



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2013-05-15
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2756-13
 2760-13

SÖKANDE

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

Ombud:
 advokaten Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2013-05-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Region Skåne
 291 89 Kristianstad

mål nr 2756-13

2. Malmö Högskola
 205 06 Malmö

mål nr 2760-13

Ombud för 1 och 2:
 Patrik Kastberg
 Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår DAB Dental AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 154282

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
Telefax
 040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne och Malmö Högskola (regionen) genomför en samordnad upphandling av dental allmän förbrukning – fyllnadsmaterial, profylax, putsfasta och estetik, dnr 1202554. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har AB Nordenta (Nordenta) tilldelats kontraktet. DAB Dental AB (DAB) har inte uppfyllt kraven för position 60 och 80.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

DAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför DAB bl.a. följande.

Nordentas anbud - pris

I punkt 2.4.1 i kravspecifikationen anges att årsförbrukningen är beräknad i den enhet som anges i "prisbilaga" och att anbudsgivaren ska lämna pris i enlighet med den angivna enheten. Kravet är mycket tydligt. Enligt prisbilagan gäller för position 9 att priserna ska anges i enheten *gram*. Nordenta har offererat priser i enheten *styck*. Att informationen i prisbilagans instruktionsruta 1+4 skulle göra att man kan offerera pris på det sätt som Nordenta gjort är felaktigt och missvisande. I prisbilagan finns inte angivet för någon position att pris ska lämnas i olika enheter. I upphandlingen *Avtrycksmaterial* finns det en position, 19, där pris avser blandade enheter. Det är följaktligen för den typ av positioner där det uttryckligen framgår att det är fråga om blandade enheter som de skrivningar som regionen refererar till är relevanta. Följande relevanta del visar direkt på att när det i positionen är fråga om blandade enheter som pris kan ges på det sätt som Nordenta gjort: För de positioner som innefattar produkter med olika enheter (t.ex. ml, gr, st etc.) och olika priser/produkter, ska ett medelvärde utgöra

priset. Om det av positionen inte framgår att det är fråga om blandade enheter gäller grundregeln att pris ska anges i enlighet med den angivna enheten. Nordenta har därmed inte uppfyllt de obligatoriska kraven för hur prissättning ska ske varför anbudet rätteligen skulle ha förkastats.

Nordentas anbud - refill

I position 11 anges att refill ska offereras för samtliga komponenter som offereras i position 10. Nordenta har offererat systempack av Multilink Automix. Av information från tillverkaren framgår att Liquid Strip ingår i dessa paket. Eftersom Nordenta inom ramen för position 10 offererat komponenten Liquid Strip har man också varit skyldig att offerera Liquid Strip som refill vilket man inte gjort. Nordenta har därmed inte uppfyllt det obligatoriska kravet och anbudet borde rätteligen ha förkastats.

Nordentas anbud - säkerhetsdatablad

I position 1 finns krav avseende bonding, produkt för bindning mellan emalj/dentin och dentala material. Nordenta har offererat produkten Adper Scotchbond vars förpackning har farosymbol avseende brandfarlighet. Det är ett obligatoriskt krav att säkerhetsdatablad ska bifogas samt uppfylla gällande krav för säkerhetsdatablad. Relevant förordning är 1907/2006 vilken ändrats genom förordning 453/2010. I punkt 2.2 andra stycket anges att en symbol som återfinns på en förpackningsetikett även ska finnas på säkerhetsdatabladet och det framgår mycket tydligt vilken information som ska finnas i respektive avsnitt av säkerhetsdatabladet. Nordentas säkerhetsdatablad har inte med farosymbolen på sätt som föreskrivs. Det faktum att en viss märkning inte behöver genomföras förrän ett visst datum är inte detsamma som att leverantören inte behöver följa regleringen i det fall leverantören väljer att tillämpa reglerna före aktuellt datum. Om en leverantör väljer att märka om sina förpackningar ska reglerna i ändringsförord-

ningen gälla. Kemikalieinspektionen har uttalat att när en leverantör väl genomför en ändring är leverantören också skyldig att uppdatera säkerhetsdatabladet. Avgörande för när reglerna ska tillämpas är själva tidpunkten för den faktiska ommärkningen och inte tidpunkten för när sådan ommärkning senast kan ske. Nordenta har valt att göra en ommärkning och är då skyldig att ha motsvarande information i säkerhetsdatabladet. Då reglerna i aktuell förordning är tillämpliga föreligger det brister i säkerhetsdatabladet. Nordentas anbud är inte kravuppfyllande och anbudet borde rätteligen ha förkastats.

DAB:s anbud

DAB:s anbud har förkastats på grund av att anbudet inte ansetts uppfylla kravet i position 60 avseende att tandtråd ska erbjudas i storpack, minst sex kartonger. De förpackningar som DAB offererat innehåller 40 eller 35 stycken tandtrådsbågar. DAB har tillhandahållit totalt 12 förpackningar av dessa storlekar. Detta är att anse som storpack. Den enda förpackning som kravet uttryckligen behandlar är storförpackning. Det går inte att utläsa av produktkravspecifikationen att mer än storförpackning ska ges in i upphandlingen. DAB uppfyller därmed kravet.

Vidare har DAB:s anbud förkastats på grund av att anbudet inte ansetts uppfylla kravet i position 80 avseende att blekmedel ska erbjudas i refill. DAB har offererat en förpackning som innehåller blekningsmaterial och blandningsspetsar. Denna förpackning är densamma i refill-utförande dvs. det råder identitet mellan huvudförpackningen och refill-förpackningen. Det finns inget som säger att en refill inte kan vara identisk med huvudprodukten. Refill är endast ett annat ord för ersättning. Huruvida huvudprodukten ersätts i sin helhet eller i delar är inte avgörande för om kravet ifråga är uppfyllt. Avgörande är om anbudsgivaren förbinder sig att tillhandahålla en ersättningsprodukt. DAB har ansett att den lämpligaste re-

fill-förpackningen är att tillhandahålla samma beståndsdelar som i huvudförpackningen. Det finns inget hinder för detta utifrån förfrågningsunderlagets villkor. I aktuellt fall är det fråga om blekningsmedel och medlet finns i en tub. Med regionens synsätt skulle, för att det skulle vara fråga om en refill, blekningsmedlet kunna ersättas separat och tillföras i originaltuben. Detta är en praktisk omöjlighet. DAB har entydligt svarat ja på att tillhandahålla refill och har på ett korrekt sätt offererat refill varför anbudet uppfyller kravet.

För det fall DAB:s anbud inte anses uppfylla kraven i positionerna 60 och 80 brister kraven i transparens och medger godtyckliga bedömningar. Vare sig storförpackning eller refill är definierat. Det finns ett flertal olika förpackningar på marknaden som kan betecknas som storförpackningar. Det hade varit transparent för anbudsgivarna att känna till att man krävde att två förpackningar skulle ges in och vad man verkligen menade med de olika storlekarna så att anbudet kunde anpassas därefter. Då det på marknaden finns refill som enbart den egentliga produkten och ett antal olika set/refillpaket har det inte klart framgått av förfrågningsunderlaget vad det är som regionen efterfrågar. Som grundläggande princip gäller att samtliga anbudsgivare ska kunna tolka innebörden av krav på samma sätt. Kraven är så otydligt definierade att de strider mot transparensprincipen.

Regionen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Nordentas anbud - pris

Som framgår av prisbilagans instruktionsruta 1+4 och 4 är det möjligt att ange olika enheter (t.ex. gram eller styck) om den aktuella positionen innefattar produkter med flera olika enheter. Detsamma framgår av punkt 2.5.2 i kravspecifikationen i vilket bl.a. följande framgår: "*För de positioner som innefattar produkter med olika enheter (t.ex. ml, gr, st) och olika pri-*

ser/produkt, ska ett medelvärde utgöra priset". Utgångspunkten är således att om de produkter som offereras inom en position endast offereras i en enhet ska priset anges i den enhet som regionen angett. I de fall då produkter med olika enheter offereras ska enhet anges och medelvärdet utgöra priset. Något krav på att olika enheter endast får anges då regionen uttryckligen angett detta finns inte. Som exempel kan nämnas att avseende position 9 har regionen önskat att pris anges i gram. Nordenta har också angett priser för denna position i gram avseende de produkter som offererats på raderna 15-29. Priset för rad 34 har dock angetts per *styck* vilket har sin förklaring i att den produkt som offererats på denna rad avser penselskaft. Att ange pris i gram är inte rimligt. Som exempel kan även nämnas att priset för rad 31, vilket avser kanyler, angetts per *styck*. Även för kanyler vore det orimligt att ange pris per gram. De av Nordenta offererade produkterna för position 9 avser både enheten gram och *styck*. Nordenta har således uppfyllt aktuellt krav.

Nordentas anbud - refill

Av produktkravspecifikationen framgår att alla produkter som offereras under position 10 även ska offereras som refill under position 11. I Nordentas produktkravspecifikation anges att man uppfyller detta krav och i prisbilagan har pris för *samtliga* komponenter angetts. De refiller som offererats av Nordenta under position 11 överensstämmer tillfullo med de systempack som offererats under position 10. Det framgår ingenstans i Nordentas anbud att komponenten Liquid Strip har offererats. Den bilaga som DAB påstår sig ha fått från tillverkaren saknar relevans då den uppenbarligen hänför sig till andra produkter än de som offererats av Nordenta. Nordenta uppfyller aktuellt kravet.

Nordentas anbud - säkerhetsdatablad

Det kan konstateras att den förordning som DAB hänvisar till, förordning 453/2010, enligt sina övergångsbestämmelser inte behöver tillämpas i aktuella delar förrän den 1 juni 2017. Detta framgår tydligt av förordningens artikel 2.6 andra stycket, i vilket sägs:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 31.9 i förordning (EG) nr 1907/2006 behöver säkerhetsdatablad för blandningar som har släppts ut på marknaden före den 1 juni 2015 och som i enlighet med artikel 61.4 i förordning (EG) nr 1272/2008 inte behöver märkas om och omförpackas inte ersättas med säkerhetsdatablad som uppfyller kraven i bilaga II till den här förordningen förrän den 1 juni 2017”.

Att produkten släppts ut på marknaden före den 1 juni 2015 står klart och att aktuell produkt inte behöver märkas om och omförpackas i enlighet med artikel 61.4 i förordning (EG) nr 1272/2008 framgår av angiven förordning artikel 61.4 andra stycket, i vilket sägs:

”Med avvikelse från artikel 62 andra stycket i denna förordning krävs inte att blandningar som klassificerats, märkts och förpackats i enlighet med direktiv 1999/45/EG och som redan har släppts ut på marknaden före den 1 juni 2015 ska märkas om och omförpackas i enlighet med denna förordning förrän den 1 juni 2017”.

Förordningen är inte gällande varför Nordenta har uppfyllt aktuellt krav.

DAB:s anbud

I position 60 i produktkravspecifikationen anges ”ska även erbjudas i storpack, minst sex kartonger”. Av detta krav framgår således tydligt att storpack ska erbjudas *utöver* normalförpackningen, annars hade användningen av ”även” inte varit nödvändig. Av kravet följer även att med storpack avses en förpackning om ”minst sex kartonger”. Regionen har således gett anbudsgivarna tydlig information om hur många kartonger som minst

måste finnas för att en förpackning ska kunna anses utgöra ett storpack. Kravet är uppställt för att varje leverantör ska offerera olika förpackningsstorlekar för att täcka de logistiska och hanteringsmässiga behov som finns. Något krav på hur många produkter en normal- respektive storförpackning ska innehålla har inte ställts då det hade varit oproportionerligt mot bakgrund av syftet med kravet. DAB har endast offererat aktuell produkt i en förpackningsstorlek. Då det tydligt framgår att även storpack ska erbjudas måste det ha framgått att något annat än storpack också ska offereras. DAB har således inte uppfyllt kravet.

Av produktkravspecifikationen framgår att offererad produkt ska erbjudas i refill. Kravet kan inte anses godtyckligt utan vad som avses med refill är det som följer av normalt språkbruk av vilket får anses följa att med refill avses behållare eller liknande som ersätter förbrukad behållare utan att hela ursprungsprodukten måste bytas ut. Refill är inte samma sak som huvudförpackningen. Om så hade varit fallet kan man fråga sig dels vilken funktion ordet i sig har och dels vilket skälet skulle vara till att regionen ställt krav om att även refill skulle erbjudas. Anledningen till att DAB inte ansetts uppfylla aktuellt krav beror således inte på att DAB offererat en produkt som inte bedömts vara refill utan på att DAB över huvud taget inte offererat någon refill-produkt. Den påstådda oklarheten i vad begreppet innebär kan inte ansetts ha påverkat utvärderingen av DAB:s anbud.

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 upphandling 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 leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I kravspecifikationen anges i punkt 2.1.5 att säkerhetsdatablad ska lämnas på alla offererade produkter med kemikaliskt innehåll och följa gällande svensk och europeisk lagstiftning.

I punkt 2.4.1 anges att årsförbrukningen är beräknad i den enhet som anges i "Prisbilaga", bilaga 1, och att anbudsgivaren ska lämna pris i enlighet med den angivna enheten.

I punkt 2.5.2 och i bilaga 1, prisbilagan, anges att för de positioner som innefattar produkter med olika enheter (t.ex. ml, gr, st etc.) och olika priser/produkt, ska ett medelvärde utgöra priset.

I bilaga 2, produktkravspecifikationen, anges i position 11 att samtliga ingående komponenter i position 10 ska finnas som refill. Ange dessa komponenter.

I position 60 anges att tandtråd även ska erbjudas i storpack, minst sex kartonger. I position 80 anges att blekmedel ska erbjudas i refill.

Förvaltningsrättens bedömning

Nordentas anbud – pris

I kravspecifikationen anges att årsförbrukningen är beräknad i den enhet som anges i "prisbilaga" och att anbudsgivaren ska lämna pris i enlighet med den angivna enheten. Vidare anges både i kravspecifikationen och i prisbilagan att för de positioner som innefattar produkter med olika enheter (t.ex. ml, gr, st etc.) och olika priser/produkt, ska ett medelvärde utgöra priset. Vad gäller position 9 har regionen angett enheten gram. I Nordentas prisbilaga kan utläsas att priser har angetts i både enheten gram och enheten styck. Enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att för det fall produkter med olika enheter offereras är det möjligt att ange priset i olika enheter. Förvaltningsrätten finner därmed att Nordentas anbud har uppfyllt kraven för hur prissättning ska ske.

Nordentas anbud - refill

Det uppställda kravet i position 11 att samtliga ingående komponenter i position 10 även ska finnas som refill utgör ett s.k. skall-krav. DAB gör gällande att Nordenta inom ramen för position 10 offererat komponenten Liquid Strip och att Nordenta därmed även varit skyldig att offerera Liquid Strip som refill vilket man inte gjort. Regionen har anfört att de refiller som Nordenta offererat under position 11 överensstämmer med de systempack som offererats under position 10 samt att det över huvud taget inte framgår av Nordentas anbud att komponenten Liquid Strip har offererats. Den av DAB åberopade informationen från tillverkaren visar olika systempack och således inte vad Nordenta offererat i förevarande upphandling. Enligt förvaltningsrätten har DAB inte förmått visa att Nordenta inte har uppfyllt det uppställda skall-kravet.

Nordentas anbud - säkerhetsdatablad

Det uppställda kravet att säkerhetsdatablad ska lämnas på alla offererade produkter med kemikaliskt innehåll och följa gällande svensk och europeisk lagstiftning utgör ett s.k. skall-krav. Nordenta har till sitt anbud bifogat säkerhetsdatablad avseende position 1. DAB gör dock gällande, med hänsyn till förordningens lydelse, att den farosymbol som finns på förpackningen för den produkt som Nordenta offererat även ska återfinnas i säkerhetsdatabladet för att Nordenta ska anses uppfylla skall-kravet. Detta med hänsyn till att Nordenta redan valt att göra en ommärkning. Regionen har bedömt att Nordentas anbud uppfyller det uppställda skall-kravet då den aktuella förordningen inte behöver tillämpas förrän den 1 juni 2017. Enligt förvaltningsrättens mening har DAB inte förmått visa att Nordenta behövt tillämpa angiven förordning och har därmed inte visat att Nordenta inte uppfyller det aktuella skall-kravet.

DAB:s anbud

I det aktuella skall-kravet anges att tandtråd även ska erbjudas i storpack om minst sex kartonger. Med hänsyn till hur kravet är utformat framstår det som rimligt att uppfatta kravet på sådant sätt att tandtråd *även* ska offereras i storpack dvs. storpack ska offereras utöver något annat. Det är därmed ett skall-krav att offerera dels normalförpackning och dels storpack. DAB har således endast offererat tandtråd i en förpackningsstorlek och regionen har därmed haft skäl att förkasta DAB:s anbud på angiven grund. Det framgår av kravet att en förpackning ska innehålla minst sex kartonger för att betraktas som storpack. Mot bakgrund härav anser inte förvaltningsrätten att kravet strider mot transparensprincipen.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att DAB lidit eller kan komma att lida skada. Oavsett om förvaltnings-

rätten skulle komma fram till att DAB:s anbud uppfyller skall-kravet i position 80 kommer DAB:s anbud likväl att vara uteslutet från fortsatt deltagande i upphandlingen då bolaget inte uppfyller skall-kravet i position 60. Härav följer att DAB inte kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva frågan om DAB:s anbud uppfyller kravet i position 80.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att DAB 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. DAB:s 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 uppge 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

