

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

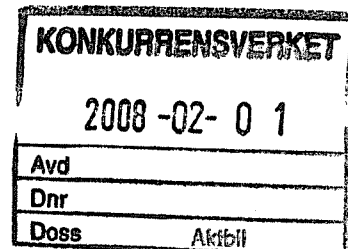
DOM
2008-01-31
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26934-07
Rotel 558

SÖKANDE

Nobel Biocare AB, 556002-0231
Box 5190
402 26 Göteborg

Ombud: Advokat Patrik Westerlund
Advokataktiebolaget Nordic Law
Box 5043
402 21 Göteborg



MOTPART

Folktandvården i Stockholms län AB, 556574-3597
Box 6420
113 82 STOCKHOLM

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Nobel Biocare AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Folktandvårdens i Stockholms län upphandling av Dentala Implantat skall rättas på så sätt att utvärderingen görs om.

Dok.Id 299501

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND OCH DET BESLUT SOM TALAN AVSER

Folktandvården i Stockholms län (FTV) har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av avtal för Dentala Implantat. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU.

Genom tilldelningsbeslut den 7 december 2007 har FTV beslutat att teckna avtal med annan leverantör än Nobel Biocare AB (NBAB).

YRKANDEN M.M.

NBAB ansöker om överprövning den 18 december 2007 och yrkar att länsrätten skall förklara att den av FTV genomförda upphandlingen avseende dentala implantat får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Biomet 3i Nordic AB:s (Biomet) anbud utesluts från utvärderingen alternativt att upphandlingen görs om. Som grund för sin talan anför NBAB i huvudsak följande. FTV har brutit mot LOU vid upphandling av dentala implantat genom att pröva, utvärdera och anta ett anbud från en leverantör som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav. FTV har i förfrågningsunderlaget föreskrivit ett stort antal skall-krav avseende anbudsgivarna samt de varor som FTV upphandlar. Förutsättningarna för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att samtliga enligt FTV angivna skall-krav är uppfyllda. FTV har i bilaga 2 till kravspecifikationen angett skall-krav, bl.a. att leverantören inte får reservera sig samt att antagna leverantörer skall leva upp till uppgivna åtaganden. Biomet har i sin bilaga 2 vid fråga 6 infört en reservering avseende leverans av bassortiment. Genom reservation lever inte Biomet upp till de angivna skall-kraven. Reservationen innebär en otillåten ändring och ett otillbörligt gynnande av Biomet på bekostnad av resterande anbudsgivare. Därutöver lever inte Biomet upp till sin angivna sortimentsbredd. Biomet har kryssat i samtliga alternativ i fråga 7 utan att i

sin produktkatalog kunna erbjuda flera av de angivna produkterna. Biomet lever således inte upp till de angivna kraven i bilaga 2.

I yttrande den 11 och 22 januari 2008 anför NBAB ytterligare i huvudsak följande. Av punkt 2.2 i förfrågningsunderlaget framgår att samtliga skallkrav som är markerade med skall i fet stil (**skall**) skall vara uppfyllda för att anbudet skall kunna prövas, utvärderas och antas. Det måste således förstås som att de skall som markerats med fet stil måste vara uppfyllda även avseende bilaga 2 i kravspecifikationen. Vidare har FTV uppställt skallkrav avseende kvalitetssäkring i punkt 2.4.3 (1) i förfrågningsunderlaget. Där anges att företaget skall tillämpa kvalitetssäkringsrutiner, företaget skall redovisa vilka kvalitetsrutiner som finns samt vid eventuell certifiering skall certifikat bifogas. Biomet har angett att de är ISO-certifierade samt har ett kvalitetsstyrningsprogram. De certifikat och kvalitetstyrningsprogram som Biomet i sitt anbud har redovisat så som sina egna avser dock endast Implants Innovations Inc verksamhet i USA samt att certifikatet gått ut. Under punkt 2.4.3 (2) anges skallkrav avseende miljöarbete samt redovisning av detta. Enligt ovan nämnda punkt skall leverantören ha ett miljöledningssystem som minst motsvarar kraven för certifiering enligt nationell och internationell standard. För att säkra upp att leverantören har likvärdigt efterfrågat system har en bilaga bifogats från FTV där några system är exemplifierade. Anbudsgivaren skall bifoga sin miljöhandbok eller miljöhandlingsplan om de förtryckta exemplen inte innehas av leverantören. Biomet har i sitt anbud angivit att bolaget har ett annat miljöledningssystem än det i bilagan exemplifierade systemen. Biomet har dock inte visat detta i sina anbudshandlingar. NBAB gör därför gällande att Biomet inte uppfyller de i punkt 2.4.3 (1) och (2) angivna skallkraven. Biomet:s anbud skall uteslutas då flertalet skallkrav ej är uppfyllda. NBAB hävdar därför att FTV genom att frånga sina skallkrav och utvärderat en anbudsgivare som inte uppfyllt samtliga krav, har brutit mot LOU:s krav på affärsmässighet. Skallkraven har en direkt betydelse för anbudssumman på så sätt att skillnader i anbuds-

priset har sin direkta förklaring i att ett uppfyllande av skall-kraven innebär ett dyrare utförande än de som inte uppfyller dessa krav. FTV har upphandlat en annan vara och tjänst genom att frånga de skall-krav som FTV själva ställt upp.

FTV anför i huvudsak följande. FTV vill understryka att bedömningen av skall-kraven är digital, såtillvida att skall-kraven antingen är uppfyllda eller inte. Bilaga 2 är inte ett skall-krav utan endast underlag för utvärderingen. Skall-kravet är att formuläret är ifyllt, detta fram går av formuleringen i ingressen. Ett formulär som ifyllt med endast nekande svar skulle anses uppfylla kravet. Enligt punkt 2.7 i kravspecifikationen anges att "Leverantör bör kunna ombesörja lagerhållning/konsignationslager av ett bassortiment hos respektive mottagning. Vilka produkter och antal som skall ingå i bassortimentet sker i samråd med leverantör och klinik." Biomet:s skrivning i bilaga 2 kan därför tolkas som en bekräftelse av skrivelsen i kravspecifikationen. Vidare har FTV kunnat konstatera att Biomet har möjlighet att leverera samtliga produkter i bilaga 2 då Biomet i Europa erbjuder ifrågasärande varor på beställning från USA. FTV har ingen anledning att ifrågasätta Biomet:s anbud om det inte finns uppenbara motsättningar. Om Biomet inte erbjuder en produkt till samtliga kunder innebär inte detta att bolaget inte kan tillhandahålla produkten till FTV. FTV har rätt att utgå från att de uppgifter som lämnas i anbuden är korrekt om inte annat visas. Vad gäller påståendena om att Biomet inte uppfyller krav enligt punkt 2.4.3 (1) och (2) så har FTV rätt att anta att de uppgifter som lämnats i anbuden så som sanningsenliga. Även här är skall-kravet att bilaga 3 skall vara ifylld och inte vad som uppgiften innehåller. Biomet har fyllt i blanketten och således uppfyllt skall-kravet. Eventuella brister i ifyllandet av blanketten kan under inga omständigheter medföra uteslutning från utvärdering. Om det i senare skede skulle visa sig att en antagen leverantör inte lever upp till den standard som angivits i anbudet blir det istället fråga om att tillgripa de sanktioner som står till buds vid avtalsbrott. Vidare har FTV noterat att det ISO-

certifikat som bifogats var utgången. Detta innebär emellertid inte att Biomet:s anbud var diskvalificerat, eftersom det inte var ett krav att inneha ISO 9001-certifiering. Vidare anser FTV att de handlingar avseende certifiering som inkommit är tillämpliga på Biomet även om de är utfärdade på moderbolaget, då Biomet enligt FTV:s bedömning inte skall behandlas som ett separat bolag från koncernen. FTV hemställer att länsrätten lämnar ansökan om överprövning utan bifall.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att upphandlingen skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Begreppet affärsmässighet innefattar de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Principen om likabehandling innebär att leverantörer skall behandlas lika, d.v.s. ges samma förutsättningar.

Enligt 7 kap. 2 § LOU skall, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt kommissionens tolkningsmeddelande (KOM(2001)556 slutlig) sidan 12 får en upphandlande myndighet begära in upplysningar för att försäkra

sig om att företaget, mot bakgrund av bolagets personalkvalifikationer och resurser, är i stånd att fullgöra kontraktet.

Av EG-domstolens dom den 2 december 1999 i mål nr C-176/98, Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari, Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 framgår följande. En leverantör kan åberopa andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheten i fråga, under förutsättningen att denne kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Det är inte tillåtet att presumera att tjänsteleverantören förfogar över tredje mans resurser på grundval av att de tillhör samma koncern.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som framkommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds förnär.

Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 1588-07 uttalat att när en upphandlande enhet har uppställt ett skall-krav åligger det enheten att kontrollera om de uppgifter som lämnats in i inkomna anbud innebär att kravet är uppfyllt eller inte.

Upplysningsvis har länsrätten i mål nr 26503-07 förordnat att FTV skall rätta upphandlingen vad avser utvärderingen.

Utredning i målet

Av 2.2 förfrågningsunderlaget framgår att ett antal obligatoriska krav, s.k. skall-krav, finns uppställda i förfrågningsunderlaget inklusive bilagor. Dessa krav är angivna med ett skall markerat i fet stil (**skall**). Vidare framgår att för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivaren och anbudet som på efterfrågad vara eller tjänst. Av punkt 3 framgår att de bilagor som bifogas till förfrågningsunderlaget är anbudsspecifikation (bilaga 1), kvalitet och service (bilaga 2) samt svarsformulär (bilaga 3).

Punkt 2.4.3 har titeln ”Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet”. Punkten är uppdelad i två stycken, numrerade med 1 och 2. Av punkt 1 framgår att anbudsgivande företag **skall** tillämpa kvalitetssäkringsrutiner t.ex. genom certifiering eller tillämpning av andra kvalitetssäkringsfrämjande åtgärder enligt ISO 9000 eller motsvarande. Företaget **skall** redovisa vilka kvalitetsrutiner som finns på företaget och hur dessa följs upp. Är företaget certifierat **skall** kopia på certifieringsintyget bifogas anbudet. Av punkt 2 framgår att leverantör **skall** senast år 2003 ha ett miljöledningssystem som minst motsvarar kraven för certifiering enligt nationell eller internationell standard förutsatt att lagstiftningen medger sådana krav. Anbudsgivaren **skall** redovisa sitt miljöarbete genom att till anbudet bifoga sin miljöhandbok eller miljöhandlingsplan. Bilaga 4, ”Information om leverantörens eget miljöarbete” **skall** ifyllas och bifogas anbudet.

Bilaga 2 har titeln ”Utvärdering av kvalitet och service”. Av bilagan framgår att anbudsgivaren **skall** fylla i samtliga angivna frågor. Vidare framgår att antagen leverantör **skall** leva upp till uppgivna åtaganden. Därutöver anges att reservation eller ändring inte får göras i dokumentet.

I punkt 4.4 bilaga 3 anger FTV att anbudsgivaren **skall** uppfylla av myndigheten fastställda miljökrav och tillämpa miljöarbete i sin verksamhet. Sedan får anbudsgivaren ange om detta krav är uppfyllt eller ej genom att kryssa i en ja- eller nej-ruta.

Av Biomets anbud kan utläsas att en text har tillförts i bilaga 2. Texten har lagts in under fråga 6. Biomet har kryssat i att leverantören ger alla kliniker möjlighet att erhålla ett bassortiment i lager, där leverantören ombesörjer påfyllning utifrån förbrukningen. Under detta har Biomet lagt till texten ”Enligt överenskommelse tillsammans med representant från Biomet 3i.” Biomet har också kryssat i ja som svarsalternativ i bilaga 3 punkt 4.4.

Enligt bilaga 4.4 i Biomets anbud beskrivs bolagets miljöarbete genom ett av FTV upprättat svarsformulär, där bolaget anger att de har ett eget miljöledningssystem och att bolaget är anslutet till REPA registret. Vidare meddelas att de har flertalet harmoniserade standardcertifieringar på deras tillverkning. Som exempel anges ISO 14971 och ISO 15223. Avseende kvalitetskrav meddelar de i egen bilaga B att de är ISO 9001 certifierade. Vid kontroll av bifogade certifikat kan konstateras att samtliga är utfärdade på moderbolaget med säte i USA.

Av bolagsregistreringsbeviset framgår att Biomet 3i Nordic AB är ett svenskregistrerat aktiebolag med säte i Malmö.

Länsrättens bedömning

Enligt kommissionens tolkningsmeddelande (KOM(2001)556 slutlig) sidan 12 får en upphandlande myndighet begära in upplysningar för att försäkra sig om att företaget, mot bakgrund av bolagets personalkvalifikationer och resurser, är i stånd att fullgöra kontraktet. Meddelandet måste tolkas som att den upphandlande enheten i denna begäran faktiskt har ett syfte att säkerställa att kontraktet kommer att kunna fullgöras. Således måste det vidare tolkas på så sätt att vid begäran av uppgifter måste en upphandlande enhet dels kontrollera uppgifterna, dels beakta dem vid urvalshandlingen.

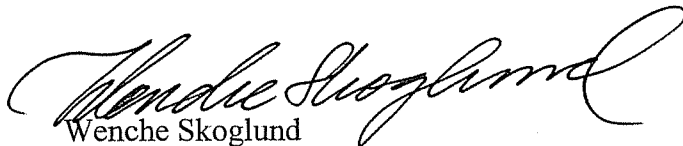
FTV har i sitt förfrågningsunderlag ställt ett flertal skall-krav. Dessa skallkrav är både långtgående och specifikt beskrivna. FTV har således en skyldighet att kontrollera att de uppgifter som har begärts in kontrolleras och beaktas.

Det framgår av FTV:s egna yttranden att FTV inte har kontrollerat eller beaktat innehållet i de uppgifter som har inkommit i Biomet:s anbud, endast en digital kontroll har genomförts. Biomet har i sitt anbud tillfört information som kan tolkas som att bolaget i ett framtida kontraktsförhållande med FTV kan komma att inte leva upp till uppgivna åtaganden. Det är således mycket tveksamt om Biomet i sitt anbud har uppfyllt skall-kravet. Vidare har FTV genom att tillåta Biomet att tillföra information i bilaga 2 behandlat bolaget med fördel på bekostnad av andra anbudsgivare. Detta strider mot likabehandlingsprincipen. Vidare har Biomet hävdats att de innehar olika ISO-certifieringar, vilka samtliga vid kontroll avsett moderbolaget. För att en resurs skall kunna anses finnas till bolagets förfogande skall bolaget visa att så faktiskt är fallet. Att Biomet tillhör samma koncern kan inte anses utgöra tillräcklig bevisning. Inget annat kvalitetssystem har redovisats

av Biomet. Därutöver har Biomet intet på något sätt visat att de uppfyller de krav som ställts på miljöledningssystem.

FTV har prövat, utvärderat och antagit Biomet:s anbud, utan att kontrollera och beakta att skall-kraven är uppfyllda. Vidare har FTV genom att tillåta att Biomet tillfört information i bilaga 2 behandlat bolaget med fördel på bekostnad av andra anbudsgivare. FTV har genom beskrivna handlingar brutit mot likabehandlingsprincipen. FTV skall därför rätta upphandlingen genom att göra om utvärderingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)



Wenche Skoglund

Rådman

Föredragande har varit Anna-Karin Falkenstrand.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

