



KONKURRENSVERKET	
2019-01-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899
745 85 Enköping

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och biträdande jurist Denise Peters
Advokatfirman Lindahl KB

MOTPART

Region Kronoberg

Ombud: Advokat Martin Dell och Jur.kand. Peter Lennartz
RosholmDell Advokatbyrå AB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna 2-4, 6, 9-12, 14-16, 18-19, 21 och 24-27.

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg har genomfört en upphandling avseende dentalt förbrukningsmateriel (17RK2186). Upphandlingen är uppdelad i flera produktgrupper och ramavtal avsågs att tecknas med en leverantör per produktgrupp. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande i enlighet med LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Vid anbudstidens utgång hade åtta anbud inkommit.

Aktiebolaget Nordenta (Nordenta) yrkar att Region Kronobergs upphandling av Dental förbrukning, 17RK2186, produktgrupper 2-4, 6, 9-12, 14-16, 18-19, 21 och 24-27 ska göras om.

Region Kronoberg (Regionen) bestrider Nordentas yrkande om att upphandlingen ska göras om och yrkar att ansökan avslås.

Vad parterna anför

Nordenta

Regionen genomför en upphandling av ramavtal för Dental förbrukning. Regionen ska bedöma följande underkriterier vid utvärdering av respektive produkts "Funktion": "Produktens kvalitet, resultat samt användarvänlighet. Säkerhet för patienten och handhavande personal, utbud, dokumentation se avsnitt 1.7.1.3 pålitlighet, stabilitet, hur användarvänlig produkten är utifrån produktens ändamål, smidig, enkel att använda och materialegenskaper." Det är högst oklart vad vissa av dessa underkriterier innebär, hur de ska utvärderas och hur underkriterierna förhåller sig till varandra. Vad innebär exempelvis "utbud" i detta sammanhang? Hur och på vilket sätt kan "utbud" avseende en separat produkt utvärderas? Vad är skillnaden på "pålitlighet" jämfört med "stabilitet"? Vad bedöms inom ramen för "produktens kvalitet"? Hur och på vilket sätt utvärderas säkerhet för handhavande personal? Vad är det för "dokumentation" som ska utvärderas? Utvärderingskriteriet "Funktion" har inte varit tillräckligt tydligt definierat i Regionens utvärderingsmodell. Det har inte av upphandlingsdokumentet gått att utläsa vad Regionen ska premiera vid bedömningen av "Funktion" eller ens i vilka avseenden det är tillåtet att offerera produkter med annan funktion eller andra egenskaper än de specificerade.

Det framgår av anbudsintjudan att Regionen ska betygsätta leverantörernas offererade produkter avseende utvärderingskriteriet "Funktion" med G (Godkänt), VG (Väl godkänt) och MVG (Mycket väl godkänt). I anbudsintjudan finns emellertid ingen förklaring till vad betygen närmare innebär eller vad som fordras för att en produkt ska uppnå respektive betyg. Regionen har i svar på fråga 195 i Frågor och svar i begränsad omfattning utvecklat

vad som fordras för att uppnå respektive betyg. Av svaret framgår att avgörande är i vilken utsträckning produkten bedöms medföra mervärden i förhållande till Regionens "förväntningar". Regionen har dock inte preciserat vilka "förväntningar" Regionen har på respektive produkt. Inte heller har Regionen angett om det fordras att produkten ska medföra mervärde avseende respektive underkriterium eller om det är tillräckligt att produkten medför mervärde avseende endast ett underkriterium för att ett visst betyg ska erhållas. Redan dessa oklarheter medför att anbudsgivarna inte har kunnat avgöra hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas. Det har inte gått att göra en objektiv bedömning av vad som ska anses utgöra ett mervärde.

Inte heller av tilldelningsbeslutet går att utläsa vad Regionen premierat vid utvärderingen av "Funktion". Av tilldelningsbeslutet framgår endast de betyg som anbudsgivarna erhållit i förhållande till respektive offererad produkt. Någon ytterligare motivering ges inte. Det är således inte möjligt för anbudsgivarna att kontrollera vad som föranlett en viss bedömning eller om bedömningen är korrekt. Även detta strider mot principerna om likabehandling och transparens.

Det faktum att en referensgrupp haft att bedöma funktionen för offererade produkter har inte någon betydelse för huruvida upphandlingsdokumentet har utformats på ett tillräckligt tydligt sätt och om det med erforderlig tydlighet framgår vad utvärderingskriteriet Funktion faktiskt innebär och vad som kommer föranleda ett visst betyg vid utvärderingen.

Det står enligt Nordentas uppfattning helt klart att Regionens utvärderingsmodell inte är tillräckligt tydlig, ger Regionen ett obegränsat utrymme för skönmässiga bedömningar, inte ger anbudsgivarna tillräckligt med information för att de ska kunna utforma konkurrenskraftiga anbud och står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Detta särskilt i kombination med frånvaron av motivering till utvärderingsresultatet vad gäller kriteriet Funktion.

Vidare har Regionen i strid med LOU hänvisat till produktnamn/varumärken/fabrikat trots att det inte varit omöjligt att beskriva de efterfrågade produkterna på annat sätt. Regionen har i stor utsträckning hänvisat till specifika produkter och varumärken. Det är just dessa eller likvärdiga produkter som ska offereras. Upphandlingsdokumentet brister i tydlighet på så sätt att det inte går att utläsa hur likvärdighetsbedömningen kommer att gå till. För att en produkt ska bedömas som likvärdig fordras att samtliga produkttegenskaper ska motsvara efterfrågad produkt med specificerat varumärke. De produkter Regionen nu upphandlar utgörs till stor del av standardprodukter som inte är av komplicerad art. Enligt Nordentas uppfattning har det därför inte varit omöjligt för Regionen att beskriva efterfrågade produkter utan att referera till produktnamn/varumärke/fabrikat. Istället hade Regionen kunnat beskriva produkternas egenskaper i relevanta avseenden.

Samtidigt som det anges att en alternativ produkts samtliga produkttegenskaper ska motsvara efterfrågad produkt, så ska produkternas Funktion utvärderas i förhållande till de mervärden produkterna anses medföra i förhållande till Regionens förväntningar. Det går inte ihop. En produkt kan inte ha motsvarande produkttegenskaper i alla avseenden och samtidigt medföra ett mervärde i förhållande till vad som kravställts. Nordenta, som har ett mycket stort antal produkter i sin produktportfölj, har endast avseende ett fåtal positioner vågat chansa på att offerera alternativa produkter, då mycket få produkter om ens några, har helt motsvarande produkttegenskaper i alla tänkbara avseenden som de efterfrågade. Om upphandlingsdokumentet hade varit förutsebart i dessa delar hade Nordenta sannolikt kunnat offerera ett stort antal alternativa produkter som varit billigare än de nu offererade och som visserligen inte haft motsvarande produkttegenskaper i alla avseenden men som varit likvärdiga i alla relevanta avseenden.

Regionen har även i strid med LOU förbehållit sig rätten att köpa ”övrigt sortiment” från en eller flera anbudsgivare som tilldelats avtal. ”Övrigt sortiment” omfattar samtliga produkter i anbudsgivarnas produktportföljer som inte specificerats i upphandlingen, men som kan hänföras till någon av de produktgrupper som upphandlingen omfattar. Avrop kan enligt upphandlingsdokumentet ske helt godtyckligt utan någon angiven fördelningsnyckel. I Frågor och svar förtydligas enbart att de anbudsgivare som tilldelats kontrakt i upphandlingen kan komma ifråga för avrop av ”övrigt sortiment”. Denna avropsmodell ger Regionen möjlighet att avropa ett ospecificerat och närmast obegränsat produktsortiment från valfri antagen anbudsgivare. Någon ledning för hur Regionen avser välja leverantör och produkter vid tilldelning av avropskontrakt avseende ”övrigt sortiment” ges överhuvudtaget inte. Avropsmodellen medför därmed att Regionen helt enligt godtyckliga bedömningar, och helt utan förutsebarhet för leverantörerna, kan välja vilken leverantör som ska tilldelas avropskontrakt. Den bristande transparensen i avropsmodellen får till följd att anbudsgivarna inte kan lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud. Det går heller inte i efterhand att konstatera vilka faktorer som medfört att Regionen valt en viss leverantör framför en annan. Regionen tillämpar således inte objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas avropskontrakt. Avropsmodellen står därmed i strid mot både bestämmelserna om tilldelning av kontrakt utan förnyad konkurrensutsättning i 7 kap. 6 § andra stycket LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Utformningen av upphandlingsdokumenten står på grund av ovan anförda i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens och har medfört ett mycket stort skönsmässigt utrymme för Regionens agerande har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Nordenta. På grund av utvärderingsmodellens icke transparenta och olikbehandlande utformning har Nordenta

inte haft möjligheter att förutse var Regionen premierat vid anbudsutvärderingen och har därför inte getts möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud. Regionen har även i kravspecifikationen hänvisat till varumärken trots att det inte varit omöjligt att beskriva de efterfrågade produkterna på annat sätt. Det har inte heller varit möjligt att utläsa hur Regionen bedömt offererade produkters likvärdighet. På grund av att avropsmodellen tillåter Regionen att helt efter eget godtycke avropa ”övrigt sortiment” från valfri antagen leverantör minskar Nordentas chanser att få leverera produkter till Regionen. Eftersom bristerna i upphandlingen huvudsakligen hänförs till upphandlingsdokumentets utformning och därmed till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen ska förvaltningsrätten förordna att upphandlingen ska göras om.

Regionen

Prövningen av funktion sker enligt särskilt fastställda tilldelningskriterier preciserade i framförallt punkt 1.9.2 och 1.9.4 i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarnas offererade produkter betygsätts därvid enligt en särskilt fastställd betygsskala med betygsnivåerna G, VG och MVG. Betygsättningen görs av en av Regionen tillsatt oberoende referensgrupp bestående av ett antal experter på området. Betygen VG och MVG ger ett avdrag om 15 % respektive 85 % på anbudssumman för en viss position medan betyget G inte ger något avdrag. Betygsättning sker enbart för positioner där anbudsgivarna offererat olika produkter eller offererat produkter som är okända för referensgruppen. Övriga positioner, dvs. där enbart en typ av produkt offererats utvärderas inte utifrån funktion utan erhåller per automatik betyget G. För dessa positioner blir således anbudssumman avgörande.

Regionen bestrider att det skulle föreligga felaktigheter i utvärderingsmodellen samt att utvärderingsmodellen skulle stå i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling.

Betygsättningen har skett genom en noggrann utvärdering av en av Regionen tillsatt oberoende referensgrupp som utgörs bl.a. av en övertandläkare i parodontologi, en övertandläkare i protetik, en specialisttandläkare, en tandhygienist, tre tandsköterskor m.fl. experter på det aktuella området. Dessa personer är med sina erfarenheter mycket förtrogna med det aktuella produktområdet och därmed lämpliga för uppdraget. Referensgruppen har gjort utvärderingen utifrån de i förfrågningsunderlaget angivna betygskriterierna sorterade under begreppet funktion och på grundval därav satt ett betyg på produkten. I punkten 1.9.2 i förfrågningsunderlaget förklaras att med funktion avses produktens kvalitet, resultat, säkerhet för patienten och handhavande personal, utbud, dokumentation, pålitlighet, stabilitet samt användarvänlighet utifrån produktens ändamål och materialegenskaper. I förekommande fall, där referensgruppen varit osäker på en produkt eller inte känt till den sedan tidigare, har utvärderingen även inbegripit test av anbudsprover. Referensgruppen har vid testerna av anbudsprover skräddarsytt testgruppens sammansättning utifrån produkten ifråga. I syfte att klargöra vad som skiljer betygen G, VG och MVG åt har Regionen inom ramen för frågeförfarandet gjort vissa förtydliganden. Regionen har därvid förtydligat att betyget G ges till en produkt som motsvarar förväntningarna på produkten. Det är uppenbart att med en produkt motsvarar förväntningarna ska förstås att produkten uppfyller de i kravspecifikationen uppställda grundkraven. Betygen VG ges till en produkt som uppfyller kraven i kravspecifikationen, men som därutöver uppvisar ett visst mervärde. Betyget MVG ges till en produkt som uppfyller kraven som ställs i kravspecifikationen men som därutöver uppvisar fler än ett mervärde. Vad som utgör ett mervärde för en viss produkt torde stå klart för samtliga på det aktuella området rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare. Det rör sig således om en eller flera goda egenskaper med koppling till de kriterier som anges i punkt 1.9.2 i förfrågningsunderlaget. Begreppet mervärde är således kopplat till vad som uttryckligen anges avseende begreppet funktion i den aktuella punkten. Härvid kan olika produkter, av naturliga skäl, skilja sig åt.

Det är korrekt att utvärderingsmodellen medger ett visst skön för referensgruppen i dess utvärdering av produkternas egenskaper. Det är dock inte anmärkningsvärt att en utvärdering på så sätt sker på i viss mån individuella bedömningar, särskilt inte när det som i upphandlingen rör sig om förhållandevis komplicerade funktionskrav. Att använda en sådan utvärderingsmodell står således inte i sig i strid med principerna om öppenhet och transparens, eller någon annan upphandlingsrättslig princip. Det är ett ytterst fåtal positioner som utvärderats utifrån funktion. Utvärderingsmodellen innehåller ett acceptabelt mått av subjektiv bedömning. Detta då utvärdering av funktion görs av en referensgrupp bestående av personer med yttersta lämplighet för sina uppdrag. Utvärderingsmodellen innehåller även identifierbara mervärden för erhållande av eventuella prisavdrag och med en förankring i förfrågningsunderlaget.

Beträffande hänvisning till varutyper m.m. får enligt 9 kap. 6 § LOU tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärken, patent, typ, ursprung eller tillverkning om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. I andra stycket i bestämmelsen, som utgör ett undantag till första stycket, anges att sådana hänvisningar dock får förekomma om det motiveras av det som anskaffas eller om det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan eventuell hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”. Det har förelegat omständigheter som enligt andra stycket medger undantag från huvudregeln i första stycket. Referensgruppen har vid sin rådgivning kring utformningen av vissa krav i upphandlingen funnit det förenat med betydande svårigheter att förklara det som anskaffas på något annat sätt än genom just hänvisningar. Regionen finner inte skäl att ifrågasätta den sakkunniga referensgruppens bedömning.

Vad Nordenta anfört kring svårigheter att utläsa vad som avses med produktens funktion, eventuella mervärden för produkterna etc. talar i sig för att det i vissa fall förelegat ett behov av att genom hänvisningar tydliggöra kraven på de efterfrågade produkterna. Det faktum att Nordenta för vissa positioner offererat likvärdiga produkter, samt inte i något av dessa fall uteslutits på grund därav, visar att det varit möjligt att offerera andra produkter som uppfyller de krav som de produkter Regionen hänvisat till. Det har därmed även tydligen varit fullt möjligt att förstå vad som avses med likvärdiga produkter. För de produktgrupper där någon utvärdering inte skett har det uppenbarligen inte spelat någon roll att det förekommit hänvisningar till visst varumärke eller viss varutyp m.m. Anbudsgivarna har som bekant offererat samma produkter för samtliga de produktgrupper som inte varit föremål för utvärdering. Även om hänvisningarna i och för sig kan ha haft en påverkan på anbudssummorna så har detta inte varit ägnat att påverka någon eller några enskilda anbudsgivare mer än någon eller några andra anbudsgivare och har därmed inte verkat olikbehandlande. Mot bakgrund av ovanstående kan Nordenta inte anses ha visat att de hänvisningar som förekommit i upphandlingen strider mot LOU eller några upphandlingsrättsliga principer. Mot bakgrund av att Nordenta inte i något fall uteslutits på grund av att de offererat likvärdiga produkter är det enligt Regionens uppfattning inte heller visat att Nordenta lidit eller riskerat lida skada på grund av de hänvisningar som gjorts i upphandlingen.

Beträffande avrop från ”övrigt sortiment” grundar sig Nordentas talan på en uppenbart felaktig förutsättning kring de avtal som ska ingås inom ramen för upphandlingen. Regionen avser inte att ingå ett och samma ramavtal med flera leverantörer. Upphandlingen avser ett antal olika produktgrupper där ramavtal kommer att ingås med en leverantör för vardera produktgruppen. Avsikten med punkt 1.8.4 i förfrågningsunderlaget är att tillförsäkra Regionen en möjlighet att köpa produkter från anbudsgivarnas övriga sorti-

ment. Detta kan visa sig nödvändigt mot bakgrund av sortimentsförändringar, förändrade krav på produkter enligt tvingande lagstiftning eller andra anledningar, förutsatt givetvis att det inte rör sig om för stora förändringar. Även om det inte med all önskvärd tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget är meningen därvid inte att Regionen ska köpa andra produkter av en leverantör inom viss produktgrupp än de produkter som leverantören därunder har ingått avtal om att tillhandahålla

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 4 kap. 2 § LOU framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 9 kap. 6 § LOU framgår att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,

3. ursprung, eller

4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Nordenta har i målet gjort gällande att den utvärderingsmodell som använts av Regionen i upphandlingen brister i transparens. Detta bl.a. då det av upphandlingsdokumentet inte gått att utläsa vad Regionen har tillmätt betydelse vid bedömningen av utvärderingskriteriet ”Funktion” samt då det inte gått att finna någon förklaring till vad betygen G, VG och MVG närmare innebär eller vad som fordras för att en produkt ska uppnå respektive betyg.

Av upphandlingsdokumentets punkt 1.9.2 som gäller utvärdering framgår bl.a. följande.

”Den upphandlande myndigheten kommer att anta den anbudsgivare som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ”kvalificering” samt ”kravspecifikationen” kommer anbuden utvärderas på följande sätt.

Utvärderingskriterierna är följande:

Funktionell utvärdering – Offererade produkter kommer utvärderas utifrån funktion. Där referensgruppen kommer utvärdera offererade produkter. Produkterna kommer tilldelas betyg (se avsnitt 1.9.4 Utvärderingsmodell – prisavdrag).

Med utvärdering av funktion menar Region Kronoberg följande:

Funktion = Produktens kvalitet, resultat samt användarvänlighet. Säkerhet för patienter och handhavande personal, utbud, dokumentation se avsnitt 1.7.1.3 pålitlighet, stabilitet, hur användarvänlig produkten är utifrån produktens ändamål, smidig, enkel att använda och materialegenskaper.”

Av punkten 1.9.4 som gäller ”Utvärderingsmodell – prisavdrag” framgår bl.a. följande.

”De positioner där anbudsgivarna har offererat olika produkter eller produkter som är okända för referensgruppen kommer att utvärderas.”

”Offererade produkter kommer att utvärderas med G (godkänt), VG (Väl godkänt), MVG (Mycket väl godkänt). Motivering av erhållet betyg kommer endast göras med ovanstående betygsättning. MVG och VG innebär ett prisavdrag, tilldelas produkten G innebär inget prisavdrag.”

Av bilaga ”Modell Prisavdrag” framgår att modellen bygger på att produkten beroende på produktens uppnådda betyg G, VG och MVG erhåller ett prisavdrag som räknas av på produktens anbudspris. Prisavdraget är 85 % för betyget MVG och 15 % för betyget VG.

Av punkten 1.9.5 som gäller ”Tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering” framgår följande.

”Region Kronoberg kommer tilldela den Anbudsgivare ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga på följande grund:

Pris 40 %

Funktion 60 %”

I fråga 195 frågor och svar har fråga ställts bl.a. angående vilka kriterier som ligger till grund för de olika betygskraven och vad som krävs för att en produkt ska erhålla betyget MVG respektive VG. Regionen har i sitt svar anfört bl.a. följande.

”Förtydligande:

Godkänt – Motsvarar förväntningarna på produkten men upplevs inte innehålla mervärden.

Väl godkänt – Motsvarar förväntningarna på produkten och upplevs innehålla mervärde.

Mycket väl godkänt – Motsvarar förväntningarna på produkten och upplevs innehålla flera mervärden.

Offererade produkter kommer utvärderas utifrån: Funktion = produktens kvalitet, resultat samt användarvänlighet. Andra meningen är förtydligande av första meningen, säkerhet för patienter och handhavande personal, utbud, dokumentation se avsnitt 1.7.1.3 pålitlighet, stabilitet, hur användarvänlig produkten är utifrån produktens ändamål, smidig, enkel att använda och materialegenskaper.

Referensgruppen gör en gemensam bedömning om vilket betyg produkten ska erhålla.”

Förvaltningsrätten konstaterar att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU innefattar ett krav på att ett upphandlingsdokument ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jämför RÅ 2002 ref 50). Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (C-19/00, SIAC Construction).

Regionens referensgrupp har haft att betygsätta de offererade produkterna. Produkterna ska enligt upphandlingsdokumentet bedömas utifrån utvärderingskriteriet ”funktion”, som är beskrivet som ”Produkternas kvalitet, resultat samt användarvänlighet. Säkerhet för patienter och handhavande personal, utbud, dokumentation se avsnitt 1.7.1.3 pålitlighet, stabilitet, hur användarvänlig produkten är utifrån produktens ändamål, smidig, enkel att använda och materialegenskaper.” Offererade produkter kommer att utvärderas med G, VG, och MVG, beroende på om produkten motsvarar förväntningarna och upplevs innehålla ett eller flera mervärden. VG ger ett prisavdrag om 15 % och MVG 85 %.

En huvudfråga i målet är om utvärderingskriteriet ”funktion” varit tillräckligt tydligt för att en leverantör ska förstå vad som kommer att tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen. Enligt förvaltningsrättens mening lämnar utvärderingskriteriet ”funktion” alltför stort utrymme för godtycke då det inte är tillräckligt preciserat för anbudsgivarna vad som kommer att bedömas. Att ange att produktens kvalitet, resultat samt användarvänlighet kommer att utvärderas kan inte anses tillräckligt. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det i upphandlingsdokumentet till en början inte funnits någon upplysning om vad som krävs för att uppnå de olika betygstegen. Först i Frågor och svar har det förtydligats att det krävs att produkten uppnår Regionens förväntningar och därtill har eventuella mervärden. Vad som avses med förväntningar eller mervärden framgår inte och det ges

därmed ingen närmare ledning för vad som kommer att ge olika betyg. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att betygsättningen har öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Härtill kommer att det inte heller av Regionens tilldelningsbeslut och utvärderingsprotokoll går att utläsa varför olika betyg utdelats. Upphandlingsdokumentets utformning i denna del strider därför mot principerna om likabehandling och transparens. Vad Regionen anfört, bl.a. om oberoende referensgrupp, kan inte medföra någon annan bedömning.

Nordenta har vidare gjort gällande att Regionen hänvisat till produkt-namn/varumärken/fabrikat trots att det inte varit omöjligt att beskriva de efterfrågade produkterna på annat sätt.

Av upphandlingsdokumentets punkt 1.7.2.2 som avser produktspecifikation framgår bl.a. följande.

" I de produktgrupper i kravspecifikationen där angivna fabrikat/varumärkesspecifikt (produktnamn/tillverkarnamn) eller likvärdigt, uppges är endast sådana som används idag och/eller besitter den kvalitet vi efterfrågar. Likvärdiga produkter kommer accepteras.

Region Kronoberg förväntar sig dock att anbudsgivaren offererar den efterfrågade produkt. Om anbudsgivaren offererar en annan produkt ska denna vara likvärdig med efterfrågad och likvärdigheten ska kunna styrkas genom dokumentation av leverantören, där det tydligt framgår att samtliga produkttegenskaper motsvarar den offererade produkten."

Enligt LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bland annat varumärke, om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Något absolut förbud mot varumärkeshänvisning finns således inte men enligt kammarrättspraxis får det dock anses klarlagt att hänvisning till referensprodukter i allmänhet leder till att vissa företag typiskt sett gynnas eller missgynnas (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 februari 2018 i mål nr 4889-17 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27

juni 2018 i mål nr 669-18). Enligt förvaltningsrättens mening får det anses gynna eller missgynna vissa leverantörer då Regionen i upphandlingen hänvisar på sätt som gjorts.

Förvaltningsrätten konstaterar att det därmed endast i undantagssituationer, då det i princip är objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt, torde vara tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke eller dylikt. Enligt förvaltningsrättens mening har det i den aktuella upphandlingen inte varit omöjligt för Regionen att beskriva produkterna för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att behöva hänvisa till ett varumärke. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att Regionen har agerat i strid med 9 kap. 6 § LOU.

Nordenta har redan till följd av ovan nämnda brister i upphandlingsdokumentet inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därmed. Då bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen ska upphandlingen, såvitt avser produktgrupperna 2-4, 6, 9-12, 14-16, 18-19, 21 och 24-27 göras om. Nordentas begäran om överprövning av upphandlingen ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Per Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

