. Det är således inte fråga om att Varian inte accepterar 3.12.6 i mall till upphandlingskontrakt eller krav på att leverantören står för utbildning.

Leveransvillkor

Med leveransvillkoret DDP enligt INCOTERMS 2000 avses bl.a. att säljaren ombesörjer och betalar leverans till slutdestinationen. Leveransvillkoret Ex works enligt INCOTERMS 2000 innebär att säljaren lämnar varorna för avhämtning hos sälj företaget. Förvaltningsrätten konstaterar att Varian på första sidan i anbudet har angett leveransvillkoret DDP enligt INCOTERMS 2000, Sverige. Även på sidan 23 anges motsvarande villkor. Trots en avvikande angivelse av shipment ex works på sidan 24 i anbudet måste anbudet sammantaget förstås på så sätt att leverans ska ske enligt DDP, INCOTERMS 2000, Sverige och att det är utifrån detta villkor som anbudspriset är satt. Anbudet strider på den punkten inte mot förfrågningsunderlagets uppställda krav.

Installation och förberedelser på plats samt avlägsnande av produkt

Bolaget gör gällande att Varian försökt övervältra risker för merkostnader på Kommunalförbundet genom att göra förbehåll för ett antal situationer. Kommunalförbundet har anfört att det är allmänt vedertaget och brukligt att köparen tar ansvar för installationsplatsen vid den här typen av installation. Bolaget är av annan uppfattning. Förvaltningsrätten finner att det inte har framkommit skäl att ifrågasätta Kommunalförbundets påstående om att

det Varian angett i sitt anbud om installation och förberedelse på plats, t ex att det är köparens ansvar att tillse att det finns el, är av den karaktär som det är rimligt och underförstått att det är köparen som kan och bör ordna. Förvaltningsrätten anser att vad bolaget har anfört i denna del inte utgör grund för ingripande.

Sammanfattningsvis vad gäller skall-kraven

Förvaltningsrätten anser, utöver ovanstående, att Varians formuleringar i följbrevet till anbudet inte är att tolka som någon reservation i förhållande till uppställda krav. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Kommunalförbundet har haft fog för att inte förkasta Varians anbud.

Utvärderingsmodellens utformning

Bolaget gör gällande att utvärderingsmodellen som använts i upphandlingen inte innebär att det bästa ur patient- och vårdintresse åstadkoms. Priset får större genomslag än kvalitetskriterierna. Kommunalförbundet har i förfrågningsunderlaget redovisat utvärderingskriterierna och hur dessa viktas. Vad bolaget har anfört visar inte att modellen inte skulle vara ägnad att kunna identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunalförbundets val av utvärderingsmodell strider därför inte mot bestämmelserna i LOU.

Otydlighet i förfrågningsunderlaget vad gäller reklamation och garanti

Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om på grund av att förfrågningsunderlaget har brustit i tydlighet vad avser reklamation och garanti. Som ovan anförts har Kommunalförbundet inte efterfrågat någon garantitid och garantitiden har inte heller påverkat utvärderingen. Upphandlande myndighet har stor frihet att utifrån affärsmässiga överväganden utforma föremålet för upphandlingen. Att Kommunalförbundet valt att inte efterfråga garantier eller ange vad som ska gälla vid reklamation av fel kan


mot den bakgrunden inte anses stå i strid med bestämmelserna i LOU på sätt som bolaget gör gällande.

Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Övrigt

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i beslut den 7 juni 2011 i mål nr 471-11 uttalat sig om partställning och talerätt i mål om offentlig upphandling. Med hänsyn till den princip HFD uttalade och med beaktande av situationen i förevarande mål intar Varian ställning som Nucletrons motpart vid sidan av Kommunalförbundet. Med hänsyn till utgången är det dock obehövt att förelägga Varian att svara i målet.

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



Peter Lif
rådman

Målet har handlagts av Helene Källse.



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 vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

