

KLAGANDE

Västerbottens läns landsting

MOTPART

DAB Dental AB, 556005-0048

Ombud: Advokat Jerker Alm och biträdande jurist Michelle Green
Advokatfirman Vinge KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 20 februari 2018 i mål nr 2190-17,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Västerbottens läns landsting

Landstinget yrkar i första hand att DAB Dental AB:s (bolaget) ansökan om överprövning ska avslås. I andra hand yrkar landstinget att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för ny prövning.

Landstinget anför, utöver vad som antecknats i förvaltningsrättens dom, i huvudsak följande.

Det är omöjligt att beskriva produkterna tillräckligt tydligt och begripligt utan att hänvisa till varumärken. Hänvisningen syftar till att underlätta för anbudsgivare att förstå vad som efterfrågas.

Vad gäller avtrycksmaterial är konsistensen av betydelse och att beskriva den tillräckligt precist och begripligt är inte möjligt. Gällande efterfrågade filar har landstinget redan ett befintligt rensningssystem av det angivna varumärket, vilket kräver filar som passar systemet. Vad gäller brickan hade en beskrivning av genomströmningen av vatten inte medfört att produkten blivit mer begriplig eftersom en beskrivning i form av ”god” eller ”hög” genomströmning av vatten i sig inte är tillräckligt tydlig.

För att landstingets behov ska kunna tillgodoses fullt ut krävs att samtliga funktioner och egenskaper hos produkterna anges, vilket inte är möjligt att beskriva tillräckligt precist och begripligt utan att hänvisa till en referensprodukt. Landstinget måste därför ha utrymme att hänvisa till varumärke eftersom det annars inte går att tillgodose landstingets behov.

Beskrivningar av referensprodukterna är inte att likställa med krav utan hjälper anbudsgivarna att förstå referensprodukterna för att de i sin tur ska kunna bedöma vilka produkter de ska offerera som är likvärdiga. Branschen

fungerar dessutom så att anbudsgivarna har tillgång till samtliga referensprodukter och har god kunskap om dem. Anbudsgivarna har därmed god förmåga att på lika villkor offerera referensprodukten eller hitta likvärdiga alternativ till vad som efterfrågas.

Genom hänvisning till varumärken säkerställs också principen om transparens eftersom olika egenskaper, såsom t.ex. tunnflytande, blir tydliga för anbudsgivarna då det finns en referensprodukt att utgå ifrån. Bolagets offererade produkter är inte likvärdiga med referensprodukterna varför bolagets anbud ska förkastas.

DAB Dental AB

Bolaget anser att överklagandet ska avslås. Om kammarrätten anser att landstinget har haft rätt att hänvisa till varumärken yrkas att målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av de grunder bolaget i övrigt åberopade till stöd för sin talan i förvaltningsrätten.

Bolaget anför, utöver vad som antecknats i förvaltningsrättens dom, i huvudsak följande.

Den omständigheten att bolaget och övriga anbudsgivare skulle ha tillgång till samtliga referensprodukter och ha god kännedom om produkterna är inte skäl för hänvisning till varumärken. Inte heller är det förhållandet att det är fråga om en stor mängd produkter skäl för att tillåta hänvisning.

Bolaget har för avtrycksmaterial kunnat utveckla den beskrivning som redan finns. Det har därmed inte varit nödvändigt för landstinget att ange de specifika varumärkena. Landstinget hade också kunnat beskriva brickan i funktionella termer; material, storlek och acceptabel grad av genomströmning av vatten vid rengöring.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

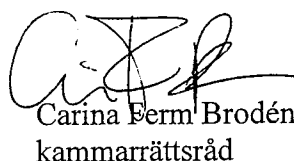
Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det inte har varit omöjligt för landstinget att beskriva produkterna för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att behöva hänvisa till ett varumärke. Angivandet av varumärke tillsammans med lämnade beskrivningar har inte heller underlättat för anbudsgivare att förstå vad som landstinget efterfrågat. Landstingets överklagande ska därför avslås i denna del.

Landstinget har inte anfört några skäl för yrkandet om återförvisning till förvaltningsrätten. Det har inte heller kommit fram några sådana skäl. Överklagandet ska därför avslås även i denna del.

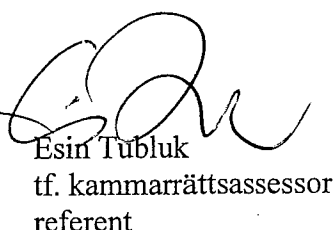
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Jessica Lovén
kammarrättsråd
ordförande



Carina Fern Brodén
kammarrättsråd



Esin Tubluk
tf. kammarrättsassessor
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2018-02-20
Meddelad i Umeå

Mål nr
2190-17

Bilaga A

SÖKANDE

DAB Dental AB, 556005-0048
Box 423
194 04 Upplands Väsby

Ombud: Advokat Jerker Alm och biträdande jurist Michelle Green
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser anbudsområde B, C och H, ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerbottens läns landsting (Landstinget) har infortrat anbud avseende ramavtal på dentala förbrukningsmaterial (dnr VLL 1735-2016). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Upphandlingen är indelad i elva anbudsområden. Anbudet från DAB Dental AB har diskvalificerats avseende anbudsområde A, B, C och H. Beträffande anbudsområde B, C och H anger Landstinget följande skäl för diskvalificering:

Anbudsområde B (Avtrycksmaterial)

Leverantör uppfyller inte krav 3.1 för

- position 95 och 96. Offererade produkter bedöms ej vara likvärdiga med efterfrågade produkter då offererade produkter är snabbstelnde och landstinget efterfrågat normalstelnde (varuprov har utvärderats).
- position 109 och 110. Offererade produkter bedöms ej vara likvärdiga med efterfrågade produkter då härdningstiden är dubbelt så lång som efterfrågade produkter (2 minuter jämfört med 1 minut) (varuprov har utvärderats)

Anbudsområde C (Endodonti)

Leverantör uppfyller inte krav 3.1 för:

- position 170. Offererad produkt bedöms ej likvärdig med efterfrågad produkt. Offererad produkt har inte samma tvärsnittsutseende som efterfrågad produkt, skärvinklarna är negativa jämfört med en S-fil som har positiva skärvinklar samt att rotationsriktningen är felaktig jämfört med efterfrågad produkt (varuprov har utvärderats).

Anbudsområde H (Instrument)

Leverantör uppfyller inte krav 3.1 för

- position 263 och 264. Offererade produkter är ej likvärdiga med efterfrågade produkter. Offererad bricka har tätare botten och gummidetaljer vilket gör att hygienien försämras vid exempelvis genomspolning i diskdesinfektor.

DAB Dental AB (DAB) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen såvitt avser anbudsområde B, C och H.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

DAB anför bl.a. följande.

DAB har avseende anbudsområde B, C och H blivit felaktigt uteslutna. Vid en korrekt hantering skulle anbudet ha godkänts och då DAB offererat lägst pris skulle anbudet ha antagits. Vidare finns otydligheter i upphandlingsdokumenten. Beskrivningen av upphandlingsföremålen brister i transparens avseende anbudsområde B och H.

Därutöver har Landstinget genomgående i upphandlingen hänvisat till fabrikat/varumärken. Som huvudregel gäller enligt 9 kap. 6 § LOU att sådan hänvisning endast får ske om det inte är möjligt att beskriva det som ska köpas tillräckligt tydligt. Bevisbördan åvilar Landstinget i egenskap av upphandlande myndighet.

Det framgår av fast rättspraxis att för att kunna underlåta att beskriva upphandlingsföremålet i funktionella termer ska det närmast vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Det är, såsom anges i praxis, svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag.

I aktuellt fall har Landstinget redovisat viss beskrivning för produkterna men samtidigt angett fabrikat/varumärken för referensprodukter. Det förhållandet att Landstinget lämnat viss beskrivning visar att det hade varit fullt möjligt att beskriva produkterna i funktionella termer utan hänvisning till visst fabrikat. Härutöver visar Landstingets hantering av DAB:s anbud att hänvisningen till fabrikat blir helt styrande och inte den funktionella aspekten som ska vara den avgörande. Landstinget har t.ex. avseende anbudsområde C inte kunnat visa att DAB:s offererade produkt har sämre funktionalitet än det fabrikat som styr deras bedömning.

Med en tydlig beskrivning av efterfrågade produkters funktionella egenskaper som styrande för utvärderingen skulle DAB:s produkter ha accepterats alternativt hade produkter som uppfyllt sådan preciserad och tydlig beskrivning kunnat offereras. Det gäller t.ex. begrepp som *stelningstid* (om det omfattar arbetstid + intraoral tid eller enbart intraoral tid) och vad som exempelvis ska utgöra ett *snabbstelning* avtrycksmaterial. Felaktigheten av att inte göra en tydlig beskrivning avseende egenskaper med tillhörande definition av väsentliga begrepp illustreras av Landstingets krav respektive referensprodukt för position 96. Kravet för denna position är *normalstelning*, men tillverkaren av Landstingets referensprodukt betecknar sin egen produkt som *snabbstelning*. Hur ska en anbudsgivare veta vad Landstinget egentligen menar i sådant fall? Dessutom ska framhållas att Landstinget i förfrågningsunderlaget närmast förbehåller sig en fri prövningsrätt beträffande vad man lägger i begreppet *likvärdighet*, det anges att det *bl.a. men inte uteslutande* kan vara vissa förhållanden som kan grunda likvärdighet, således att man ger sig rätten att i efterhand bestämma vad som menas med likvärdighet. Hänvisningarna har dels begränsat utrymmet för vad som kan offereras och dels gett utrymme för godtyckliga bedömningar.

Landstinget har inte visat att det föreligger sakliga skäl för att använda undantaget om hänvisning till fabrikat. DAB har som angetts ovan lidit i vart fall risk för skada på grund av Landstingets utnyttjande av undantagsregeln.

Landstinget anför bl.a. följande.

Bedömningen av de produkter som DAB offererat avseende anbudsområde B, C och H har gjorts i enlighet med upphandlingsdokumenten och visar att offererade produkter inte är likvärdiga med referensprodukterna. Upphandlingsdokumenten är också tillräckligt tydliga avseende vad som ligger till grund för bedömningen av om produkterna är likvärdiga.

Hänvisning till bl.a. varumärken får enligt 9 kap. 6 § andra stycket LOU förekomma i upphandlingsdokumenten om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Situationer som avses är då en upphandlande myndighet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte, det skulle bli otydligt eller allt för omfattande. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning är att underlätta för leverantörerna att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att de därmed kan utforma sina anbud så att de motsvarar myndighetens behov. Varken en mer allmän eller en mer långtgående precisering av krav hade gjort produkterna mer begripliga och en sådan precisering hade snarare begränsat utrymmet att offerera likvärdiga produkter. Den aktuella upphandlingen omfattar ett stort antal produkter vilket också hade medfört att upphandlingsdokumenten skulle ha blivit mycket omfattande och svåröverskådliga vilket riskerat att försvåra för leverantörer att lämna anbud. Jämför bl.a. med Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande i mål nr 26323-11, där situationen var mycket lik den aktuella och där domstolen kom fram till att det av de aktuella skälen var tillåtet att hänvisa till varumärken.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter 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 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”. (9 kap. 6 § 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

DAB menar bl.a. att Landstingets hänvisning till varumärken för att beskriva efterfrågade produkter strider mot 9 kap. 6 § LOU.

I upphandlingsdokumentens Krav 3.1 anges följande:

Krav 3.1

Leverantör ska offerera angivna produkter eller likvärdiga produkter med de angivna produkterna i Artikelspecifikationen för det/de anbudsområde(n) som anbud lämnas på. De produkter som offereras ska ha likvärdiga egenskaper med de angivna produkterna. Likvärdiga egenskaper är bl.a., men inte uteslutande, konsistens, stelningstid, typ av konsistens, utformning.

Dokumentation där likvärdigheten kan styrkas och där det tydligt framgår att samtliga egenskaper motsvarar den offererade produktens kan komma att begäras in. Behandlaren är ansvarig för resultatet mot patienten och därför kan inte vissa produkter ersättas med andra om de inte har mycket lika egenskaper, då detta kan inverka negativt på behandlingsresultatet. Därför ställer landstinget höga krav på att likvärdigheten finns dokumenterad. Varuprover och säkerhetsdatablad/produktblad kan även komma att begäras in som en del av utvärderingen för att verifiera att offererade produkter uppfyller ställda krav.

Landstinget förbehåller sig rätten att bedöma vad som anses likvärdig(a) produkt(er). Bedömningen av likvärdighet kommer att göras av en referensgrupp som är väl förtrogen med produkterna och dess funktion. Bedömningen härav kommer att baseras på landstingets egna kliniska erfarenhet av produkten och/eller infordrad dokumentation.

Förvaltningsrätten konstaterar att Landstinget i upphandlingsdokumentens Anbudsspecifikation beträffande efterfrågade produkter hänvisat till varu-

märken/fabrikat i nuvarande ramavtal. Enligt ovan redovisade Krav 3.1 ska leverantörer offerera angivna produkter eller produkter som av Landstinget bedöms likvärdiga med de angivna. Följden av att en offererad produkt inte uppfyller nämnda krav blir att anbudet diskvalificeras avseende aktuellt anbudsområde.

Genom att i upphandlingsdokumenten efterfråga specifika produkter av vissa varumärken/fabrikat har Landstinget gjort en sådan hänvisning som regleras i 9 kap. 6 § LOU.

Det är enligt förvaltningsrättens mening svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Förvaltningsrätten bedömer därför att Landstingets hänvisning till referensprodukter leder till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

Hänvisning till varumärke får då endast förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. Ordalydelsen i 9 kap. 6 § LOU är något annorlunda än den i 6 kap. 4 § ÄLOU. Någon ändring i sak är dock inte avsedd, se prop. 2015/16:195 s. 1044. Det är således endast i undantagssituationer tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. I prop. 2015/16:195 s. 1045 anges att sådana hänvisningar får göras om det inte går att beskriva kontraktsföremålet på något allmänt eller generiskt sätt.

Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisningar är inte att den upphandlande myndigheten ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan i stället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt, för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten.

Landstinget menar bl.a. att en precisering av kraven på produkterna inte skulle ha gjort det mer begripligt samt att upphandlingen omfattar ett stort antal produkter varför upphandlingsdokumenten med en precisering av kraven hade blivit mycket omfattande och svåröverskådliga. Vad som förts fram av Landstinget visar enligt förvaltningsrättens mening inte att det är fråga om en sådan undantagssituation där det är tillåtet med hänvisning till varumärken. Den omständigheten att Landstinget redovisat *viss* beskrivning av efterfrågade produkter talar också för att en mer utförlig beskrivning av efterfrågade produkters funktion och egenskaper utan hänvisning till varumärken hade varit möjlig.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att Landstinget agerat i strid mot 9 kap. 6 § LOU. DAB har i vart fall riskerat att lida skada till följd av Landstingets agerande.

Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därmed. Eftersom felen hänför sig till upphandlingsdokumenten, och därmed till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen, såvitt avser anbudsområde B, C och H, göras om. Med denna utgång saknas skäl att göra någon prövning av övriga grunder som förts fram av DAB i förevarande mål.

Upplysningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag bifallit en ansökan från Nordenta AB (mål nr 2173-17) avseende anbudsområde A och B och förordnat att upphandlingen ska göras om i de delarna. Ansökan avslogs dock avseende Övrigt sortiment.

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


Lena Bergsdorf

Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.