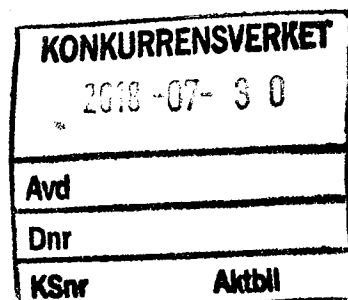




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-07-30
Meddelad i Växjö

Mål nr
5013-17



SÖKANDE

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Upphandlingsenheten

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna 2, 4, 5 och 7.

Dok.Id 183506

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	0470-255 02	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Landstinget har med öppet förfarande genomfört en upphandling av ramavtal för Dentala förbrukningsartiklar, dnr 2017-087. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet baserat på pris avsågs att antas. Genom tilldelningsbeslut har, såvitt nu är aktuellt, antagits DAB avseende produktgrupp 2, 5 och 7 och Plandent AB avseende produktgrupp 4.

Nordenta yrkar att upphandlingen avseende produktgrupp 7 ska rättas på så sätt att DAB:s anbud förkastas. Nordenta yrkar i andra hand att upphandlingen avseende produktgrupp 7 ska göras om. Nordenta yrkar vidare att upphandlingen avseende produktgrupper 2, 4 och 5 ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Nordenta

I punkt 5.1 i de administrativa föreskrifterna anges bl.a. att erbjudanden i form av sk paket- eller kombinationsrabatter accepteras inte, inte heller rabatterbidanden som innebär sk gratisleveranser. DAB:s anbudssumma för produktgrupp 7 uppgår till 0 kr, vilket innebär att DAB har offererat gratisleveranser i strid med upphandlingsdokumenten. Anbudet borde därmed ha förkastats. DAB:s anbudspris är vidare onormalt lågt. Nordenta har inte fått del av DAB:s förklaring till sitt onormalt låga anbud, men den kan omöjligt vara godtagbar då anbudet innebär att DAB inte kommer att få ersättning för efterfrågade produkter enligt ett fyra år långt kontrakt. Anbudet borde ha förkastats. Genom att anta DAB:s anbud har landstinget agerat i strid med principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens och deras agerande har medfört skada eller risk för skada för Nordenta.

Landstinget har hänvisat till varumärken trots att det inte varit omöjligt att beskriva de efterfrågade produkterna på annat sätt. Hänvisning till varumärke får endast ske i undantagsfall. De produkter som landstinget upphandlat utgörs till stor del av standardprodukter som inte är av komplicerad art. Det tillämpade upplägget har inte medfört förenkling och ökad tydlighet för anbudsgivarna utan snarare otydlighet och förvirring. Landstinget har redovisat viss beskrivning av efterfrågade produkter, vilket talar för att en mer utförlig beskrivning av efterfrågade produkters funktion och egenskaper utan hänvisning till varumärken hade varit möjligt.

Eftersom Landstinget endast har angett att de förbehåller sig rätten att bedöma vad som är likvärdiga produkter för respektive position går det inte att utläsa vad som kommer att beaktas vid likvärdighetsbedömningen och anbudsgivarna har därmed inte kunnat avgöra hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas. Tillvägagångssättet innebär en i princip fri prövningsrätt för landstinget. Utformningen av upphandlingsdokumenten står i strid med principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens och har medfört ett mycket stort skönsmåssigt utrymme för landstinget. Deras agerande har medfört skada eller risk för skada för Nordenta.

Landstinget har väsentligen förändrat upphandlingsdokumenten utan att ha förlängt anbudstiden. Kravspecifikation har reviderats vid ett flertal tillfällen; 6 av 48 positioner har utgått och kraven beträffande ytterligare 11 positioner har förändrats på något sätt. Varje förändring har förändrat förutsättningarna för anbudsgivarnas anbudslämnande och deras möjligheter att kalkylera sina anbud och har därmed påverkat konkurrenssituationen i upphandlingen. Anbudstiden har trots omfattande förändringar inte förlängts.

Landstinget har i strid med transparens- och likabehandlingsprinciperna förbehållit sig rätten att själv välja vilka produkter i det övriga rabatterade sortimentet som kan komma att omfattas av det upphandlade kontraktet. Vid

tiden för anbudsingivande har anbudsgivarna inte vetat vilka produkter upphandlingen omfattar och därmed vad de lämnat anbud på.

Anbudsgivare har tillåtits att välja mellan att ge in utredning avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet i anbudet eller efter anmodan efter anbudstidens utgång, även i situationer då ESPD inte använts. Landstinget har inte kontrollerat om tilldelad anbudsgivare uppfyller kravet på att lämna in efterfrågad utredning och har således inte kontrollerat om ställda krav är uppfyllda.

Landstingets krav avseende produktgrupp 5 om oljefri putspasta står i strid med proportionalitetsprincipen då oljefri putspasta inte förekommer på marknaden. Ingen anbudsgivare har kunnat offerera en sådan putspasta varför samtliga anbud borde ha förkastats. Den produkt som landstinget hänvisat till är inte oljefri. Upphandlingsdokumentet är inte utformat på ett förutsebart och transparent sätt.

Landstinget

Föremålet för upphandlingen är ett mycket stort antal tandvårdsrelaterade förbrukningsartiklar och instrument m.m. Det är allmänt vedertaget bland upphandlande myndigheter och leverantörer att exemplifiera med referensprodukter från befintligt, upphandlat sortiment när ramavtalsupphandlingar av förevarande slag genomförs. Det underlättar väsentligt och innebär stora förenklingar och tidsvinster för såväl upphandlande myndighet som leverantörskollektivet. Det vore ogörligt att beskriva bortåt 160 positioner med olika produkter i objektiva, neutrala ordalag med angivande av mått, former, hållfasthetskrav, funktioner, egenskaper etc. Konkurrensen skulle snarast riskera att begränsas på ett otillbörligt sätt då föremålet för upphandlingen skulle riskera att bli oförståeligt.

Oljefri putspasta finns på marknaden och Landstingets kravställning i denna del är inte oproportionerlig eller står i strid med LOU. Upphandlingsdokumenten har inte förändrats på ett så långtgående sätt under anbudsräknings-tiden att tiden borde ha förlängts. Samtliga inkomna frågor besvarades med marginal i god tid innan sista anbudsdag. Upphandlingen görs om med anledning av tidigare förordnande från förvaltningsrätten utan några övergripande förändringar av upphandlingsdokumenten. De förändringar som har gjorts har endast varit av sådan karaktär som sedvanliga justeringar av upphandlingsdokumenten som regelmässigt görs i motsvarande upphandlingar. Landstinget har kontrollerat samtliga obligatoriska krav med bäring på kvalificeringsfasen krav för krav, anbudsgivare för anbudsgivare. Inga fel har begåtts vid leverantörskvalificeringen. Skrivningarna avseende punkt 43, rabatt övrigt sortiment, i avtalsmallen står inte i strid med LOU. De kommersiella villkoren har varit klara och tydliga och lika för alla. De har inte påverkat utvärderingen avseende någon av produktgrupperna.

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.

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.

Förvaltningsrättens bedömning

Nordenta har invänt att DAB har offererat gratisleveranser i strid med upphandlingsdokumenten. En grundläggande princip vid upphandling enligt LOU är att upphandlande myndigheter inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening är frågan om gratisleveranser att se som ett obligatoriskt krav. Rätten kan inte finna annat än att DAB:s anbud innefattar gratisleveranser på det sätt Nordenta har gjort gällande. Landstinget har genom att anta DAB:s anbud, trots bristerna i detsamma, agerat i strid med principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Detta har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Nordenta. Vid angivna förhållanden föreligger grund för ingripande mot upphandlingen.

Nordenta har vidare anfört att Landstinget har hänvisat till varumärken trots att det inte varit omöjligt att beskriva de efterfrågade produkterna på annat sätt. Enligt 9 kap. 6 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bland annat varumärke, om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Detta innebär inte att det föreligger något absolut förbud mot varumärkeshänvisning. Enligt senare tids kammarrättspraxis får emellertid 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 4489-17 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 juni 2018 i mål nr 669-18).

Hänvisning till varumärke får då endast förekomma i undantagssituationer och om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. 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. Syftet med att tillåta hänvisningar är inte att den upphandlande

myndigheten ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas.

Landstinget har bland annat anfört att en precisering av kraven på produkterna inte skulle ha gjort det mer begripligt samt att upphandlingen omfattar ett stort antal produkter vilket hade gjort upphandlingsdokumenten mycket omfattande och svåröverskådliga. Det Landstinget har anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att det är fråga om en sådan undantagssituation så att hänvisning till varumärken kan tillåtas. Att Landstinget därutöver redovisat beskrivning i vissa delar av efterfrågade produkter talar också för att en mer utförlig beskrivning av efterfrågade produkters funktion och egenskaper utan hänvisning till varumärken hade varit möjlig. Landstingets agerande har således varit i strid med LOU och Nordenta har i vart fall riskerat att lida skada till följd av Landstingets agerande. Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därmed. Eftersom felet hänförs till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen, såvitt avser produktgrupper 2, 4, 5 och 7, göras om.

I fråga om Nordentas övriga invändningar beträffande upphandlingen anser förvaltningsrätten att det som har anförts inte visar att Landstinget har förfarit på ett sådant sätt att de principer som bär upp LOU har överträtts. Skäl för ingripande i övrigt föreligger därför inte.

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

Malin Toivainen
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, 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.

