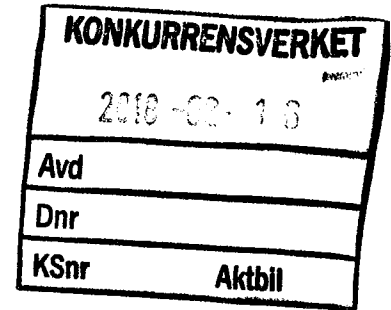




SÖKANDE

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899
Verkmästaregatan 1
745 85 Enköping

Ombud: advokaten Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm



MOTPARTER

1. Landstinget Västernorrland (tillika ombud för 2)
871 85 Härnösand

2. Region Jämtland Härjedalen
831 27 Östersund

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Landstinget Västernorrland och Region Jämtland Härjedalen (landstingen) genomför upphandling av Dentalt förbrukningsmaterial för samtliga kliniker (dnr 17RS2473). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och är indelad i – som slutligen bestämts – 35 positionsgrupper varvid anbud ska lämnas för samtliga positioner inom den specifika positionsgruppen. Utvärdering sker separat för varje positionsgrupp. De anbud som är för landstingen ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna funktion och handhavande ska antas. Avtal avses tecknas med en leverantör per positionsgrupp.

Sex anbud lämnades in och samtliga utvärderades. I tilldelningsbeslut den 26 september 2017 anges vilka leverantörer som antogs för respektive positionsgrupp.

YRKANDEN M.M.

Aktiebolaget Nordenta (Nordenta) begär överprövning, yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett i utvärderingen av positionsgrupperna F 50-62, G 63-67, J 105-106, N 137-139, Q 149-172, S 176-177, T 178, W 198, W 200, W 202, W 203, W 206-212. Nordenta anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Av sammanställningen av anbuden framgår att Nordentas anbud förkastats i positionsgrupperna J, N, T och W. Vidare framgår att annat anbud än Nordentas antagits i positionsgrupperna F, G, Q och S.

Landstingen har förkastat Nordentas anbud trots att det uppfyller de obligatoriska kraven. Enligt upphandlingsrapporten är skälet till att Nordentas anbud förkastats i positionsgruppen J 105-106 ”För stor förpackningsstorlek 100 st/avrop.” Förfrågningsunderlaget innehåller dock inte något obligatoriskt krav på storlek på förpackningen.

Avseende positionsgrupp N137-139 samt W 198, 200, 202, 203 och 206-212 var skälet enligt upphandlingsrapporten "AB Nordenta har ej levererat begärt anbudsprov." Anbudsgivaren skulle vid behov och på förfrågan sända anbudsprover. Enligt Kravspecifikationen ska proverna erbjudas inom fem dagar efter begäran. Att tillhandahålla anbudsprover på samtliga offererade produkter inom fem dagar kan i praktiken vara ogörligt. Nordenta kontaktade landstingen med anledning av att vissa anbudsprover inte var möjliga att leverera i tid. Landstingets svar tolkades som att landstingen accepterade senare leverans. Anbudsproverna levererades i god tid före tilldelningsbeslutets meddelande.

Vad gäller positionsgrupp T 178 är skälet till att Nordentas anbud förkastades "Formbarhet mindre god. Tung att trycka ut kapsel. Konsistens för hård. Krackeleringar förekommer." Den offererade kompositen har funnits på den europeiska marknaden i över fem år och enligt leverantörerna är användarna mycket nöjda med hanteringsegenskaperna för kompositen. Av Kravspecifikationen framgår vissa ska-krav. Vad som anges ovan om formbarhet, förmåga att trycka ur kapsel, konsistens och krackeleringar framgår inte av något angivet ska-krav. Det finns inte heller någon tydlig nivå för kravuppfyllelse. Även om det skulle ha funnits obligatoriska krav med t.ex. innebörden "ska ha god formbarhet" skulle ett sådant krav inte vara förenligt med transparensprincipen. Nordentas anbud hade lägst anbudspris på dessa positioner och skulle således ha antagits om inte anbudet felaktigt förkastats.

Vidare uppfyller vinnande anbud i positionsgrupperna F, G, Q och S inte de obligatoriska kraven. Nordenta har nekats att få uppgift om vilka produkter som offererats i de vinnande anbudena. Det kan dock konstateras att det inte är ovanligt att upphandlande myndigheter gör misstag vid bedömningen av om anbud och offererade produkter uppfyller de obligatoriska kraven. De vinnande anbudsgivarna har offererat så låga priser i dessa positionsgrupper att det talar för att offererade produkter inte kan uppfylla kraven.

Landstingen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Angående positionsgrupp J 106 hänvisas till upphandlingsföreskrifterna, där det i punkt 1.3.5 om utvärdering av anbud anges att mindre förpackningar kan komma att prioriteras. I produktspecifikationen har landstingen för att förtydliga detta uppgett att Landstinget Västernorrland beräknade årsförbrukning till 1100 förpackningar. Utifrån att Landstinget Västernorrland har 19 tandvårdskliniker skulle varje klinik behöva köpa motsvarande två årsförbrukningar vid varje inköpstillfälle. Den normala förpackningsstorleken på marknaden för denna produkt är fem stycken.

Angående positionsgrupperna N 137-138 och W 198, 200, 202, 203 och 206-212 tillställdes Nordenta begäran om anbudsprover den 23 augusti 2017. Sista dagen för inlämnande av anbudsprover angavs till den 6 september 2017. Nordenta hade således 14 dagar på sig att lämna begärda anbudsprover. En allmänt hållen artighetsfras i en mejlkonversation kan inte tas som intäkt för att en skriftligt angiven sista dag för ingivande av anbudsprover i en upphandling ska anses vara förlängd på obestämd tid. Anbudsutvärderingen ägde rum den 11-12 september 2017. Då hade ännu inte de begärda anbudsproverna kommit in.

Angående positionsgruppen T 178 har upphandlande myndighet långt gående frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande göra egna bedömningar av offererade produkters egenskaper och kvalitet. Samtliga produkter från de anbudsgivare som gått vidare under denna positionsgrupp har fått sina offererade produkter utvärderade efter samma kriterier. I upphandlingsförutsättningarna under punkt 1.3.5 om utvärdering av anbud framgår att för samtliga efterfrågade produkter gäller generellt att utvärdering av respektive kriterium sker utifrån funktion och handhavande, enligt närmare angivna aspekter. Vidare anges att betyg tilldelas för respektive kriterium med betyg 1 för godkänd och betyg 0 för underkänd. För vissa positioner

specificeras ytterligare i Kravspecifikationen vilka aspekter som kommer att beaktas vid den sammanvägda bedömningen. Utvärderingen har genomförts av en referensgrupp bestående av tandläkare, tandsköterskor och ansvarig upphandlare. En jämförande bedömning mellan olika produkter kan utifrån att man inte exakt kan mäta skillnaderna mellan produkterna måste med naturnödvändighet innehålla en viss subjektivitet. Förkastandet av Nordentas anbud under positionsgruppen T 178 strider inte mot LOU.

Landstingen konstaterar efter genomgång att de vinnande anbuden i positionsgrupperna F, G, Q och S uppfyller samtliga obligatoriska krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

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

Utredningen i målet

I Upphandlingsförutsättningar anges bl.a. följande under punkt 1.3.5 **Utvärdering av anbud:**

”Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt punkt ”Kvalificering” ovan, kommer de anbud att antas som är för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till nedanstående utvärderingsmetod. Utvärderingen kommer att ske separat för varje positionsgrupp i successiva steg genom att:

Anbud med lägsta kostnad för positionsgrupp räknas fram. --- Därefter prövas om samtliga offererade produkter inom positionsgruppen med lägsta kostnad uppfyller de produktspecifika obligatoriska krav som återfinns under kapitel 2 i Kravspecifikation, Bilaga 1.

Uppfylls de obligatoriska kraven görs en sammanvägd bedömning av hur väl kriterierna *Funktion* och *Handhavande* uppfylls. ---

För samtliga efterfrågade produkter gäller generellt att utvärdering av respektive kriterier sker enligt följande:

Funktion: utgår från hur väl produkten passar för ändamålet och produktens kvalitet som till exempel pålitlighet, stabilitet, säkerhet för patienter och handhavande personal, materialegenskaper, miljöpåverkan.

Handhavande: utgår från användarvänligheten, dvs. lätt att lära, lätt att komma ihåg, enkelt att använda, svårt att göra fel eller liknande, samt förpackningarnas konstruktion och utformning.

Mindre förpackningar kan komma att prioriteras.

För ett antal positioner specificeras ytterligare vilka aspekter som kommer att beaktas vid den sammanvägda bedömningen. Dessa anges i kravspecifikationen under *Utvärdering*.

Betyg tilldelas för respektive kriterier, *Funktion* och *Handhavande*, enligt följande:

Betyg 1 – Godkänd

Betyg 0 – Underkänd

För att produkt skall antas måste produkten ha fått betyg 1 i *Funktion* och betyg 1 i *Handhavande*. ---

Utvärderingen kommer att göras av upphandlingens referensgrupp, bestående av tandläkare, tandsköterskor, tandhygienist och ansvarig upphandlare.

Prövning kan komma att ske genom att offererad produkt testas. Anbudsgivare skall vid behov och på landstingets begäran insända anbudsprover på offererad produkt. ---”

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr. RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt.

Det framkommer inte annat än att Nordentas anbud gått vidare till utvärdering. Avseende positionsgrupperna J, N, T och W har dock Nordentas anbud förkastats vid utvärderingen. Vad avser positionsgrupp J har landstingen som skäl angett att förpackningsstorlek var för stor, då den innebar inköp av 100 stycken per avrop. Under punkt 1.3.5 i dokumentet Upphandlingsföresättningar anges att mindre förpackningar kan komma att prioriteras vid utvärdering. Landstingen har också redogjort för den totala beräknade årsförbrukningen. Det har inte kommit fram att landstingen genom beslutet att efter utvärdering inte anta Nordentas anbud i denna del har brutit mot någon av de grundläggande bestämmelserna för offentlig upphandling.

Det framstår, vid en upphandling som den nu aktuella, som rimligt att anbudsprover levereras innan utvärdering. Vad Nordenta anfört i fråga om landstingens begäran om att få anbudsprover inför utvärderingen av offererade produkter i positionsgrupperna N och W visar inte att landstingen i denna del brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

Avseende positionsgrupp T 178 framgår vidare att av Nordenta offererad produkt uppfyllde ska-kraven. Det framgår dock att referensgruppen vid utvärderingen inte ansåg att vad Nordenta offererat kunde tilldelas betyg 1 avseende samtliga i kravspecifikationen angivna aspekter på *Funktion* och *Handhavande* (formbarhet, arbetstid, lätt att inserera, kondenserbarhet, tydlig bruksanvisning, finishering och polerbarhet, lättläst etikett på kapsel samt konsistens). I enlighet med vad som anges under punkten 1.3.5 i Upp-

handlingsförutsättningar har produkten därför inte antagits. I likhet med vad landstingen anfört finner förvaltningsrätten att det vid utvärdering av detta slag, då en produkts egenskaper ska bedömas, måste accepteras ett visst mått av subjektivitet. Vad Nordenta har anfört har inte visat att landstingen vid utvärderingen av denna positionsgrupp har åsidosatt någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Vidare har andra anbud än Nordentas antagits avseende positionsgrupperna F, G, Q och S. Nordenta har härvid anfört att de anbud som antogs på dessa positioner inte uppfyllde de obligatoriska kraven. Det har dock inte, utifrån det underlag som förvaltningsrätten tagit del av avseende samtliga anbud, kommit fram i målen att landstingen begått något fel som utvärderade och antog andra anbud på dessa positioner. Förvaltningsrätten konstaterar sammantaget att vad Nordenta anfört inte visar att landstingen under upphandlingen brutit mot LOU eller någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Nordenta har därmed inte heller visat att man lidit eller riskerat att lida skada till följd av något fel begånget av landstingen under upphandlingen. Det finns då inte förutsättningar för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen, och ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 20 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målen.

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



Robert Dalman

rådman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kamrarrätten i Sundsvall. 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

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.