

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

**DOM**  
2008-04-08  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
6017-08  
Rotel 225

**SÖKANDE**

L.O.T.- Oriel GmbH & Co. KG, 502065-2748  
Im Tiefen See 58  
64293 Darmstadt  
Tyskland

**MOTPART**

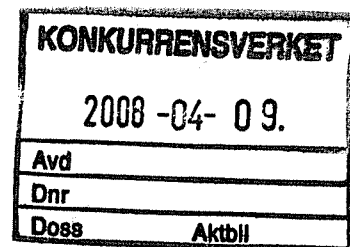
Stockholms Universitet  
ITMx  
106 91 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår L.O.T.- Oriel GmbH & Co. KG:s ansökan om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 318445

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:** lansrattenistockholm@dom.se

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag – fredag

09:00-15:00

## BAKGRUND

Stockholms Universitet har bjudit in leverantörer att komma in med anbud i en upphandling avseende "Combined atomic force microscope(s) and confocal laser scanning microscope", diarienummer SU-FOOS-20071219.

Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling.

L.O.T.- Oriel GmbH & Co. KG (LOT-Oriel) är en av två leverantörer som kommit in med anbud. Stockholms Universitet beslutade den 10 mars 2008 att erbjuda annan leverantör än LOT-Oriel att teckna kontrakt.

## YRKANDEN M.M.

LOT-Oriel har ansökt om överprövning av den aktuella upphandlingen och får anses ha yrkat att upphandlingen skall rättas på så sätt att LOT-Oriels anbud skall utvärderas och att anbudet från Veeco Instruments SAS (Veeco) skall förkastas.

Till stöd för sin ansökan har LOT-Oriel framfört i huvudsak följande. För det första borde bolagets anbud inte ha förkastats av Stockholms Universitet eftersom anbudet uppfyller det skall-krav som avser Q-control. Under rubriken 3.2.2.5 AFM controller electronics i förfrågningsunderlaget anges som skall-krav att anbudsgivarna skall erbjuda "a controller that must be equipped with the support of Q-control". Bolaget uppfattade detta skall-krav på så sätt att controller/AFM systemet skulle kunna stödja Q-control mätningar från en teknisk synvinkel. Bolaget har angett att detta krav är uppfyllt. Bolaget uppfattade inte kravet på så sätt att bolaget skulle inkludera detta mätningssalternativ i anbudet, eftersom mätningssalternativen i AFM systemet efterfrågas i förfrågningsunderlaget under rubriken 3.2.2.1 Atomic force microscopy measurement modes. Det controller/AFM system som offererats av LOT-Oriel stödjer Q-control mät-

ningar från en teknisk synvinkel men mätfunktionen Q-control är inte inkluderad i deras erbjudande då detta inte begärts i förfrågningsunderlaget. För det andra anser LOT-Oriel att Veecos anbud skall förkastas p.g.a. att det i förfrågningsunderlaget under rubriken 3.2.2.2 AFM scanner efterfrågas ett AFM instrument som skall vara utrustat med minst en piezoelectric scanner som är karaktäriserad av (b) ”Tip scanning system for easy and safe liquid imaging”. Inte något av de båda erbjudna AFM systemen från Veeco uppfyller detta skall-krav. Avslutningsvis framför LOT-Oriel som grund för ansökan om överprövning att det totala priset för Veecos system inte är lägre än det pris som angetts i LOT-Oriels anbud för deras system trots att detta har angetts i ”Evaluation of tender” (sidan sex, sista meningen). I förfrågningsunderlaget under rubriken 3.2.2.1 Atomic force microscopy measurement modes anges det att teknikerna ”manipulation mode” och ”lithography mode” skall ingå. Dessa två funktioner har LOT-Oriel inkluderat i sitt anbud medan Veeco erbjuder dessa två funktioner enbart som ett val kallat ”Nanoindentation/Scratching option” till en kostnad av 89 669 kronor. Detta betyder att det totala priset för Veecos anbud är  $(3\,510\,315 + 420\,596 + 89\,669 =) 4\,020\,580$  kronor. I ”Evaluation of tender” under rubriken 3.3 Price anges att kostnaden för anbudet inte får överstiga 3 940 000 kronor p.g.a. begränsad tillgänglig finansiering. Därmed uppfyller inte Veecos anbud skall-kraven gällande priset.

Stockholms Universitet har bestritt bifall till LOT-Oriels ansökan. Till stöd för sin inställning har Stockholms Universitet framfört i huvudsak följande. Grunden för diskvalificeringen av LOT-Oriels anbud kan diskuteras. En strikt tolkning visar att LOT-Oriel inte har erbjudit ett system som innefattar Q-control. En välvillig tolkning visar att de har erbjudit ett system som stödjer, men ej innefattar, Q-control. Det var också därför som en fullständig utvärdering gjordes där diskvalificeringen ignorerades. Det finns ingen grund för LOT-Oriels påstående att systemen från Veeco ej uppfyller kraven på ”tip scanning system for easy and safe liquid imaging”. Skäl att dis-

kvalificera Veecos anbud saknas därför. Det har i ett stort antal publikationer visats att Veecos system kan användas för "easy and safe liquid imaging". Den tredje invändning som LOT-Oriel anfört till stöd för en överprövning av upphandlingen är oklar och troligen baserad på en missuppfattning. Veeco har tydligt i sitt erbjudande inkluderat "manipulation mode" och "lithography mode". Utvärderingen av offerterna från Veeco och LOT-Oriel har utförts enligt angivet poängsystem, se "Evaluation of tender". Där framgår att "Technical merits" i princip utvärderats som likvärdiga för de två systemen, medan Veeco fått 70 poäng och LOT-Oriel 40 poäng beträffande "Service and warranty". Därför är Veecos anbud sammantaget det mest fördelaktiga.

LOT-Oriel har beretts tillfälle att yttra sig över Stockholms Universitets yttranden, men inte hörts av.

### DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### *Länsrättens bedömning*

Länsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som LOT-Oriel framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som avses i 7 kap. 2 § LOU. Grund för att ingripa mot upphandlingen kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten har åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU. Länsrättens prövning kan också avse en kontroll av att de EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande som bär upp LOU inte har trätts för när.

I begreppet affärsmässighet ligger att den upphandlande enheten inte bör ställa upp krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen. Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer skall få lika förutsättningar att delta i upphandlingen. För att anbudsgivarna skall få samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tyd-

ligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Det skall vidare framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav). Ställda krav i förfrågningsunderlaget får sålunda inte ändras under upphandlingen. Den upphandlande enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

Till stöd för påståendet att upphandlingen strider mot bestämmelserna i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna har LOT-Oriel framfört att Stockholms Universitet felaktigt förkastat bolagets anbud, att Veecos erbjudande har ett högre pris än det högsta pris som anges i förfrågningsunderlaget, samt att Veeco inte uppfyller skall-kraven på ”tip scanning system for easy and safe liquid imaging”.

Länsrätten prövar först frågan om Stockholms Universitet har haft skäl att förkasta LOT-Oriels anbud därför att bolaget inte erbjudit ett system som innefattar Q-control.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande under rubriken 3.2.2.5 AFM controller electronics.

”The controller electronics must be equipped with,

- Support measurement modes and scanner performance as described above (pt. 3.2.2.1 and 3.2.2.2)
- Supports image acquisition with maximum pixel dimensions of at least 5000 x 5000
- Calibration of spring constant of current commercial cantilevers and smaller cantilevers
- Supports Q-control

- Signal controller / processor to offer at least 16 bit resolution in all three spatial orthogonal axes regardless of scan size and offset; image linearization of the image data is required to have deviation less than 0,05 % of the linear scan size
- At least 8 input and output channels, with as little multiplexing of A/D and D/A converters as possible
- Possibilities for both amplitude and phase detecting imaging.”

Länsrätten finner att det nu redovisade avsnittet i förfrågningsunderlaget avfattats på ett sätt som inte utesluter att det är tillräckligt i upphandlingen att ett system skall stödja Q-control, dvs. att det inte är ett skall-krav i upphandlingen att systemet innefattar Q-control. I målet får det anses ostridigt att LOT-Oriels anbud innebär att bolagets system i vart fall stödjer Q-control. Enligt länsrättens bedömning har Stockholms Universitet därför inte kunnat förkasta LOT-Oriels anbud på den grunden att det inte uppfyllt ett i förfrågningsunderlaget angivet skall-krav. LOT-Oriels anbud borde därför har gått vidare till utvärderingsfasen. Frågan är då om denna omständighet bör föranleda att upphandlingen rättas. Såvitt framkommit i målet har Stockholms Universitet redan gjort en fullständig utvärdering av de båda leverantörernas anbud. Vid denna utvärdering har Stockholms Universitet således bortsett från den bedömning som gjorts av LOT-Oriels anbud i kvalificeringsfasen och ställt det mot Veecos anbud. Orsaken till detta är att Stockholms Universitet velat se vilket utfall en sådan fullständig utvärdering av anbuden skulle få. Enligt länsrätten saknas därför skäl att förordna att Stockholms Universitet skall rätta upphandlingen på så sätt att LOT-Oriels anbud skall utvärderas.

Resultatet av utvärderingen av de båda anbuden har redovisats av Stockholms Universitet i ”Evaluation of tender” (sidan 6). Utvärderingen har enligt Stockholms Universitet gett vid handen att Veecos anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varför Stockholms Universitet beslutat

den 10 mars 2008 att erbjuda Veeco att teckna kontrakt. LOT-Oriel har emellertid satt ifråga om Veecos anbud verkligen uppfyller priskravet i förfrågningsunderlaget.

Enligt LOT-Oriel överstiger Veecos anbud det i förfrågningsunderlaget angivna högsta priset om 3 940 000 kronor eftersom Veeco erbjuder en option avseende ”Nanoindentation/Scratching” till en kostnad av 89 669 kronor, som alltså inte skulle vara inkluderad i det pris som anges i anbudet. Enligt LOT-Oriel betyder detta att Veecos totalpris uppgår till 4 020 580 kronor. I denna del har Stockholms Universitet framfört att Veeco på ett tydligt sätt i anbudet inkluderat ”manipulation mode” och ”lithography mode” och att Veecos pris därför håller sig inom det högsta pris som anges i förfrågningsunderlaget. LOT-Oriel har inte, trots att bolaget beretts möjlighet därtill, bemött denna invändning från Stockholms Universitet.

Länsrätten anser inte att LOT-Oriel har förmått visa att priset i Veecos anbud överstiger 3 940 000 kronor och att Veecos anbud på den grunden skall förkastas. Det kan i detta sammanhang tilläggas att det av utvärderingen (sidan 6) framgår att Veecos anbud har ett lägre pris än LOT-Oriels anbud och att det varit en av de faktorer som Stockholms Universitet lagt till grund för sitt tilldelningsbeslut den 10 mars 2008.

Länsrätten prövar slutligen LOT-Oriels påstående om att Veecos erbjudna system inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget på ”tip scanning system for easy and safe liquid imaging”. Stockholms Universitet har i denna del uppgett att Veeco i ett stort antal publikationer visat att Veecos system kan användas för ”easy and safe liquid imaging”. LOT-Oriel har inte, trots att bolaget beretts möjlighet därtill, bemött denna invändning från Stockholms Universitet.



Under rubriken 3.2.2.2 AMF Scanner i förfrågningsunderlaget anges följande.

”The AFM instrument must be equipped with at least one piezoelectric scanner which, is characterized by: (b) Tip scanning system for easy and safe liquid imaging.”

Med utgångspunkt från denna specificering, gör länsrätten bedömningen att LOT-Oriel inte kan anses ha visat att Veecos anbud inte uppfyller skalkravet på ”tip scanning system for easy and safe liquid imaging”. Veecos anbud kan därför inte förkastas på den av LOT-Oriel angivna grunden.

Sammanfattningsvis finner länsrätten inte att det på någon av de grunder som LOT-Oriel åberopat finns skäl att förordna att upphandlingen skall rättas. LOT-Oriels ansökan om ingripande enligt LOU skall därför avslås.

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



Thomas Norling

Rådman

Föredragande har varit Johanna Isaksson Norlén.

