



**SÖKANDE**

Thermo Electron Sweden AB/  
Thermo Fisher Scientific, 556289-7396  
Pyramidbacken 3  
141 75 Kungens Kurva

**MOTPART**

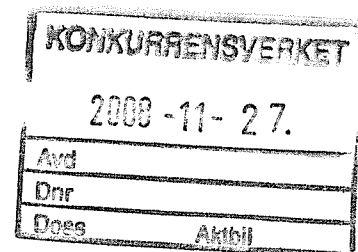
Sveriges Lantbruksuniversitet i Uppsala  
Box 7070  
750 07 Uppsala

**ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING**

Sveriges Lantbruksuniversitets i Uppsala upphandling avseende inköp av ett nytt analysinstrument (ICP-AES), diariernr SLU MV 10/08

**SAKEN**

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



---

**LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Länsrätten avslår överklagandet.

### BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sveriges Lantbruksuniversitet i Uppsala (SLU) har genomfört en upphandling avseende inköp av ett nytt analysinstrument med ICP-AES-teknik.

Anbud inkom från Thermo Electron Sweden AB/Thermo Fischer Scientific (bolaget) och PerkinElmers Sverige AB (Perkin Elmer). SLU har beslutat att Perkin Elmer ska tilldelas kontraktet.

Bolaget ansökte den 23 oktober 2008 om överprövning avseende upphandlingen av SLU och anförde härvid i huvudsak följande. Skallkravet på att systemet ska analysera extrakt med höga salthalter med bibehållen känslighet är av bolaget besvarat med ”uppfyller – offererat provintroduktions-system är tolerant”. Bolaget har svårt att förstå varför SLU anser att endast Perkin Elmer har besvarat denna fråga utförligt och tillfredställande. I förfrågningsunderlaget står det tydligt att i det fall man behöver extra utrustning för att uppfylla detta krav ska det tydligt anges. Eftersom bolaget inte behöver någon extra utrustning för dessa provtyper anser de att deras svar är mycket tydligt. Skallkravet att apparaten ska kunna mäta de aktuella elementen simultant anses endast uppfyllas av Perkin Elmer. Detta är en felaktig uppfattning. Alla de ICP-OES-instrument som offereras från bolaget är simultanmätande. Efter korrigerad av felaktig tolkning/uppfattning gällande simultanmätning kommer bolaget fram till att utvärderingen utfaller enligt följande. Båda företagen uppfyller de tekniska skallkraven. Bolaget har en viss fördel avseende detektionsgränser. Båda företagen är likvärdiga avseende service och leveranstid. Anbudet från bolaget är 25 procent lägre i pris. Sammantaget och i enlighet med de angivna utvärderingskriterierna ska sålunda beslutet tas till förmån för bolaget eftersom alla utvärderingskriterier fränsett priset får anses som likvärdiga. När priset för bolagets system är väsentligt lägre än motsvarande system från Perkin Elmer ska denna punkt bli helt avgörande för beslutet och ordern ska därmed läggas till bolaget.

SLU har i yttrande den 4 november 2008 anfört i huvudsak följande. För att ett anbud ska kunna antas måste samtliga skallkrav vara uppfyllda och anbudsgivaren måste på något vis beskriva på vilket sätt kravet kommer att uppfyllas. Bolaget har angett att de bekräftar och uppfyller kravet på mätning simultant. Vidare anges att funktionskrav och analyskapacitet ger en analys tid på "cirka = 3 replikat x 5 sekunder x 2 (UV och VIS) + 15 sekunders upptag + 15 sekunders skölj + 5 sekunder databearbetning". Enligt professor Holger Kirchmann innebär det att två mätningar genomförs och att någon mekanisk/optisk komponent förflyttas mellan mätning i UV och mätning i VIS. Elementen mäts således inte simultant även om data sedan presenteras samtidigt. Anbudet uppfyller därmed inte skallkravet på simultanmätning och kan därför inte accepteras av SLU. Den prisskillnad som bolaget anger existerar uppgår i själva verket endast till 8 procent, inte 25 procent som anges i begäran om överprövning. I likhet med bolaget erbjuder Perkin Elmer en inbytespremie, vilket innebär att anbudet i själva verket endast överstiger bolagets pris med 8 procent. Priset har en mycket liten påverkan på slutresultatet i denna upphandling eftersom vikttalet för pris endast är satt till 20 procent. Eftersom bolaget inte uppfyller de krav som ställts för kvalificering av anbudet och inte heller erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan företaget inte heller ha anses lidit någon skada till följd av att SLU inte antagit deras anbud. Begäran om överprövning saknar således grund.

Bolaget har i yttrande den 10 november 2008 anfört i huvudsak följande. Systemet från bolaget är lika mycket, eller lite, simultanmätande som systemet från Perkin Elmer. Om man med uttrycket simultanmätning menar att alla element mäts exakt samtidigt är dock inte något av systemen simultanmätande. De båda instrumenten kallas dock i dagligt tal för simultanmätande. För bolagets instrument åstadkommes simultanmätning genom en så kallad "split i tid", beroende på våglängden för de element som analyseras. Perkin Elmer har valt "split i tid" beroende på halten av de element som

analyseras. Sammantaget kan det konstateras att inget av de båda offererade instrumenten per definition är simultanmätande och priset ska bli avgörande för beslutet.

I yttrande den 13 november 2008 anför SLU att bolagets produkt till skillnad från Perkin Elmers produkt inte uppfyller skullkravet på simultanmätning och hänvisar till vad professor Holger Kirchmann angivit i till yttrandet bifogat mail, i vilket bland annat följande anges. Bolaget skriver att Perkin Elmer använder sig av "split i tid" mätning, vilket också är möjligt med utrustningen från Perkin Elmer, men ett annat sätt att analysera prov är att mäta alla element samtidigt d.v.s. simultant med samma integrationstid för varje element. Bolagets instrument är tvungen att använda sig av "split i tid" beroende på konstruktion medan Perkin Elmers instrument med äkta simultanmätning är den bästa metoden för att få korrekta resultat på samtliga element. Perkin Elmer har två detektorer, en för UV och en för VIS, och alla linjer på båda detektorerna läses helt simultant. Bolaget har enbart en detektor och måste läsa områdena UV och VIS i tid efter varandra.

I yttrande den 18 november 2008 anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget bestrider de kommentarer av professor Holger Kirchmann som gör gällande att Perkin Elmers instrument är simultanmätande. Bolaget har testat detta på ett ICP-AES instrument från Perkin Elmer. Till yttrandet bifogas bilagor av vilka det framgår mycket tydligt att instrumentet inte är simultanmätande. Instrumentet har testats med avseende på simultanmätning d.v.s. att alla de analyserade elementen analyseras samtidigt och med samma integreringstid. Instrumentets programvara har ställts in för att analysera de elva elementen med tre replikat och med en integreringstid på fem sekunder. Den totala analystiden ska sålunda vara 15 sekunder. Som tydligt framgår är den verkliga analystiden långt ifrån den förväntade analystiden på 15 sekunder och uppgår i vissa fall till sju gånger så lång tid. Vidare framgår att instrumentets programvara helt utan "user intervention" korrigerat integreringstiden för vissa element och även delat in dem för sekventiell

analys på UV respektive VIS detektorn. Bolagets uppfattning är att inget av de offererade systemen är simultanmätande enligt den beskrivning professor Holger Kirchmann anger.

I yttrande den 24 november 2008 anför SLU att det framgår av bolagets egna redogörelse att deras produkt inte uppfyller skullkravet på simultanmätning. I yttrandet hänvisas till att det framgår av en till yttrandet bifogad redogörelse av professor Holger Kirchmann att Perkin Elmers produkt däremot uppfyller skullkravet på simultanmätning. I redogörelsen av Holger Kirchmann anges bland annat följande. De mätningar som bolaget presenterar är i sig korrekt utförda, men inte relevanta för att påvisa att Perkin Elmers instrument inte mäter simultant. I bolagets rapport är inte Perkin Elmers instrument programmerat av operatören att mäta simultant utan med så kallad grupperade intensiteter, via en funktion i mjukvaran som kallas "Auto Integration". I "Auto Integration mode" läses inte alla element helt simultant. För att åstadkomma "äkta" simultanmätning krävs att analysen körs i "Manual Integration mode", vilket är en annan möjlighet att sätta upp metoden på i Perkin Elmers programvara. I ett optiskt schema över strålgången i Perkin Elmers instrument beskrivs att ljuset från plasmat når bägge detektorerna simultant beroende av en optisk komponent som dels reflekterar en del av ljuset till UV detektorn och dels släpper igenom del av ljuset till visuella detektorn. Vidare beskrivs att ingen del behöver mekaniskt röra sig eller byta position utan en del av ljuset reflekteras till en detektor och resterande ljus passerar igenom och når den andra detektorn. Holger Kirchmann anger att slutsatsen av detta är att Perkin Elmers instrument mäter samtliga element simultant.

## SKÄL

### **Aktuella bestämmelser**

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna

om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 12 kap. 1 § andra stycket LOU stadgas att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnads-effektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 15 kap. 16 § LOU stadgas bland annat följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU stadgas att om den upphandlande enheten 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 skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### **Utredningen i målet**

I förfrågningsunderlaget för upphandlingen anges bland annat följande. Under avsnitt 1.4 avseende utvärderingskriterier anges att anbudsutvärderingen av godkända anbud kommer att resultera i att SLU antar det anbudet som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till följande utvärderingskriterier:

- Teknisk prestanda på instrument och mjukvaran (30 procent)
- Service, teknisk support (30 procent)
- Pris (20 procent)
- Leveranstid (10 procent)

Under avsnitt 3.2 avseende funktionskrav anges bland annat att systemet ska kunna mäta de aktuella elementen simultant. Det anges även att systemet ska kunna analysera extrakt med höga salthalter med bibehållen känslighet och att om man behöver extra utrustning såsom argonfuktare och annan typ av spraykammare som förhindrar igenkloggning, bör detta tydligt anges.

I upphandlingsrapport daterad den 15 oktober 2008 anges bland annat följande. Detektionsgränser har angivits av båda företagen. Av de tretton ämnen som är mest aktuella för SLUs verksamhet är detektionsgränsen lika bra för sex element, bättre för fyra element hos bolaget och bättre för tre element hos Perkin Elmer. Skallkravet på att systemet ska analysera extrakt med höga salthalter med bibehållen känslighet, besvaras utförligt och tillfredställande enbart av Perkin Elmer. Skallkravet att apparaten ska kunna mäta de aktuella elementen simultant uppfylls enbart av Perkin Elmer. Det verkar inte finnas tydliga skillnader vad gäller service och leveranstid. Däremot skiljer sig apparaterna med avseende på teknisk prestanda och pris. Priset för Perkin Elmers apparat är cirka 25 procent högre än för bolagets apparat. Perkin Elmers apparat uppfyller däremot alla skallkrav. Den tekniska prestandan, att kunna mäta alla element simultant, tillskrivs störst värde, vilket är utslagsgivande för beslutet.

#### **Länsrättens bedömning**

En förutsättning för att länsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i eller någon av de principer som bär upp lagstiftningen.

Bolaget har gjort gällande att SLU har brustit vid utvärderingen av anbudet och därmed brustit i bedömningen av de mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet eftersom bolaget dels inte ansetts ha gett ett tillfredställande svar avseende ett skallkrav och dels inte ansetts ha uppfyllt ett skallkrav avseende funktionskraven.

I upphandlingsrapporten från SLU anges att skallkravet på att systemet ska analysera extrakt med höga salthalter med bibehållen känslighet, besvaras utförligt och tillfredställande enbart av Perkin Elmer. Bolaget har anfört att deras svar på denna punkt är mycket tydlig mot bakgrund av att deras instrument inte behöver någon extra utrustning för dessa provtyper och att det i förfrågningsunderlaget står att det ska anges om extra utrustning behövs för att uppfylla kravet. SLU har inte närmare bemött vad bolaget anfört i detta avseende.

Bolaget har vidare anfört att deras instrument är simultanmätande eller att varken deras instrument eller Perkin Elmers instrument kan anses vara simultanmätande enligt den beskrivning som framhållits av SLU, men att instrumenten dock i dagligt tal kallas för simultanmätande. SLU har anfört att bolagets instrument inte uppfyller kravet på simultanmätning. Vidare har SLU anfört att Perkin Elmers instrument möjliggör mätning enligt två förfarandesätt varav det ena uppfyller kravet på simultanmätning.

I förfrågningsunderlaget anges att systemet ska kunna mäta de aktuella elementen simultant. Även om det står klart att parterna i detta mål tolkat innebörden av begreppet simultant på skilda sätt gör länsrätten bedömningen att begreppet i sig är tydligt. Kravet går tillsynes inte heller utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen och leverantörerna har getts lika förutsättningar. Utformningen av förfrågningsunderlaget är inte otydligt i den grad att SLU mot denna bakgrund kan anses ha brutit mot någon av de grundläggande bestämmelser eller principer som bär upp lagstiftningen. Det har vidare inte visats att SLU frångått vad som angetts i



förfrågningsunderlaget i sin utvärdering. Den omständighet att SLU funnit att bolaget inte uppfyller skullkravet avseende simultanmätning medför således inte att några skäl för att vidta åtgärder enligt LOU föreligger.

Av vad som framkommit i målet avseende det uppställda kravet att systemet ska kunna analysera extrakt med höga salthalter med bibehållen känslighet finner länsrätten visserligen att SLU inte haft fog för att i detta avseende göra bedömningen att bolaget inte besvarat denna fråga tillfredställande. Den omständigheten torde dock inte på något avgörande sätt ha påverkat utvärderingen eftersom det framkommit att det som har varit utslagsgivande vid utvärderingen är det faktum att bolaget inte ansetts uppfylla skullkravet avseende simultanmätning.

Vid en samlad bedömning finner länsrätten inte att utvärderingen av SLU varit godtycklig och därigenom gynnat eller missgynnat någon av leverantörerna. Länsrätten gör sammantaget bedömningen att SLU inte har brutit mot någon bestämmelse i eller någon av de principer som bär upp lagstiftningen som medför att skäl för att vidta några åtgärder enligt LOU föreligger. Överklagandet ska således avslås.

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



EvaMargareta Nyhlén

rådman

TB



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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