



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-04-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3076-16



Ankomstdatum
2016-04-22

SÖKANDE

AB Nordenta, 556049-4899
745 85 Enköping

Ombud: Advokat Carl Norén och jur.kand. Nils Karlsson Green
Kastell Advokatbyrå
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Folk tandvården Stockholms Län AB, 556574-3597
Box 38206
100 64 Stockholm

Ombud: Advokat Johan Stern och jur.kand. Alexander Hantosi
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 720411

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Folktandvården Stockholms Län AB (Folktandvården) genomför en upphandling av dentala förbrukningsmaterial, FTV 1505-0128.

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. AB Nordentas anbud har inte kvalificerats för utvärdering inom anbudsområde 2. Folktandvården meddelade tilldelningsbeslut den 5 februari 2016 där andra leverantörer än AB Nordenta tilldelades avtalen för anbudsområde 1-4.

AB Nordenta (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på sätt att en ny utvärdering ska göras varvid följande anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska förkastas.

- Anbudsområde 1; Plandent AB (Plandent), Dab Dental AB (Dab) och Unident AB
- Anbudsområde 2; ApoEx AB, Dab och Plandent
- Anbudsområde 3; Dab och Plandent
- Anbudsområde 4; Dab

Folktandvården bestrider ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖR**Bolaget**

De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav på leverantörer och obligatoriska krav på varor och genomförande går vidare till utvärdering (förfrågningsunderlaget punkten 1.7.1). Förfrågningsunderlaget innehåller en stor mängd obligatoriska krav som måste uppfyllas för att leverantören ska få gå vidare till utvärderingsfasen. Som exempel kan

nämnas att förfrågningsunderlaget innehåller krav på hög kvalitet (punkten 1.5.2.1), särskilda förpackningsstorlekar (punkten 1.5.2.2) samt krav på kemikalieinnehåll (punkten 1.5.2.6). Bolagets inställning är att övriga anbud inte uppfyller dessa obligatoriska krav. Bolaget torde ha den mest kompletta portföljen dentala förbrukningsvaror av alla leverantörer på den svenska marknaden. Trots detta har bolaget – enligt Folk tandvården – inte fullt ut förmått offerera produkter i enlighet med ställda krav. Under sådana förhållanden är det uteslutet att någon av de andra anbudsgivarna – vilka var och en har en klart mer begränsad portföljd dentala förbrukningsvaror jämfört med bolaget – skulle ha förmått göra det. Det får anses stå klart att ingen av de övriga anbudsgivarna uppfyller samtliga ställda krav, givet att bolaget inte anses göra det.

Genom att inte förkasta övriga anbud, trots att de inte uppfyller de obligatoriska kraven har Folk tandvården brutit mot principerna om likabehandling och transparens som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. För det fall att fel anbudsgivare inte hade antagits hade bolaget blivit antagen som leverantör avseende anbudsområdena 1, 3 och 4. För anbudsområde 2 skulle samtliga anbud förkastats och upphandlingen i den delen därmed göras om. Bolaget har alltså genom Folk tandvårdens brott mot LOU lidit skada.

Som kompletterande grund gör bolaget gällande att Folk tandvårdens upphandling genom artikelspecifikationen i kolumnen ”Ev. Benämning i dagens ramavtal om produkten funnits med” innehåller hänvisningar till varumärken i form av tekniska specifikationer. Som exempel på detta kan nämnas produkten Vivasens (anbudsområde 2, position 2.12).

Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU är därför tillämplig. En upphandlande myndighet får endast göra hänvisningar till varumärke om det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det är svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till ett visst varumärke varken skulle gynna eller

missgynna vissa företag. Bolaget hindras genom varumärkeshänvisningen att delta med sin fulla konkurrensmässiga potential och från att använda hela sitt utbud av produkter och underleverantörer då man inte kan förutse vilka kvalitetskrav som efterfrågas. Hänvisningarna till varumärena leder därmed till att bolaget missgynnas. Hänvisningen är därmed endast tillåten under förutsättning att det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt.

Det framgår redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU och bakomliggande direktivbestämmelse att det endast i undantagssituationer kan vara tillåtet med hänvisningar till visst eller vissa varumärken. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisningar till visst varumärke är inte att den upphandlande myndigheten, t.ex. p.g.a. kompetens- eller resursbrist ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan istället för 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 hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåten. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att en sådan situation föreligger.

Folkvandvården har agerat i strid med 6 kap. 4 § LOU genom att hänvisa till varumärken utan att någon undantagssituation är tillämplig. Genom detta agerande har bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Upphandlingen bör därför göras om, utan de otillåtna hänvisningarna.

Folkvandvården

Folkvandvårdens upphandling har skett i enlighet med de övergripande principerna i 1 kap. 9 § LOU och upphandlingslagstiftningen i övrigt. De tilldelade leverantörerna uppfyller samtliga obligatoriska krav och bolaget

kan varken lida skada eller riskera att lida skada i den mening som avses i 16 kap. LOU.

Bolagets ansökan är helt grundlös och har karaktären av en s.k. ”fishing expedition”, vilket den svenska rättsordningen inte ger stöd för. Tilldelade leverantörers anbud uppfyller samtliga ställda ska-krav. Bolagets påståenden får förstås som att de gäller Folktandvårdens ska-krav på kvalitet (1.5.2.1) och förpackningsstorlekar (1.5.2.2) sedan är det oklart om det är kemikalieinnehåll (1.5.2.5) eller farliga ämnen i varorna (1.5.2.6) som avses, men alldeles oavsett vilket, är detta inte korrekt. Som framgår av utvärderingsprotokollen har Folktandvården kontrollerat och utvärderat samtliga anbudsgivares uppfyllnad av ställda ska-krav i sin helhet samt utvärderat offererade totalpriser i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Utvärderingen har genomförts av en grupp om sju personer som bestått av följande kompetenser:

- Ansvarig upphandlare,
- Tandläkare/klinikchef Allmäntandvård, 2 personer,
- Tandläkare/klinikchef för Specialisttandvård Protetik, 1 person,
- Tandläkare Allmäntandvård, 1 person,
- Tandläkare Medicinsk tandvård, 1 person samt
- Övertandläkare Specialisttandvård Protetik, 1 person.

Folktandvården har prövat och utvärderat samtliga anbud på samma sätt och utifrån angivna förutsättningar. Artikelspecifikationerna för respektive anbud och anbudsområde har kontrollerats mot efterfrågad produkt på varje enskild artikelrad. Anbud som uppfyllde samtliga obligatoriska krav (ska-krav) enligt ovan gick vidare till utvärdering av mervärden enligt punkt 1.7 i förfrågningsunderlaget. Av punkt 1.7.2 i förfrågningsunderlaget framgår att de mervärden som utvärderats är anbudsgivarnas erbjudna rabatter på övrigt sortiment och att de premieras som ett prisavdrag i utvärderingen. För varje anbudsområde framgår tillämpat avdrag i SEK, se punkterna 2.4, 3.5, 4.6

och 5.4 i förfrågningsunderlaget. Av bolagets anbud framgick klart och tydligt av artikelspecifikation för anbudsområde 2 att de offererat fyra produkter som inte är likvärdiga de Folktandvården efterfrågat, och således inte uppfyller ställda ska-krav och bolaget har således rätteligen uteslutits och inte lidit någon skada avseende anbudsområde 2. Bolaget har inte heller bestritt att de rätteligen uteslutits från detta anbudsområde. Avseende anbudsområde 1, 3 och 4 har samtliga anbudsgivare uppfyllt samtliga ställda ska-krav. Bolaget har inte offererat det lägsta anbudspriset på något av dessa anbudsområden och har således inte rätteligen kunnat tilldelas kontrakt. Bolaget har därmed inte lidit eller riskerat lida någon skada och grund för ingripande med stöd av LOU saknas på denna grund.

Folktandvården bestrider att benämningar och märkesnamn i artikelspecifikationen utgör en otillåten hänvisning till varumärken. Folktandvården har haft rätt att hänvisa till benämningar och varumärken genom det därtill i förfrågningsunderlaget (punkt 1.5.2.3) angivna uttrycket ”eller likvärdiga” eftersom det inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan dessa exempel från dagens ramavtal. Tillämpningen av 6 kap. 4 § LOU ska ta sin utgångspunkt i om det varit möjligt eller inte, att beskriva föremålet för upphandlingen, och om det genom en sådan beskrivning hade blivit mer tydligt vad som efterfrågats. I upphandlingen har Folktandvården försökt beskriva produkterna så gott det går genom artikelspecifikationerna. För tydlighets skull har vissa benämningar och varumärken från dagens ramavtal angetts. Varken en allmän eller en mer långtgående precisering av krav på funktioner och egenskaper hade gjort produkterna mer begripliga och en sådan precisering hade snarare begränsat utrymmet att offerera likvärdiga produkter. Utöver Folktandvårdens beskrivningar i artikelspecifikationerna har det inte varit möjligt att i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU beskriva produkterna tillräckligt preciserat eller begripligt. Bolaget har nyligen och under närmast identiska förhållanden anfört samma

argumentation utan framgång. Bolagets påstående att Folktandvården genom att hänvisa till visst varumärke som levererats under dagens ramavtal skulle ha hindrat bolaget från att delta med sin fulla konkurrensrättsliga potential saknar grund. Bolagets anbud har i förekommande fall inte förkastats på grund av att deras produkter inte har ansetts vara likvärdiga. Bolagets anbud har förkastats på grund av att produkterna varit felaktiga. Bolaget har därmed varken riskerat eller lidit skada till följd av hänvisningarna i artikelspecifikationen. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas därmed.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövning

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller

hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden ”eller likvärdigt”.

Förvaltningsrättens bedömning

Ska-krav

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). Bolaget har anfört att de vinnande anbuderna inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Bolaget menar att eftersom bolaget inte fullt ut förmått offerera produkter i enlighet med ställda krav är det uteslutet att någon av de andra leverantörerna skulle ha förmått göra det. Bolaget har emellertid inte anfört någon omständighet som ger stöd för att de vinnande anbuderna inte uppfyller ska-kraven och att bolaget därmed riskerat att lida skada. Det föreligger därmed inte skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Hänvisning till varumärken

I förfrågningsunderlaget *punkt 1.5.2.3 ”Produkter som offereras”* anges följande.

I Artikelspecifikationen omnämns vardera produkt, som Folktandvården använder idag, med märkesnamn. De produkter som leverantörer offererar ska ha likvärdiga egenskaper med de omnämnda märkesnamnen. Likvärdiga egenskaper är bl.a., men inte uteslutande; konsistens, stelningstid, typ av konsistens, utformning.

Då det finns ca 2000 behandlare inom Folktandvården Stockholms län AB är det ofrånkomligt att det finns olika preferenser avseende vilka egenskaper man anser vara fördelaktiga t.ex., men inte uteslutande, vilken stelningstid/torkningstid/konstistens/utformning en produkt ska/bör ha. Mot bakgrund av detta efterfrågas i Artikelspecifikationen flera produkter som är likvärdiga varandra.

Eftersom det är vitt skilda typer av produkter som efterfrågas är inte alla ovannämnda egenskaper relevanta, exempelvis kan inte ett instrument inneha samma egenskaper som ett cement osv. Leverantörer ombedes att ställa frågor om osäkerhet/otydlighet föreligger.

Det är ostridigt att Folktandvården har angett vissa benämningar och varumärken i artikelspecifikationen. Som exempel på detta har bolaget angett produkten Vivasens (anbudsområde 2, position 2.12).

Förvaltningsrätten finner att Folktandvården genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfrågat vissa produkter med angivande av varumärke har gjort en sådan hänvisning till varumärke som regleras i 6 kap. 4 § LOU. Sådana hänvisningar får en upphandlande myndighet göra så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det är dock svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till ett visst varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903--1913-11). Förvaltningsrätten anser att de aktuella specifikationerna leder till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

Hänvisning till varumärke får då endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat eller begripligt.

Situationer som avses är enligt förarbetena då en upphandlande myndighet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. 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

(prop. 2006/07:128 s. 193 f).

Folktandvården har anfört att utöver Folktandvårdens beskrivningar i artikelspecifikationerna har det inte varit möjligt att i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU beskriva produkterna tillräckligt preciserat eller begripligt. Enligt Folktandvården hade varken en allmän eller en mer långtgående precisering av krav på funktioner och egenskaper gjort produkterna mer begripliga och en sådan precisering hade snarare begränsat utrymmet att offerera likvärdiga produkter. Bolaget har gjort gällande att någon undantagssituation inte föreligger. Enligt förvaltningsrättens bedömning hade en långtgående beskrivning av krav på t.ex. funktion och egenskaper om produkterna rimligen inte gjort föremålet för upphandlingen mer tydligt och begripligt. Det var således inte möjligt i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU för Folktandvården att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt tydligt och begripligt utan en hänvisning. Folktandvården har därför haft rätt att hänvisa till varumärken med tillägget ”eller likvärdigt” på sätt som skett. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Folktandvården inte har agerat i strid mot bestämmelserna i LOU eller gemenskapsrätten. Det föreligger därmed inte skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har det inte framkommit i målet att Folktandvården har brutit mot LOU och dess grundläggande principer på någon av de grunder som bolaget anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Kajja Hultquist

Rådman

Frida Hellström har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.