



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2012-10-19
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1073-12 E
Kansli 1

SÖKANDE

Anton Paar Nordic AB, 556841-6803
Stenbärsgatan 4
212 31 Malmö

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Umeå universitet, 202100-2874
901 87 Umeå

ÖVRIG BERÖRD

Biotage Sweden AB
Box 8
751 03 Uppsala

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

KONKURRENSVERKET	
2012 -11- 0 7	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förklarar avtalet mellan Umeå universitet och Biotage Sweden AB avseende köp av mikrovågsinstrument (dnr 242-562-12) ogiltigt.

Förvaltningsrätten avvisar Anton Paars yrkande om rättelse och att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 26077

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00

E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Umeå universitet (UmU) har genom förenklat förfarande genomfört en upphandling av mikrovågsinstrument (dnr 242-562-12). Av tilldelningsbeslut daterat den 30 maj 2012 framgår att UmU beslutat att anta det anbud som lämnats av Biotage Sweden AB (Biotage).

Anton Paar Nordic AB (Anton Paar) har den 11 juni 2012 inkommit med en ansökan om överprövning till förvaltningsrätten. I ansökan yrkas i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Samma dag, den 11 juni 2012, har UmU tecknat avtal med Biotage. UmU hade då inte vetskap om att avtalsspärr fortfarande gällde.

Anton Paar har därefter justerat sin talan och yrkar att förvaltningsrätten ska förklara det ingångna avtalet ogiltigt och att rätten dessutom ska besluta i enlighet med vad som anförs i ansökan om överprövning.

UmU bestrider bifall till ansökan såvitt avser överprövning av avtalets giltighet och yrkar att ansökan ska avvisas såvitt avser överprövning av upphandlingen.

Biotage har getts möjlighet att yttra sig i målet men har inte inkommit med något svar.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

I Administrativa föreskrifter anges under p. 16. 3 Utvärdering bl.a. följande.

Det för universitetet ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. I utredningen kommer följande kriterier att ligga till grund för bedömningen i prioriterad ordning samt viktat enligt nedan.

- Pris, viktat 50 %
- Funktionalitet, viktat 40 %
- Leveranstid, garanti och serviceavtal, viktat 10 %

Pris avser totalpris för instrumentet, eventuella tillkommande kostnader för exempelvis frakt inkluderas.

Funktionalitet utvärderas utifrån ställda bör-krav på prestanda, programmerbarhet, reaktionsvolym, provinmatning, säkerhet och krav på placering. Leveranstid, garanti och serviceavtal utvärderas utifrån de uppgifter som lämnas i anbudet.

I Kravspecifikation anges under rubriken Krav på anbud följande.

Pris **skall** anges i svenska kronor exklusive moms.

Installation **skall** ingå i offererat pris.

Pris **skall** anges för optioner, t.ex. olika tillbehör och tillvalsmöjligheter.

UmU:s utvärdering av anbuden

Av tilldelningsbeslut inklusive utvärderingshandlingar framgår bl.a. följande.

Två anbud har utvärderats, från Anton Paar och Biotage. Anbuden har bedömts likvärdiga beträffande de två utvärderingskriterierna Funktionalitet och Leveranstid, garanti och serviceavtal. Beträffande utvärderingskriteriet Pris har Biotage erhållit 5,0 poäng (2,5 viktade poäng) och Anton Paar 3,99 poäng (2,0 viktade poäng). Totalpris för Biotage har beräknats till 242 562 kr med delpriserna 226 140 kr för Instrument med automatisk provinmatning och 16 422 kr för Förbrukningsmaterial, 500 st, 0,5-2 ml med lock samt waste tray inserts eller septa, magnetomrörare. För Anton Paar har totalpriset beräknats till 303 877 kr med delpriserna 207 609 kr respektive 96 268 kr.

Parternas anföranden

Anton Paar anför bl.a. följande.

UmU har ingått avtal under pågående avtalsspärr. Förfarandet är i strid med 16 kap. 1 § LOU. Ett avtal ska förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §§ LOU. Avtalet ska därför förklaras ogiltigt jämlikt 16 kap. 13 § andra stycket LOU. Avtalets ogiltighet medför att avtalet är en nullitet varför det inte föreligger hinder för överprövning av upphandlingen.

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna förklara avtalet ogiltigt är att grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. UmU:s agerande vid utvärderingen är i strid mot

LOU. Anton Paar har eller kan komma att lida skada då man vid en korrekt genomförd utvärdering skulle ha tilldelats avtalet.

Av UmU:s utvärdering framgår att man lagt till en parameter i fråga om utvärdering av pris. Anton Paar har offererat pris på efterfrågat instrument med ett belopp om 207 609 kr och Biotage har offererat pris på efterfrågat instrument med ett belopp om 226 140 kr. Dessa prisuppgifter ska enligt förfrågningsunderlaget utvärderas. UmU har därutöver lagt till "Pris förbrukningsmaterial, 500 st, 0,5-2 ml med lock samt waste tray inserts eller septa, magnetrörare". UmU har i sistnämnda avseende ökat Anton Paars utvärderingspris med 96 268 kr. Det går dock inte att utläsa hur UmU kommit fram till detta belopp. Motsvarande tillägg avseende Biotage har angetts till 16 422 kr. Inte heller i det avseendet kan utläsas hur UmU kommit fram till beloppet.

Ovan angivna tillägg har medfört att Anton Paars anbud getts ett "totalpris" som är högre än motsvarande "totalpris" för Biotage. Eftersom UmU såvitt avser övriga utvärderingskriterier bedömt anbuden som likvärdiga har tillägget till Anton Paars pris blivit utslagsgivande i utvärderingen.

Det ska särskilt noteras att det inte av förfrågningsunderlaget i något avseende framgår att förbrukningsmaterial efterfrågas eller att priser på sådant förbrukningsmaterial kommer att utvärderas. Det framgår inte heller att UmU hade för avsikt att beräkna nämnda priser på en uppskattad volym om 500 st vialer. Det ska vidare noteras att den av Anton Paar offererade utrustningen inte kräver förbrukningsmaterial för den verksamhet som avses bedrivas med utrustningen. I Anton Paars offererade pris för instrumentet ingår vialer i baskonfigurationen. Dessa vialer är avsedda för återanvändning efter rengöring, till skillnad från vialer som används i Biotages utrustning. Av Anton Paars anbud framgår att "all vials, caps and septa are reusable items".

Även om de vialer som tillhandahålls av Anton Paar skulle användas som engångsartiklar skulle inte kostnaden för inköp av dessa motsvara det av UmU angivna beloppet 96 268 kr.

UmU anför i förvaltningsrätten att det i p. 16 i Kravspecifikationen angetts vissa säkerhetsaspekter som ska uppfyllas. Både Anton Paar och Biotage har på fråga från UmU uppgett att säkerhetsaspekterna kan uppfyllas och garanteras om respektive leverantörs instrument används med de vialer som tillhandahålls och rekommenderas av leverantören. Mot denna bakgrund har UmU, i strid med LOU, ansett sig ha rätt att vid utvärderingen inkludera priset för vialer trots att priset för detta enligt utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget inte skulle utvärderas.

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges vad avser utvärdering att "pris avser totalpris för instrumentet, eventuella tillkommande kostnader för exempelvis frakt inkluderas". Det kan inte förstås så att kostnader för förbrukningsmaterial ska ingå. Av förfrågningsunderlagets Kravspecifikation framgår att pris ska anges i svenska kronor exklusive moms samt att installation ska ingå i offererat pris. Utvärderingskriteriet för pris är följaktligen utrustningens pris inklusive installation. Någon kostnad för olika tillbehör och tillvalsmöjligheter ska enligt förfrågningsunderlaget inte utvärderas.

Det ska särskilt understrykas att Anton Paars anbud uppfyller säkerhetskraven i Kravspecifikationen om instrumentet används med Anton Paars vialer men att kostnaderna för vialerna enligt förfrågningsunderlaget inte ska utvärderas. UmU har i sin utvärdering utvärderat andra uppgifter än de som skulle utvärderas. Om UmU hade önskat inkludera kostnaden för tillbehör och förbrukningsmaterial skulle det ha framgått av den utvärderingsmodell för pris som angetts i förfrågningsunderlaget. Så har emellertid inte gjorts.

Kravspecifikationen innehåller bl.a. tekniska krav på efterfrågad utrustning. Som exempel anges i punkten 5 att instrumentet ska ha en maximal effekt på minst 300 W, men bör ha högre. I punkten 6 anges att instrumentet ska klara ett maximalt tryck på 20 bar, men bör klara högre. Förfrågningsunderlaget, med kravspecifikationen, innehåller inte någon ledning rörande hur effekt utöver 300 W och trycktolerans utöver 20 bar ska värderas eller bedömas. Det går inte att med ledning av förfrågningsunderlaget lämna optimalt anbud i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget borde rätteligen ha innehållit uppgifter om hur överträffande av ställda minimikrav kommer att bedömas. Det saknas även ledning för anbudsgivarna beträffande hur utvärdering av kriteriet Leveranstid, garanti och serviceavtal avses genomföras.

Vidare är utvärderingen av kriteriet Funktionalitet svårförståelig. Av förfrågningsunderlaget framgår att Funktionalitet ska utvärderas utifrån ställda bör-krav på diverse tekniska specifikationer. Förfrågningsunderlaget innehåller dock inte någon ledning rörande hur denna utvärdering ska genomföras. Som exempel kan nämnas att det av Anton Paar offererade instrumentet har en högre effekt och större tolerans mot tryck än det instrument som offererats av Biotage. Trots det har båda anbudsgivarna erhållit högsta poäng i fråga om Funktionalitet.

UmU anför bl.a. följande.

Den 11 juni 2012 ingick UmU avtal med Biotage. Detta skedde inte i enlighet med vad som anges i 16 kap. 1 och 18 §§ LOU. Detta misstag medges. För att aktuellt avtal ska kunna ogiltigförklaras av förvaltningsrätten krävs att UmU har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Anton Paar menar bl.a. att UmU vid utvärdering av pris lagt till en parameter gällande förbrukningsmaterial och att detta medfört att anbudet getts ett totalpris som är högre än konkurrerande anbuds.

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation anges i p. 16 att säkerhetsaspekter i samband med användning, såsom instrumentets förmåga att innesluta reaktionskärlet och dess innehåll om kärlet går sönder i samband med körning, ska framgå av anbudet. Säkerheten för användaren bör vara så god som möjligt. Ingen av leverantörerna har i någon del reserverat sig mot p. 16. Av begärda kompletteringar, som framställts mot bakgrund av att tillförsäkra att efterfrågade instrument uppfyller gällande säkerhetskrav, framgår att båda leverantörerna endast kan garantera att den säkerhet som offereras vad gäller instrumentets funktion i anbudet kan upprätthållas vid användning av vialer som tillhandahålls och rekommenderas av leverantören. Pris för dessa vialer har angetts i anbudet och priserna uppvisar stor skillnad mellan anbudet. De priser som UmU har använt sig av vid beräkning av totalpris har hämtats från vad som uppgetts i anbudet. Att inkludera vialer i beräkningen har varit en nödvändighet för att säkerhetskraven ska kunna upprätthållas och upphandlingens ändamål kunna uppfyllas utifrån vad de båda anbudsgivarna uppgett i sina kompletterande svar. Anton Paars instrument hade varit lika dyrt i drift utifrån nyss nämnt säkerhetskrav oavsett hur förfrågningsunderlaget hade utformats, eftersom bruket av vialer som tillhandahålls av Anton Paar är en nödvändighet för att instrumentet ska kunna brukas av UmU:s anställda på ett tillräckligt säkert sätt. UmU ifrågasätter därför att Anton Paar har lidit eller skulle kunna ha lidit skada på det sätt som anbudsgivaren påstår. Anton Paar har inte heller i övrigt visat att UmU åsidosatt bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att de åsamkats skada. Det saknas därför grund att bifalla ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Eftersom avtal har ingåtts föreligger hinder mot att överpröva upphandlingen. Detta framgår bl.a. av 16 kap. 6 § LOU i vilket stadgas att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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. (1 kap. 9 § LOU)

Vid förenklat förfarande och utvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §. (15 kap. 19 § första stycket LOU)

En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr). (9 kap. 9 § första stycket LOU)

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades. (16 kap. 1 § första stycket LOU)

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §. (16 kap. 11 § LOU)

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. (16 kap. 6 § andra stycket LOU)

Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13-15 §§. (16 kap 7 § LOU)

Ett avtal ska [också] förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. (16 kap. 13 § andra stycket LOU)

DOMSKÅL

Av handlingarna i målet framgår att UmU tecknat avtal i strid med reglerna om avtalsspärr. Anton Paar yrkar att förvaltningsrätten ska förklara det ingångna avtalet ogiltigt. För att ett avtal som tecknats i strid med reglerna om avtalsspärr ska ogiltigförklaras krävs att den upphandlande myndigheten även på annat sätt agerat i strid med bestämmelserna i LOU och att detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Anton Paar anför i huvudsak att UmU inte utvärderat kriteriet Pris i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget samt att förfrågningsunderlaget är otydligt utformat beträffande de två övriga utvärderingskriterierna. Beträffande det sistnämnda finner förvaltningsrätten att det i och för sig hade varit önskvärt att det i förfrågningsunderlaget preciserats hur poängsättning avsetts ske. Bristen är enligt förvaltningsrättens mening dock inte så allvarlig, vare sig beträffande art eller omfattning, att anbudsgivarnas möjligheter att utforma konkurrenskraftiga anbud torde ha påverkats därav.

Vad gäller UmU:s utvärdering av kriteriet Pris har förutom pris på efterfrågat instrument även beaktats pris för 500 st vialer. Frågan är om detta är

förenligt med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges att pris avser totalpris för instrumentet samt att eventuella tillkommande kostnader för exempelvis frakt inkluderas. I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation anges att installation ska ingå i offererat pris. Att vialer eller annat förbrukningsmaterial avses beaktas vid utvärderingen av kriteriet Pris framgår inte av förfrågningsunderlaget. Det har i målet inte heller framkommit att anbudsgivarna av någon annan anledning kunnat förutse att pris för vialer skulle komma att beaktas vid utvärderingen. Den omständigheten att anbudsgivarna endast kan garantera att säkerhetskrav uppfylls ifall deras egna vialer används har härvidlag inte någon betydelse. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att UmU inte utvärderat kriteriet Pris i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Agerandet strider mot den gemenskrättsliga principen om förutsebarhet som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Anton Paars pris på efterfrågat instrument är lägre än Biotages pris och anbudet beträffande övriga utvärderingskriterier bedömts likvärdiga har Anton Paar lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av UmU:s agerande.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att det finns grund för att förklara avtalet mellan UmU och Biotage ogiltigt. Anton Paars yrkande om att förvaltningsrätten ska förklara det ingångna avtalet ogiltigt ska således bifallas.

Förutom att förvaltningsrätten ska förklara avtalet ogiltigt yrkar Anton Paar i första hand att rätten ska besluta om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vad gäller denna fråga uttalas i förarbetena (prop. 2009/10:180 s 150 f) följande: "Av ogiltigförklaring av ett avtal får anses följa att exempelvis ett tilldelningsbeslut inte längre gäller. Något behov av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, vid sidan om möj-

ligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas finns därför inte.” Kammarrätten i Stockholm har den 13 december 2011 i mål nr 6035-11 uttalat att det saknas lagligt stöd för att när ett avtal förklarats ogiltigt samtidigt förordna om att upphandlingen ska rättas på visst sätt. På grund av det anförda samt att det av lagtext följer att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits kan förvaltningsrätten inte förordna om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Anton Paars yrkande härom ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).

Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 nå 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.