



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-06-13
Meddelad i Växjö

Mål nr
5011-17

SÖKANDE

DAB Dental AB, 556005-0048

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

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Upphandlingsenheten
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår DAB Dental AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2018-06-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 173806

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Kalmar län (Landstinget) har genomfört en upphandling rörande ramavtal av dentala förbrukningsartiklar. Upphandlingsformen var öppet förfarande och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Upphandlingen var indelad i 7 olika produktgrupper: 1. Protetik, 2. Fyllning, 3. Endodonti, 4. Engångs, 5. Förebyggande, 6. Instrument, 7. Övrigt. Totalt inkom sju anbudsgivare med anbud. Genom tilldelningsbeslut den 1 december 2017 har DAB Dental AB:s (bolaget) utslutits produktgrupperna: 1, 3 och 4.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse genom en ny utvärdering av produktgrupp 1, 3 och 4 varvid bolagets anbud tas upp till prövning. Bolaget anför i huvudsak följande. De har felaktigt utslutits i produktgrupperna 1 och 3. De obligatoriska krav som anges i kolumn C för respektive position innehåller flera olika delkrav som inte kan uppfyllas av en enda produkt. Kravuppfyllelsen ska därför bedömas utifrån den produkt som offererats i den specifika fliken för produktgruppen tillsammans med de kompletterande produkter som offereras och kopplas till aktuell position i fliken "Prislista" för den aktuella produktgruppen. Med denna metodik är bolagets anbud kravuppfyllande för produktgrupperna.

Bolaget har för positionen 1.21 offererat produkten "Multilink Primer A 3G" som skulle bedömas tillsammans med de kompletterande produkter som offereras och kopplas till aktuell position i fliken "Prislista" för den aktuella produktgruppen. Bolaget har således offererat ett heltäckande system med primer, cement och blandningsspetsar och med flera färger av cement. Bolaget har vidare offererat ett system benämnt Unicone på position 3.12 och produkter från företaget Top Dent på positioner 3.18 papperspoint och 3.19 guttaperkapoint, mellan vilka det föreligger kompatibilitet. Dessa produkter är dessutom kompatibla med det system som Landstinget

redan har, Wave-One. De produkter som bolaget tillhandahåller är godkända medicintekniska produkter och används av ett stort antal vårdgivare inom tandvården. Den papperspoint och den guttaperkapoint som bolaget har offererat har Landstinget använt för egen del utan några invändningar om brister i funktion och säkerhet.

I produktgrupp 4 är bolagets offererade produkt likvärdig med den referensprodukt som Landstinget har angivit. Hugofornic barn har fullgod och likvärdig funktion vilket intygas av leverantören. Det är ingen funktionell skillnad mellan vuxen- och barnvarianten. Det föreligger således ingen rättslig grund för Landstinget att förkasta bolagets anbud.

Landstinget

Förfrågningsunderlaget har utformats så att envar normalt omsorgsfull och aktsam anbudsgivare har kunnat förstå vad som krävs för att avge ett kvalificerat och konkurrenskraftigt anbud, vilket övriga sex anbudsgivare har gjort. Förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen är uppbyggd på ett sådant sätt att anbudsgivaren anger vilken produkt som denne offererar på en specifik position i fliken med samma namn som produktgruppen. Om produkten finns i flera färger eller storlekar ska dessa anges i efterkommande flik med namn Prisbilaga och namnet på produktgruppen. Detta tillvägagångssätt exemplifierades även i deras svar på fråga 14 i frågor- och svarsfunktionen. De har efterfrågat kompositcement på position 1.21, vilket framgår av det första ordet i angivna krav för positionen. Även referensprodukten för aktuell position är kompositcement. De har angett att den ”ska finnas i flera färger”. Av sju anbud har sex anbudsgivare offererat kompositcement på position 1.21, vilket är en indikation på att det klart framgått som efterfrågats på den aktuella positionen. Bolaget har offererat en primer och har anfört att primer, cement och blandningsspetsar ingår i systemet samt att cementen är huvudkomponenten i systemet. Bolaget var således

medvetet att det var cementen som efterfrågades på position 1.21. Att offerera en primer på position 1.21 är därmed inte förenligt med ställda krav. De har däremot efterfrågat en primer på position 1.30.

Det framgår klart att de efterfrågar ett komplett system som passar ihop med nuvarande maskinpark av fabrikatet Wave-One. I skallkraven anges att om anbudsgivaren önskar offerera ett annat system än nuvarande så ska en ny maskinpark tillhandahållas kostnadsfritt, vilket bolaget inte har gjort. I skakkrav gällande position 3.12 anges vidare att det är en komplett uppsättning av maskinellt endodontisk enkelfilssystem som efterfrågas. Den av bolaget offererade filen ingår inte i en komplett uppsättning av maskinellt endodontisk enkelfilssystem och uppfyller därmed inte deras krav. Den offererade produkten under position 3.18 uppfyller inte heller de ställda produktkraven eftersom papperpointsen inte har samma konicitet som de för systemet Wave-One. De offererade rotfyllningspointsen under position 3.19 uppfyller inte heller ställda skallkrav eftersom de inte ingår i en komplett uppsättning av maskinell endodontisk enkelfilssystem. De har inte ”variabel taper” eller samma form som de filar som utformat rotkanalen har och kan inte åstadkomma en tät rotfyllning. Fil och rotfyllningspoint passar inte ihop. De produkter som bolaget har offererat är inte kompatibla med nuvarande system.

Bolaget uppfyller slutligen inte ställda skallkrav avseende position 4.9. De har efterfrågat en sug som är avsedd för vuxna patienter, vilket övriga sex anbudsgivare har offererat. Bolaget har offererat en sug avsedd för barn. Den kan inte användas på vuxna patienter med tillfredsställande resultat. Eftersom bolaget, på grund av bristande skallkravsuppfyllnad, inte kan antas som leverantör har de vare sig lidit eller riskerar att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det ankommer på den som ansöker om överprövning av en upphandling att på ett klart sätt ange på vilka omständigheter talan grundas, således på vilket sätt upphandlande myndighet brutit mot någon bestämmelse i LOU eller i övrigt brutit i sin iakttagelse av principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet som finns lagfästa i 4 kap. 1 § LOU.

Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt.

För att ingripande med stöd av LOU ska kunna ske, krävs utöver bristande iakttagelse av nu nämnda bestämmelser och principer, även att sökande leverantör på grund av myndighetens agerande lidit eller kunnat komma att lida skada. Den som ansöker om överprövning av en upphandling ska klargöra på vilket sätt förfarandet medfört skada eller risk för skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid en genomgång av kravspecifikationen på position 1.21 samt Landstingets svar på fråga 14 i frågor- och svarsfunktionen kan förvaltningsrätten konstatera att Landstinget har efterfrågat kompositcement på position 1.21, vilket klart framgår av det första ordet i angivna krav på positionen. Det framgår vidare att den ”ska finnas i flera färger”. Landstinget har gjort det ännu mer tydligt genom angiven referensprodukt. Övriga sex anbudsgivare har offererat kompositcement på position 1.21, vilket enligt förvaltningsrättens mening är en indikation på att det klart framgått vad Landstinget efterfrågat. Att ett bolag missförstår vad som efterfrågas innebär inte i sig att det föreligger sådana brister i förfrågningsunderlaget som medför att upphandlingen brister i transparens. Förvaltningsrätten finner att det bolaget har anfört i denna del inte visar att Landstinget har brutit mot bestämmelserna i LOU.

Utifrån kraven på position 3.12, 3.18 och 3.19 framgår det att Landstinget efterfrågar ett komplett system som passar ihop med den nuvarande maskinpark och att det är en komplett uppsättning av maskinellt endodontisk enkelfilssystem som efterfrågas. I dessa delar gör förvaltningsrätten ingen annan bedömning än landstinget. Det bolaget har anfört i förvaltningsrätten visar inte att deras offererade produkter uppfyller de krav som landstinget har ställt. Landstinget hade följaktligen stöd för att förkasta bolagets anbud i denna del.

Landstinget har slutligen efterfrågat en sug som är avsedd för vuxna patienter på position 4.9. De övriga sex anbudsgivarna har offererat en sug avsedd för vuxna. Bolaget har offererat en sug avsedd för barn, vilket redan av benämningen indikerar att produkten inte uppfyller kravet. Det bolaget har anfört i förvaltningsrätten om produktens funktionalitet är inte tillräckligt för att visa att produkten är likvärdig med en sug avsedd för vuxna. Produk-

ten kan därför inte anses uppfylla ställda krav. Landstinget hade därför stöd för att förkasta bolagets anbud även i denna del.

Förvaltningsrätten kan sammanfattningsvis inte finna annat än att Landstingets förfrågningsunderlag är utformat på ett sådant sätt att det klart framgår vad som efterfrågas på varje position och att upphandlingsunderlaget har uppfyllt de krav som ställs upp i LOU. Landstingets beslut att utesluta bolagets anbud produktgrupperna 1, 3 och 4 får därmed anses ha motiverats av sakliga skäl och således varit i enlighet med bestämmelserna i LOU. Eftersom bolaget därför inte kan antas som leverantör har de vare sig lidit eller riskerar att lida skada. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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

Malin Toivainen
rådman

Föredragande: Marina Trattner



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 nås 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.

