



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-10-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
13288-16

Sida 1 (9)

SÖKANDE

A/B SCIEX AB, 556790-0922
c/o Regus
Engelbrektsgatan 9-11
114 32 Stockholm

MOTPART

Karolinska Institutet
171 77 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-10-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 761249

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Karolinska Institutet (KI) genomför en upphandling av ett LC-QTOF instrument (16027-K2, 2-1291-2016). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 16 juni 2016 har KI beslutat att tilldela kontrakt till Bruker Daltonics Scandinavia AB (Bruker).

A/B SCIEEX AB (SCIEEX) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras, varvid anbudet från SCIEEX ska utvärderas och anbudet från Bruker inte ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför SCIEEX i huvudsak följande.

SCIEEX borde inte ha diskvalificerats från upphandlingen eftersom SCIEEX bifogat en kreditgaranti som borde ha godtagits som en garanti av begärd finansiell kapacitet. Garantin är undertecknad av en företrädare för SCIEEX:s moderbolag Danaher. Utöver detta har SCIEEX till sitt anbud bifogat en finansiell rapport avseende Danaher. SCIEEX har deltagit i åtta upphandlingar de senaste två åren och dokumentationen avseende finansiell kapacitet har inte ifrågasatts. Om dokumentationen varit oklar hade KI rätt att begära förtydliganden från SCIEEX vilket inte har gjorts.

Bruker har inte uppfyllt skall-kravet i punkt 5.2.11.4 att lämna in "proposal for long term collaboration". Punkt 5.2.11.4 "Support for methods and applications" i förfrågningsunderlaget lyder: "A long-term collaboration with KI from the Tenderer regarding methods and applications must be included. The form of such post-sales support must be described in the tender." Vad Bruker svarat om att man som standard tillhandahåller support via telefon och e-post kan inte anses uppfylla detta krav. Vad Bruker har erbjudit är vanlig support och inte något samarbete. Bruker har angett att

bolaget vill diskutera samarbetet vilket innebär att man ännu inte uppfyller det nämnda kravet.

Vidare har Brukers anbud inte utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlaget. Även om Brukers anbud var det enda som gick vidare till steg tre i utvärderingen så var det ett antal skall-krav som skulle uppfyllas i detta steg i avsnitt 5.2.3.1 – 5.2.4.6 som KI inte kontrollerade. Om Bruker inte uppfyllde alla krav i steg tre så skulle upphandlingen behöva göras om.

KI bestrider vad SCIEX anfört och yrkar i första hand att SCIEX:s ansökan ska avslås. KI yrkar i andra hand att, i det fall förvaltningsrätten anser att det föreligger skäl för ingripande LOU, rättelse ska vara en tillräcklig åtgärd. KI anför i huvudsak följande.

SCIEX har blivit uteslutet i leverantörskvalificeringsfasen på grund av att de obligatoriska kraven 4.4.1 och 4.4.2 avseende anbudsgivarens finansiella ställning inte har uppfyllts. Det obligatoriska kravet 4.4.2 anger att, i det fall anbudsgivaren inte klarar det obligatoriska kravet på finansiell ställning i 4.4.1, en förklaring ska ges till detta och relevant dokumentation som styrker anbudsgivarens finansiella ställning bifogas till anbudet. SCIEX har inte till sitt anbud bifogat sådan dokumentation som efterfrågas. KI har ingen skyldighet att begära klargöranden.

För att uppfylla det obligatoriska kravet i 4.4.2 har SCIEX hänvisat till en garanti utställd av AB SCIEX Finance BV samt en årsredovisning från 2014 avseende Danaher. SCIEX har vidare inte styrkt AB SCIEX Finance BV:s finansiella ställning. Att Danahers årsredovisning för 2014 lämnats som bilaga kan inte anses styrka varken SCIEX:s eller AB SCIEX Finance BV:s finansiella ställning.

Danaher har inte lämnat någon garanti till stöd för vare sig SCIEX eller AB SCIEX Finance BV. Den lämnade garantin ger uttryck för att AB SCIEX Finance BV åtar sig att tillhandahålla underhåll och service för maskinen under tio års tid i det fall SCIEX inte kan fullgöra sina åtaganden mot sina kunder. Garantin är därmed begränsad och gäller t.ex. inte skadestånd, viten eller andra skulder som SCIEX eventuellt kan ådra sig inom ett avtalsförhållande. Garantin kan därmed inte styrka SCIEX:s finansiella ställning på det sätt som avses i punkt 4.4.1.

I garantin anges AB SCIEX Finance BV som utställare av garantin, organisationsnumret som anges, NL27187923, tillhör dock AB SCIEX EDC BV. AB SCIEX Finance BV har organisationsnummer NL34220135. Man hänvisar även till AB SCIEX Finance AB, ett sådant bolag finns inte registrerat. I garantin försäkras att Kirschner har rätt att teckna SCIEX:s firma, detta är dock inte vidare styrkt. Man försäkrar inte att han har rätt att teckna firman för AB SCIEX Finance BV eller AB SCIEX EDC BV, detta har inte heller styrkts på annat sätt. Vidare är den lämnade garantin undertecknad av Kirschner i egenskap av CFO för AB SCIEX Finance BV. Det har inte styrkts att CFO är berättigad att lämna en sådan garanti. Mot bakgrund av detta kan SCIEX inte anses ha uppfyllt kraven på inlämnande av dokumentation i punkt 4.4.2 i förfrågningsunderlaget. I vart fall kan KI inte åläggas att acceptera ingiven garanti som en giltig garanti som styrker SCIEX:s finansiella ställning.

Syftet med kravet i punkt 5.2.11.4 är att säkerställa ett långsiktigt samarbete med vinnande anbudsgivare i frågor som rör utrustningens användningsområde och avser att ett långsiktigt samarbete i dessa frågor måste ingå i avtalet och det därmed etablerade förhållandet mellan KI och den vinnande anbudsgivaren. Punktens andra mening anger att formen för tillhandahållande av support under det långsiktiga samarbetet ska anges i anbudet.

Bruker har svarat att man som standard tillhandahåller sådan support via telefon och e-post, samt att man i ett senare skede tillsammans med KI vill utveckla ett ännu längre gående samarbete. Bruker har därmed uppfyllt kravet på att ingå ett långsiktigt samarbete med KI, samt kravet på att ange form för support för metoder och applikationer under detta samarbete. Något krav på beskrivning i form av ett avtal för framtida samarbete som SCIEX tolkat in framgår inte.

I upphandlingen inkom tre anbud och av dessa förkastades två. SCIEX:s anbud förkastades i steg B enligt punkt 3.1.2 i förfrågningsunderlaget på grund av ej uppfyllda obligatoriska krav på anbudsgivaren. Ytterligare ett anbud förkastades i steg C på grund av ej uppfyllda obligatoriska krav. Utvärderingsmodellen i upphandlingen var en så kallad mervärdesmodell avsedd att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom endast ett anbud återstod i steg D, som syftade till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga av de anbudsgivare som uppfyllt alla obligatoriska krav, förelåg ingen anledning att poängsätta Brukers anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon grundläggande princip eller bestämmelse i LOU.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör

gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Det är således SCIEX som har att visa att KI har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU samt att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. De så kallade skall-kraven som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska kunna utvärdera anbudet. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga grundläggande principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma om och hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella skall-krav är uppfyllda.

Förvaltningsrättens bedömning

SCIEX har anfört att bolaget felaktigt blivit uteslutet i leverantörskvalificeringsfasen på grund av att bolaget inte uppfyllt de obligatoriska kraven 4.4.1 och 4.4.2 avseende anbudsgivarens finansiella ställning.

Av förfrågningsunderlagets punkt 4.4.1 framgår följande.

4.4.1 Requirements concerning finances

The Tenderer confirms it has the financial position required. KI collaborates with the credit reference company Creditsafe. The Tenderer must have a credit rating of at least risk class 60 according to the credit information company Creditsafe or an equivalent assessment.

SCIEX har som svar angett följande.

Sciex capability to make payments is guaranteed as of the attached Appendix 05, Credit Rating Guarantee and Indemnity Letter, which states that AB SCIEX Finance BV will support Sweden if they fall into difficulty.

Av förfrågningsunderlagets punkt 4.4.2 framgår följande.

4.4.2 Verification of the Tenderer's financial position

If the Tenderer is aware of, or suspects that, demands concerning financial position are not satisfied or have been assessed by another credit market company's rating system which shows another rating then the Tenderer must show the reason for this (e.g. newly started company) and present the relevant documentation (e.g. parent company guarantee, bank guarantee or income statement) which confirms the Tenderer's stable financial position.

SCIEX har som svar angett följande.

A/B Sciex AB sold products via distribution channels until somewhat around two years ago, so having done almost all business in Sweden via the distributor Sciex currently operate under guarantee. See appendices 01, 02 and 05 as mentioned under tender point 4.4.1.

Av tilldelningsbeslutet från den 16 juni 2016 framgår att SCIEX inte bedömts uppfylla det obligatoriska leverantörskravet avseende finansiell ställning då bolaget inte lämnat in dokumentation till stöd för att den inlämnade kreditgarantin från AB SCIEX Finance BV innebär att bolaget uppfyller det obligatoriska leverantörskravet avseende finansiell ställning. SCIEX har inte heller lämnat in dokumentation till stöd för att den inlämnade garantin utfärdad av Danaher Inc. innebär att bolaget uppfyller det obligatoriska leverantörskravet avseende finansiell ställning.

Av den aktuella kreditgarantin framgår följande.

"UNDERTAKING TO PROVIDE GUARANTEE AND INDEMNITY

Frank Kirchner, acting as Director of AB Sciex Finance AB (Legal Entity Number N556790-0922) and AB Sciex Finance BV (Legal Entity Number 27187923) who are both wholly owned subsidiaries of Danaher Corporation and in the capacity authorized to swear statutory declarations on behalf of AB Sciex AB, a company registered in Sweden solemnly and sincerely declares:

AB Sciex Finance BV hereby undertakes to provide to our customers in Sweden a guarantee and indemnity in the event that if AB Sciex AB cannot fulfill its obligation towards our customers, then AB Sciex Finance BV confirms that it will support the proposed instrument with maintenance and repair service for a period of ten (10) years from the date of discontinuance."

Enligt förvaltningsrätten innebär den aktuella garantin, som den är utformad, endast att AB Sciex Finance BV utfäster sig att utföra underhåll och reparationer avseende instrumentet som utgör upphandlingsföremålet för en period om tio år från upphörandedatum, vilket inte kan anses innebära

att SCIEX uppfyller det obligatoriska leverantörskravet avseende finansiell ställning. Inte heller anser förvaltningsrätten att årsredovisningen avseende SCIEX:s moderbolag Danaher eller vad som i övrigt framkommit kan anses innebära att bolaget uppfyller det obligatoriska leverantörskravet avseende finansiell ställning. En upphandlande myndighet har, som KI anfört, ingen skyldighet utan endast en möjlighet att begära förtydliganden från SCIEX. Vad SCIEX anfört om att bolaget har deltagit i åtta upphandlingar de senaste två åren där motsvarande dokumentation avseende finansiell kapacitet inte har ifrågasatts ändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

SCIEX har vidare anfört att Brukers anbud felaktigt har utvärderats då bolagets anbud inte uppfyller skall-kravet i punkt 5.2.11.4 att lämna in "proposal for long term collaboration".

Av förfrågningsunderlagets punkt 5.2.11.4 framgår följande.

5.2.11.4 Support for methods and applications

A long-term collaboration with KI from the Tenderer regarding methods and applications must be included. The form of such post-sales support must be described in the tender.

Bruker har angett följande.

The free of charge availability via phone and email to Bruker Daltonics application support and software support is a valuable security for customers. In this tender we are also more interested in discussing future collaborative efforts to aid results and products developments in specific areas. We would be glad to discuss further how this can be set up with a joint benefit from both parts.

KI har i förfrågningsunderlaget inte närmare angett hur anbudsgivaren ska visa att kravet om att ett långsiktigt samarbete med KI avseende metoder och applikationer måste ingå ska vara uppfyllt. Enligt förvaltningsrätten får det därmed anses tillräckligt att uppfylla kravet genom att, på det sätt Bruker har gjort, ange att man är villig till ett sådant långsiktigt samarbete.

Vidare anser förvaltningsrätten att kravet om att beskriva formerna för support avseende metoder och applikationer får anses uppfyllt genom att

Bruker angett att bolaget som standard tillhandahåller support per telefon och e-post.

SCIEX har slutligen anfört att Brukers anbud inte utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlaget då KI inte kontrollerat att Brukers anbud uppfyllt skall-kraven i avsnitt 5.2.3.1 – 5.2.4.6.

Av tilldelningsbeslutet från den 16 juni 2016 framgår att Bruker har bedömts uppfylla samtliga obligatoriska krav i steg 1, 2 och 3 inklusive de obligatoriska kraven i avsnitt 5.2.3.1 – 5.2.4.6. Brukers anbud har dessutom varit det enda av tre inlämnade anbud som uppfyllt samtliga obligatoriska krav i steg 1, 2 och 3. Då steg 4 syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte innehåller några obligatoriska krav har det saknats skäl att poängsätta Brukers anbud.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det, på grund av vad SCIEX anfört, inte är visat att KI skulle ha brutit mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upphandling. Det saknas därmed skäl för förvaltningsrätten att vidta någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Göran Wickström

Rådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.