



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2013 -05- 15
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2455-13
 2456-13

SÖKANDE

AB Nordenta, 556049-4899
 Verkmästaregatan 1
 745 85 Enköping

Ombud:

jur. kand. Lars Engell
 Skarp Stockholm Advokatbyrå AB
 Box 7467
 103 92 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Region Skåne
 291 89 Kristianstad

mål nr 2455-13

2. Malmö Högskola
 205 06 Malmö

mål nr 2456-13

Ombud för 1 och 2:

Patrik Kastberg
 Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Nordentas ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 153505

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne och Malmö Högskola (regionen) genomför en samordnad upphandling av dental allmän förbrukning – endodonti, dnr 1202555. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Plandent Forssbergs Dental AB (Plandent) placerat sig på första plats och DAB Dental AB (DAB) på andra plats. AB Nordenta (Nordenta) har inte uppfyllt kraven för position 3.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Nordenta ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av Nordentas anbud. Som grund för sin talan anför Nordenta bl.a. följande.

Position 8.2

Enligt uppställt krav ska rotkanalsfilen erbjudas i storlek 1-5 samt längderna 23 mm och 28 mm. Efterfrågad rotkanalsfil tillverkas inte i storlek 1 i de efterfrågade längderna. Plandent uppfyller inte det ställda kravet då deras fil är 18 mm. Eftersom det inte finns någon anbudsgivare som kan uppfylla det uppställda kravet ska upphandlingen göras om. Regionen har inte följt ett uppställt skall-krav och förfarandet strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Position 3.2

Nordentas anbud har inte ansetts uppfylla det ställda skall-kravet för position 3 då det gäller offererad K-fil NiTi Sendoline 21 mm och 25 mm ISO

010. Med kravet på ISO 010 avses att filarna ska vara 0,1 mm i diameter i dess spetsar. De av Nordenta offererade filarna uppfyller kravet ISO 015 vilket innebär att spetsarna har en diameter på 0,15 mm. Efterfrågad fil tillverkas endast under varumärket Orbis vilket är Plandents eget varumärke. De stora tillverkarna av rotkanalsfilar Dentsply Maillefer, Sybron Endo och Sendoline, som tillsammans har en klart dominerande ställning på marknaden för nu aktuella produkter, tillverkar inga sådana filar i dimensionen ISO 010. Detta eftersom de anser att ifrågavarande filar inte behövs i dimensionen ISO 010 då dimensionen ISO 015 bedöms som tillräckligt smal och likvärdig med ISO 010. Det har endast varit en leverantör, Pladent, som egentligen kunnat uppfylla det aktuella kravet som regionen ställt. Kravet på att K-fil NiTi ska finnas i dimensionen ISO 010 strider mot likabehandlingsprincipen och motverkar möjligheterna att konkurrensutsätta anbuden på ett godtagbart sätt.

Av DAB:s prisbilaga framgår att DAB har offererat K-fil NiTi 21 och 25 mm ISO 010 av varumärket Sendoline. Enligt Sendolines hemsida finns K-fil NiTi endast i storlekarna ISO 015-080. Att Sendoline inte tillverkar aktuell fil i mindre storlek än ISO 015 framgår även av Sendolines svar till Nordenta den 5 februari 2013. Det kan således konstateras att DAB:s anbud innehåller oriktiga uppgifter då det inte varit möjligt att leverera aktuell fil i storleken ISO 010 samt att detta fel inte uppmärksammats av regionen vid utvärderingen av anbudet. DAB har offererat K-fil NiTi från samma tillverkare som Nordenta som inte tillverkar dimensionen ISO 010. DAB:s anbud borde rätteligen ha behandlats på samma sätt som Nordentas.

Inget annat landsting i Sverige har efterfrågat K-filar i nickel-titanium i dimensionen ISO 010 utan bedömt att ISO 015 varit tillräckligt smal vilket tyder på att det saknas behov av dimensionen ISO 010. Uppställt krav är således onödigt och ISO 010 och ISO 015 ska således anses vara likvärdiga då de har samma användningsområde. Om så inte hade varit fallet hade

även andra tillverkare tillhandahållit K-fil NiTi ISO 0 10. I sådant fall ska ifrågavarande skall-krav anses uppfyllt av Nordenta.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Position 8.2

Aktuellt krav borde rätteligen inte ställts då det inom ramen för det system som efterfrågas inte finns efterfrågade längder i storlek 1. Detta kom att uppmärksammas i samband med utvärderingen. I stället för att välja att avbryta upphandlingen och genomföra nytt annonseringsförfarande med samma förfrågningsunderlag med undantag för aktuellt krav valde man vid utvärderingen att helt bortse från detta krav. Genom att agera på detta sätt har samtliga anbudsgivare behandlats på samma sätt och utfallet blev samma som om upphandlingen hade gjorts om fast då utan aktuellt krav. Ingen anbudsgivare har uteslutits på grund av aktuellt krav. Regionen har agerat i överensstämmelse med de rättsprinciper som gäller för all upphandling då alla leverantörer behandlats på ett rättvist och likvärdigt sätt.

Position 3.2

Kravet om att rotkanalsfilen måste offereras i vissa storlekar har ställts mot bakgrund av de tandvårdsmedicinska krav som finns inom regionens verksamhet. Storleken 010, vilket innebär att rotkanalsfilen ska ha en diameter på 0,10 mm, används främst vid endodontisk behandling/rotfyllning då patient har en tunn rotkanal. I dessa fall är det inte möjligt att använda en större fil då detta kommer att innebära att filen kommer åt övriga delar av tanden vilket innebär såväl obehag för patienten som risk för skador på tanden/roten. Av detta följer naturligtvis också att storleken 010 och 015 inte är likvärdiga då det av medicinska skäl som anförts ovan inte är möjligt att använda storleken 015 när aktuell patients rotkanal kräver att stor-

leken 010 används. Kravet är således uppställt för att möta de tandvårds-
medicinska behov som finns i regionen. Kravet är inte riktat mot enskild
leverantör, är lika för alla leverantörer och är inte heller i övrigt i strid mot
de rättsprinciper som gäller för offentlig upphandling. Även DAB har upp-
fyllt aktuellt krav. Både DAB och Plandent har gett in varuprover som är
av storleken 010. Det kan inte heller uteslutas att det finns andra leverantö-
rer som tillverkar storleken 010 men som valt att inte lämna anbud. Kravet
strider inte mot likabehandlingsprincipen. Nordentas anbud har rätteligen
inte ansetts uppfylla skall-kravet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande
myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en
leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphand-
ling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Där-
vid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden
tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantö-
rer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-
handlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet
inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsun-
derlaget.

I bilaga 2 till förfrågningsunderlaget, produktkravspecifikationen, anges i
position 3 att rotkanalsfil för manuell rensning ska vara 21 mm och 25 mm
lång samt att det ska finnas sortiment enligt ISO från 010, 015, 020, 025,
030, 035, 040, 045, 050, 055 och 060.

Förvaltningsrättens bedömning

Position 8.2

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs att Nordenta lidit eller kan komma att lida skada. Det är i målet ostridigt att rotkanalsfilen inte finns i storlek 1 i de efterfrågade längderna. I stället för att avbryta upphandlingen valde regionen att bortse från kravet vid utvärderingen. Samtliga anbudsgivare har således behandlats lika varvid ingen har uteslutits på grund av aktuellt krav. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit att Nordenta har lidit skada genom regionens förfarande.

Position 3.2

Det står en upphandlande myndighet fritt att i en upphandling bestämma vilka krav som ska ställas på efterfrågade produkter så länge kraven är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. Om upphandlande myndighet gör bedömningen att man har ett tandvårdsmedicinskt behov av att filen ska ha dimensionen ISO 010 saknas det enligt förvaltningsrätten anledning att inte godta detta så länge syftet inte är att begränsa konkurrensen genom att utestänga vissa leverantörer. Mot bakgrund av vad regionen anfört som skäl för att uppställa det aktuella kravet anser förvaltningsrätten att kravet som sådant inte är särbehandlande.

Nordenta gör gällande att efterfrågad fil endast tillverkas av Plandent och att Plandent är den enda leverantör som egentligen kan uppfylla kravet. Varken det faktum att annat landsting inte har efterfrågat aktuell fil i dimensionen ISO 010 eller att de bolag som har en dominerande ställning på marknaden för aktuella produkter inte tillverkar filen i dimensionen ISO

010 innebär att upphandlingen är konkurrensnedvriden eller att regionen inte skulle ha ett tandvårdsmedicinskt behov av aktuell fil. Enligt förvaltningsrätten har det vidare inte i framkommit något som tyder på att det endast finns en leverantör på marknaden som kan uppfylla kravet. Kravet på att filen ska finnas i dimensionen ISO 010 strider således inte mot lika-behandlingsprincipen.

Det uppställda kravet att det ska finnas sortiment från ISO 010 utgör ett s.k. skall-krav. Enligt förvaltningsrätten är dimensionerna ISO 010 och ISO 015 inte att betrakta som likvärdiga. Eftersom Nordenta inte offererat dimensionen ISO 010 uppfyller anbudet inte aktuellt skall-krav. Regionen har således haft skäl att förkasta anbudet på angiven grund.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Nordenta lidit eller kan komma att lida skada. Enligt tilldelningsbeslut har Plandent placerats på första plats och DAB på andra plats. Även om upphandlingen skulle rättas på så sätt att DAB skulle förkastas kommer Plandent alltjämt att inneha första plats och Nordentas anbud kommer likväl att vara förkastat. Härav följer att Nordenta inte lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. LOU. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva frågan om DAB:s anbud borde förkastas.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Nordenta inte förmått visa att regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Nordentas ansökan härom ska därför avslås.

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



Anders Mattsson

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1B LOU

