



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2017-11-17

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (8)

Mål nr

16044-17

SÖKANDE

GE Healthcare Sverige AB, 556603-3139

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och jurist Martin Bogg

Advokatfirman Delphi KB

Box 1432

111 84 Stockholm

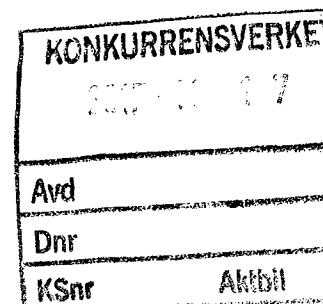
MOTPART

Stockholms Universitet

106 91 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att ansökan ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 882962

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.

Stockholms Universitet (SU) genomför en upphandling avseende magnetisk resonanstomografi (härefter MRI) med dnr SU-FV-2.2.2-2521-16.

Upphandlingen genomförs genom en konkurrenspräglad dialog enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Enligt tilldelningsbeslut den 30 juni 2017 har Siemens Healthcare AB (Siemens) antagits som leverantör i upphandlingen.

GE Healthcare Sverige AB (GE) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Som grund för GE:s yrkande anförs att SU har brutit mot den grundläggande likabehandlingsprincipen genom att utvärdera och anta Siemens anbud trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Eftersom inga kvarvarande giltiga anbud finns att anta i upphandlingen ska den göras om.

SU yrkar i första hand att ansökan ska avvisas eftersom GE saknar rättsligt stöd för sin talan. GE är prekluderat från rätten att föra talan mot tilldelningsbeslutet och har varken rättslig grund eller stöd i åberopade omständigheter för sitt yrkande. SU bestrider vidare yrkandet om att upphandlingen ska göras om och motsätter sig även rättelse av upphandlingen genom att anbudet från Siemens förkastas eftersom Siemens uppfyller alla obligatoriska krav.

VAD PARTERNA ANFÖR

Till stöd för sin talan anför GE bl.a. följande. Kravet i förfrågningsunderlagets avsnitt 2 punkt g) innebär att anbudsgivaren ovillkorligen måste acceptera utkastet till avtal i dess helhet och att avtalet ska undertecknas och bifogas till anbudet. I introduktionsbrevet till Siemens anbud, bilaga 4, har Siemens angett följande: "Då Siemens är ett globalt företag, vars kärna

ligger i teknologi och know-how på hög nivå är det ytterst viktigt för oss att säkra att dessa hanteras på vederbörligt sätt. Därför kommer Siemens Healthcare AB att ingå slutligt avtal i ärendet endast ifall man också kan komma överens om ett samarbetsavtal som på tillräckligt detaljerad nivå reglerar denna aspekt.” Av Siemens svar framgår att det är en förutsättning för att Siemens ska acceptera utkastet till avtal och ingå avtal i upphandlingen att ett samarbetsavtal tecknas mellan Siemens och SU som i detalj reglerar vissa frågor. Siemens har därmed inte ovillkorligen accepterat utkastet till avtal trots att ett undertecknat avtal bifogats anbudet, utan tvärtom angett att Siemens kan komma att vägra att slutligt ingå avtal för det fall parterna inte kan komma överens gällande samarbetsavtalets innehåll. Siemens anbud uppfyller således inte kravet utan ska förkastas.

I kravspecifikationen anges ett antal tekniska obligatoriska krav som offererad utrustning måste uppfylla. I bilagan anges en tydlig instruktion för hur anbudsgivaren ska besvara bilagan. Enligt angivelsen är det otillräckligt att anbudsgivaren endast besvarar kravet med ett ”Yes”. Därutöver måste anbudsgivaren även specificera svaret så att det uttryckligen framgår att kravet är uppfyllt. Siemens har i dess kravspecifikation fyllt i bilagan enligt anvisning, med undantag för krav 10.11, 10.12 och 12.9, där Siemens inte har specificerat sitt svar, utan endast angivit ”Yes”. Enligt anvisningarna i bilagan ska därmed Siemens anbud inte anses vara kvalificerat.

Eftersom Siemens anbud är bristfälligt i flera avseenden ska anbudet förkastas. Då det inte finns några ytterligare giltiga anbud att anta i upphandlingen ska upphandlingen göras om i enlighet med GE:s yrkande. Genom att ändå fortsätta upphandlingen och utvärdera och anta Siemens anbud, trots dess brister, har GE lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada. SU borde istället ha avbrutit upphandlingen och gjort om den. I denna nya upphandling hade GE, liksom Siemens, haft en ny chans att delta och vinna kontrakt.

Till stöd för sin talan anför SU bl.a. följande. GE:s anbud har rätteligen uteslutits ur upphandlingen. GE har inte överklagat uteslutningsbeslutet som får anses ha vunnit laga kraft. GE:s anbud var uteslutet när tilldelningsbeslutet fattades. Rättsverkan av uteslutningsbeslutet är prekludering av rätten att föra talan mot tilldelningsbeslutet. Det får vidare anses klarlagt att GE offererat ett forskningsinstrument som inte är klart att levereras på sätt som anges i upphandlingsdokumenten. En pro-forma-utvärdering av GE:s anbud visar att GE inte kan vinna tilldelning i den nu aktuella upphandlingen. Av dessa skäl kan GE inte heller riskera att lida skada.

Siemens uppfyller alla obligatoriska krav. Siemens har signerat kontraktet och något mer behövs inte. De frågor som besvarats av Siemens med ”Yes” är sådana att specifikation inte rimligen kan förväntas och det var inte heller meningen. Det framgår av GE:s anbud att GE uppfattat kravet på samma sätt som Siemens. Upphandlande myndigheter har tolkningsutrymme och rätt att godkänna även anbud som inte är perfekta i samma avseenden som underlaget inte är perfekt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017, varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är tillämplig.

Talerätt

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Rätten att få överprövat en upphandling har inskränkts till en rätt för den som kan anses ha en ställning som leverantör på en marknad. Leverantör är den som på marknaden tillhandahåller efterfrågade varor, byggtreprenader eller tjänster (2 kap. 11 § LOU).

Även om SU har ifrågasatt att GE skulle haft möjlighet att leverera aktuell MRI-utrustning så finner förvaltningsrätten att det i målet är klarlagt att GE är en leverantör som på marknaden tillhandahåller denna typ av utrustning och att GE därmed är att anse som en leverantör i förevarande mål.

SU har även anfört att anbudet från GE var uteslutet när tilldelningsbeslut fattades och att GE:s rätt att föra talan mot detta beslut är prekluderad samt att GE inte lidit någon skada, eftersom bolagets anbud inte var kvalificerat i upphandlingen. Av rättspraxis framgår emellertid att förutsättningar för talerätt och även skaderekvisitet kan anses vara uppfyllda trots att sökandens anbud rätteligen har förkastats. Det kan finnas skäl att pröva en sökande anbudsgivares invändningar mot vinnande anbudsgivares anbud under förutsättning att det inte finns något annat anbud att anta i upphandlingen (jfr EU-domstolens dom i mål C-100/12, Fastweb SpA och Kammarrätten i Stockholms dom i mål 6420-15). I målet är klarlagt att det saknas andra anbudsgivare än GE och Siemens. Mot denna bakgrund måste GE anses ha talerätt i målet. GE skulle också kunna anses lida skada för det fall SU antagit ett anbud som inte varit kvalificerat. Vad SU anfört om att en proforma-utvärdering av GE:s anbud visar att GE inte kan vinna tilldelning i den nu aktuella upphandlingen saknar betydelse vid denna bedömning. Yrkandet från SU om att ansökan ska avvisas ska därmed avslås.

Prövning i sak

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap 9 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder

som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav.

Av praxis (HFD 2016 ref. 37 I och II) framgår att en upphandlande myndighet redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget ska se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att de är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Potentiella leverantörer ska kunna utgå ifrån att de krav som anges är så viktiga att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud.

GE anför att Siemens inte ovillkorligen har accepterat utkastet till avtal, trots att ett undertecknat avtal bifogats anbudet, utan angett att Siemens kommer att vägra att slutligt ingå avtal för det fall parterna inte kan komma överens om samarbetsavtalets innehåll.

I målet är ostridigt att Siemens i sitt anbud gjort ett förbehåll genom att bolaget angett att det endast kommer att ingå slutligt avtal ifall man också kan komma överens om ett samarbetsavtal som på tillräckligt detaljerad nivå

reglerar teknologi och know-how. Enligt förvaltningsrätten har inte visats att detta förbehåll hänför sig till något obligatoriskt krav som uppställts i upphandlingen. Såvitt framkommit avser det endast ett område som saknar kravställning från SU. Det förbehåll som Siemens har gjort i sitt anbud innebär därmed, enligt förvaltningsrätten, inte annat än att bolaget har godtagit samtliga villkor som SU uppställt i upphandlingen. Skäl att förkasta anbudet från Siemens på denna grund har därmed inte förelegat.

GE gör vidare gällande att Siemens i sitt anbud har besvarat ett antal frågor med "yes" utan att specificera svaret vilket är ett krav i upphandlingen.

I kravspecifikationen ges instruktion för hur kraven ska besvaras. Där anges bl.a. följande. "Tenderers shall answer YES or NO and specify each and every answer with offered actual values and/or units making use of the terms, definitions, expressions, short forms etc. used with regard to each requirement and/or criteria. Specification is a must requirement, even if not asked for explicitly." Förvaltningsrätten konstaterar att de aktuella frågorna inte är sådana att det är möjligt att specificera svaret på det sätt som anges. Enligt förvaltningsrättens bedömning är därmed den enda rimliga tolkningen av en motsägelsefull kravställning att kravet om att specificera svar inte ska omfatta de frågor där detta inte är möjligt. Denna tolkning vinner enligt förvaltningsrätten stöd i att, såvitt framkommit i målet, frågan tolkats på samma sätt av båda anbudsgivarna samt att inga frågor har ställts för att klargöra detta. Även om kravställningen inte är optimalt utformad i denna del så finner förvaltningsrätten att anbudet från Siemens får anses ha uppfyllt det aktuella kravet.

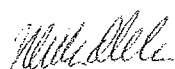
Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att GE har talerätt i målet men att bolaget inte har visat att SU brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU

genom att utvärdera anbudet från Siemens. Det saknas därmed anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin
Chefsrådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

