



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 26323-11
 Enhet 15

SÖKANDE

Plandent Forssbergs Dental AB, 556347-1076

Ombud:

Advokat Jon Dal
 Advokaterna Wersén & Partners KB
 Grev Turegatan 13 B
 114 46 Stockholm

MOTPART

Folk tandvården Stockholms Län AB, 556574-3597
 Box 6420
 113 82 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-02-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Plandent Forssbergs Dental AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 210834

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Folktandvården Stockholms Län AB (Folktandvården) genomför en upphandling av dentala förbrukningsmaterial (ref nr 201105-0316) genom ett öppet förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 22 december 2011 framgår att DAB Dental AB har antagits av Folktandvården som huvudleverantör, då DAB lämnat anbud med lägsta pris.

YRKANDEN M.M.

Plandent Forssbergs Dental AB (Plandent Forssberg) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att anbudet från DAB förkastas följt av ny anbudsutvärdering. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Som grund anförs bl.a. följande i ansökan och yttranden.

Upphandlingen omfattar ett specialsortiment av dentala förbrukningsmaterial, anbudsgivarnas övriga sortiment av dentala förbrukningsmaterial samt mindre utrustning. Specialsortimentet är uppdelat i tre olika kategorier där kategori ett omfattar de positioner som hade störst ekonomiskt värde för Folktandvården. För att antas som huvudleverantör måste en anbudsgivare lämna anbud på samtliga 37 artiklar i kategori ett samt minst 33 av 37 artiklar i kategori två. Den anbudsgivare som lämnar lägst pris på 185 utvärderade artiklar i specialsortimentet, efter rabattavdrag på anbudssumman, utses till huvudleverantör. Den som utses till huvudleverantör blir också leverantör av produkterna inom övrigt sortiment. Endast om huvudleverantören inte har en efterfrågad produkt i sitt sortiment blir den delleverantör som har produkten och till lägst pris aktuell som leverantör inom övrigt sortiment.

Enligt information i upphandlingsprotokollet har Folktandvården under handläggningstiden fattat beslut om att övergå till förhandlat förfarande. Detta är dock inte något som Plandent Forssberg känner till eller blivit inbjuden till och Plandent Forssberg ställer sig frågande till om Folktandvården verkligen använt sig av förhandlat förfarande i denna upphandling.

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget enligt punkten 1.1.8. och 2.1.2. att samtliga frågeställningar ska besvaras. DAB har inte besvarat frågan under punkten 2.4.2.2. om kravet avseende skatter och avgiftsskyldighet uppfylls och uppfyller härmed inte skall-kravet att samtliga frågeställningar ska besvaras.

I kategori ett frågar Folktandvården efter ett blekmedel för tänder från Opalecence i sprutform och med koncentrationen 15 procent. DAB har istället offererat en gel med koncentrationen 16 procent från Prooption som inte är likvärdig med den av Folktandvården efterfrågade produkten. Produkten från Opalecence innehåller fluor vilket inte produkten från Prooption gör. Att det är viktigt tillföra fluor i samband med tandblekning framgår av Folktandvårdens webbsida. Högre koncentration av den verksamma ingrediensen karbamidperoxid ger en högre risk för känslighet i tänderna utan att effekten av blekningen blir bättre. En produkt med 15 procent koncentration är m.a.o. lika bra som en produkt med 16 procent koncentration, men ger färre biverkningar.

Det enda som följer av riktlinjerna som Folktandvården hänvisar till är att det inom Folktandvården används produkter med ett karbamidperoxidinnehåll från 10-20 procent. Av det kan man inte dra slutsatsen att produkter med olika koncentration inom spannet 10-20 procent är likvärdiga. Folktandvården har frågat efter blekningsmedel med koncentrationen 10, 15 och 20 procent i tre olika positioner i förfrågningsunderlaget. Två av dessa koncentrationer ligger i kategori ett, d.v.s. båda koncentrationerna måste

offereras av en anbudsgivare om denne ska kunna bli huvudleverantör. Detta visar tydligt att Folk tandvården inte betraktar produkter med olika koncentration inom spannet 10-20 procent som likvärdiga.

Under punkten 2.4.3.1. i förfrågningsunderlaget har DAB uppgett att bolaget inte anlitar underleverantörer för någon del av kontraktet. Efter att Folk tandvården skickat ut en begäran om förtydligande/komplettering efter anbudstidens utgång, svarade DAB att bolaget kommer att anlita Lifco Dental AB (DAB:s moderbolag) för att hantera DAB:s inköp, data och logistik. Logistik omfattar såväl orderhantering som distribution av produkter och svaret kan inte tolkas på annat sätt än att DAB anlitar Lifco Dental AB för transport av beställda produkter till Folk tandvården. Det framgår av förfrågningsunderlaget och ramavtalet att transport av produkterna till Folk tandvården omfattas av anbudsgivarnas åtaganden gentemot Folk tandvården. Lifco Dental AB är härmed att betrakta som en underleverantör till DAB. Vidare anger DAB att bolaget köper sina varor från Lifco Dental AB och att leveranserna sker från Lifco Dental AB:s centrallager. DAB har i sitt ursprungliga anbud felaktigt angivit att man inte anlitar några underleverantörer och uppfyller härmed inte detta skall-krav. DAB har vidare inte i sitt kompletterande svar bekräftat att Lifco Dental AB uppfyller de krav som ställs på en underleverantör i upphandlingen, vilket också är ett skall-krav. DAB har inte uppfyllt skall-kraven vare sig i det ursprungliga anbudet eller efter kompletteringen. Kompletteringen har vidare skett i strid med 9 kap. 8 § LOU och det svar som DAB lämnat efter anbudstidens utgång ska därför inte beaktas när DAB:s anbud utvärderas.

Av punkten 4.5. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska lämna materialdeklarationer med angivande av CASnr och/eller EINECSnr för tillsatser eller likvärdigt. Detta skall-krav gäller bl.a. för plastbaserade leksaker, klistermärken, tatueringar etc. (punkten 12 i artikelspecifikationen). Som framgår av DAB:s anbud har DAB svarat "Ja" på frågan om

materialdeklarationer lämnats i enlighet med skall-kravet för plastbaserade produkter. DAB lämnade dock inte in några materialdeklarationer för produkter enligt punkten 12. Detta föranledde Folkvandvården att den 26 oktober 2011 tillskriva DAB och begära att efterfrågade materialdeklarationer lämnades in. Att efter anbudstidens utgång tillåta DAB att komma in med materialdeklarationer som skulle varit bilagda anbudet utgör inte en komplettering eller förtydligande som faller under bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU. Kompletteringen ska därför inte beaktas vid utvärdering av DAB:s anbud och DAB:s anbud uppfyller således inte alla skall-krav. Under alla omständigheter strider Folkvandvårdens agerande mot kravet på öppenhet och att alla anbudsgivare ska behandlas lika. Plandent Forssberg har begärt ut DAB:s anbud men Folkvandvården har beslutat om sekretess på vissa delar av DAB:s anbud, bl.a. materialdeklarationer. Plandent Forssberg känner därför inte till om DAB har kompletterat sitt anbud med materialdeklaration för artiklar enligt punkten 12. Om så inte är fallet uppfyller DAB inte heller av denna anledning uppfyllda skall-krav.

Enligt punkten 2.2.2. i förfrågningsunderlaget ska anbudet vara giltigt till och med den 31 maj 2012. DAB har accepterat detta i sitt anbud men samtidigt i punkten 3.1. angivit att rabattprislistan (d.v.s. prislistan för övrigt sortiment) gäller fram till den 31 december 2011. Hela anbudet var härmed inte giltigt till och med den 31 maj 2012 och DAB:s anbud uppfyller därför inte skall-kravet i punkten 2.2.2. DAB har senare fått möjlighet att ändra rabattprislistans giltighet till den 31 maj 2012, en ändring som inte faller inom bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU och därför inte ska beaktas vid utvärderingen av DAB:s anbud. Plandent Forssberg vill dock påpeka att även övriga anbudsgivare har getts möjlighet att justera sina anbud på denna punkt.

Att priserna för övrigt sortiment skulle vara anbudsgivares fastställda, ordinarie priser, (med avdrag för den rabatt som anbudsgivaren erbjöd) be-

kräftades av Folkvandvården i ett förtydligande den 7 september 2011. Den 8 september 2011, lämnade Folkvandvården ett korrigerat svar enligt vilket prislistan inte behövde vara anbudsgivarens fastställda ordinarie prislista. Den förändring av förfrågningsunderlaget och upphandlingen som Folkvandvården gjorde strider mot krav om öppenhet och likabehandling. Förändringen var väsentlig, särskilt då förändringen avser en mycket viktig del av upphandlingen, nämligen prissättningen av produkter som utgör 60-70 procent av upphandlingens värde. Endast den rabattsats som anbudsgivaren lämnar på priserna för övrigt sortiment utvärderas i upphandlingen. Genom att ändra det aktuella skall-kravet från att priserna för övrigt sortiment ska vara anbudsgivarens ordinarie priser till fri prissättning har Folkvandvården gjort så stora förändringar i förfrågningsunderlaget att det i princip rör sig om en helt ny upphandling. Möjligheten att ta fram en ny prisstrategi för upphandlingen beror på vilka resurser som var tillgängliga för anbudsgivaren under perioden 8-15 september 2011, endast fem arbetsdagar.

Förändringarna av det aktuella skall-kravet kan vidare ha medfört att det funnits potentiella anbudsgivare som valt att inte lämna in ett anbud med anledning av den ursprungliga utformningen av skall-kravet, men som om de känt till den slutliga utformningen hade varit intresserade av att delta i upphandlingen. Oavsett vilken modell som används gällande prissättningen av övrigt sortiment (ursprunglig eller efter ändringen den 8 september 2011) missgynnar utvärderingsmodellen de anbudsgivare som har få produkter i sitt sortiment. Dessa anbudsgivare kommer att få sälja färre produkter ur övrigt sortiment och har härigenom sämre möjlighet att konkurrera med priset för specialsортimentet samt rabattsatserna för övrigt sortiment och specialsортimentet. Detta strider mot principen om likabehandling.

Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen är bristfälligt utformat och uppfyller inte kraven på öppenhet, förutsägbarhet och likabehandling m.m. i 1 kap. 9 § LOU. Ett förfrågningsunderlag ska vara utformat så att en

anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad upphandlande enhet tillmäter betydelse vid upphandlingen och vad den efterfrågar. Den utvärderingsmodell som Folktandvården tillämpat i den aktuella upphandlingen säkerställer inte att det anbud som ger de lägsta totalpriserna vinner upphandlingen. Det är fullt möjligt och sannolikt att den anbudsgivare som blivit utsedd till huvudleverantör har sänkt sina priser för specialsортimentet och kompenserat dessa prissänkningar genom prishöjningar på övrigt sortiment. Det kan mycket väl tänkas att en anbudsgivare som blivit utsedd till huvudleverantör har högre totalpriser än andra anbudsgivare. Plandent Forssberg har inte möjlighet att bedöma om så är fallet i denna upphandling då Plandent Forssberg inte har fått ut DAB:s priser på övrigt sortiment med hänvisning till sekretess. Den utvärderingsmodell som Folktandvården använt sig av innebär att priser på ca 60 procent av upphandlingens värde inte utvärderas men omfattas av Folktandvårdens inköp under avtalstiden.

Folktandvården hänvisar i stor utsträckning i artikelspecifikationen till produktnamn (eller likvärdig produkt). En anbudsgivare som vill offerera en produkt från en annan tillverkare missgynnas av hänvisningen till produktnamn. Folktandvården har genom angivande av produktnamn markerat vilken produkt man föredrar och en anbudsgivare som vill offerera en alternativ produkt vet att denna produkt inte är Folktandvårdens första-handval. Den som offererar en alternativ produkt riskerar också att Folktandvården bedömer den alternativa produkten som inte likvärdig med produkten från den angivna tillverkaren. Det som gör hänvisningen till produktnamn extra missgynnande i denna upphandling är att en anbudsgivare, för att komma ifråga som huvudleverantör, måste offerera samtliga produkter i kategori ett och 33 av 37 artiklar i kategori två. De allra flesta andra upphandlande enheter använder sig av beskrivningar av de produkter som de efterfrågar inom dentala förbrukningsmaterial, utan hänvisning till produktnamn. I en upphandling av Region Skåne efterfrågades ett avtrycksmaterial för protetiska konstruktioner i Polyetergummi (ett s.k. Elas-

totalt). Region Skåne har angivit vilka egenskaper produkten ska ha utan att hänvisa till en produkt från en viss tillverkare. Om specifikationerna varit utformade som krav på egenskaper istället för en hänvisning till visst varumärke, hade Plandent Forssberg kunnat lämna ett betydligt mer konkurrenskraftigt anbud. Plandent Forssberg hade kunnat offerera produkten från Prooption. Plandent Forssberg har härmed missgynnats av hänvisningen till vissa varumärken. Undantaget i 6 kap. 4 § andra stycket LOU är inte tillämpligt på Folkvandvårdens upphandling. Genom att bedöma en produkts likvärdighet med efterfrågad produkt med stöd av centrala riktlinjer som inte utgjorde del av förfrågningsunderlaget har Folkvandvården använt utvärderingskriterier och utvärderingsmaterial som inte framgår av förfrågningsunderlaget vilket också strider mot kraven på öppenhet, förutsägbarhet och likabehandling.

Plandent Forssberg vidhåller att en upphandling som inte utnyttjar konkurrensen och tillvaratar det offentliga medel på bästa möjliga sätt strider mot de grundläggande bestämmelserna i LOU, såsom 1 kap. 9 LOU, och att så är fallet med denna upphandling.

Folkvandvårdens brott mot LOU har medfört att Plandent Forssberg lidit skada eller riskerar att lida skada. Om DAB:s anbud inte utvärderats hade Plandent Forssberg blivit antagen som huvudleverantör. Om förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen varit utformade i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU hade Plandent Forssberg kunnat komma in med ett anbud som gjort att Plandent Forssberg utsetts till huvudleverantör. I vart fall har Folkvandvårdens brott mot LOU lett till försämrade möjligheter för Plandent Forssberg att komma in med ett anbud som gjort att Plandent Forssberg kunnat antas som huvudleverantör för upphandlingen.

Folktandvården bestrider bifall till Plandent Forssbergs ansökan. Som grund anförs bl.a. följande. Folktandvården har beaktat de övergripande principerna i 1 kap. 9 LOU och upphandlingsregelverket i övrigt. Anbudsvärderingen har genomförts utifrån specialsortiment, övrigt sortiment och mindre utrustning enligt punkten 4.2.1. i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har angett priser för positionerna inom respektive sortiment samt en rabattsats för övrigt sortiment och mindre utrustning enligt förfrågningsunderlaget. Lägsta pris fastställdes genom att först summera artiklarna i specialsortimentet till ett anbudspris. Från anbudspriset avräknades sedan en rabatt. Rabatten fastställdes utifrån de rabattsatser som offererats för övrigt sortiment och mindre utrustning och som omräknats enligt den på förhand angivna rabattskalan. Det rabatterade anbudspriset låg sedan till grund för att fastställa vilken anbudsgivare som hade det lägsta priset. Anbudsvärderingen resulterade i att anbudet från DAB hade det lägsta utvärderingspriset.

DAB uppfyller samtliga skall-krav inklusive skall-kravet enligt punkten 2.4.2.2. i förfrågningsunderlaget, vilket framgår bl. a. av DAB:s svar i punkten 2.4.2.1., som är en bekräftelse på att bolaget fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatt enligt 10 kap. 2 § 5 LOU. Punkten 2.4.2.1. och den av Plandent Forssberg åberopade punkten 2.4.2.2. i upphandlingen avser samma förhållanden. Denna kontroll har gjorts på samma sätt med samtliga anbudsgivare och Folktandvårdens kontroll resulterade i att samtliga anbudsgivare uppfyllde skall-kravet. Punkten 2.4.2.2. är dock konstruerad så att Folktandvården ska kontrollera med Skatteverket huruvida detta skall-krav är uppfyllt. Något svar på punkten 2.4.2.2. har inte krävts i upphandlingen och inte heller Plandent Forssberg har besvarat denna fråga.

Vidare påstår Plandent Forssberg att DAB har offererat ett blekmedel för tänderna från en annan tillverkare som inte är likvärdig med den i förfråg-

ningsunderlaget angivna produkten Opalecence i sprutform med en koncentration på 15 procent. Folk tandvården delar inte bolagets uppfattning. I de centralt beslutade riktlinjerna från 2008 för blekningsbehandling inom Folk tandvården används produkter med ett karbamidperoxid innehåll från 10-20 procent. Detta spridningsmått har legat till grund för expertgruppens beslut att likställa de två aktuella produkterna med 15 respektive 16 procent karbamidoxid. Brukandet av fluor i samband med blekning förutsätter inte att produkten som sådan innehåller fluor. I motsats till vad Plandent Forssberg anför framgår det av informationen på hemsidan att fluor tillförs externt i samband med blekning: "Behandlingen upprepas dagligen under 6-14 dagar. Du ska dessutom stärka tänderna med fluor." Expertgruppen har inte funnit några vetenskapliga undersökningar som ger belägg för att 15 eller 16 procent ger olika resultat vid behandling. Inte heller att den lägre koncentrationen ger färre biverkningar. Att DAB:s produkt kommer från en annan tillverkare är inom ramen för vad som avses med tillämningen av begreppet "likvärdiga" enligt 6 kap. 4 § LOU.

DAB avser inte att anlita någon underleverantör för att som tredje man utföra delar av kontraktet enligt den definitionen av underleverantör som framgår av förfrågningsunderlaget. Den i upphandlingen tillämpade definitionen av underleverantör baseras på 6 kap. 11 § LOU där det framgår att en upphandlande myndighet får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås. I punkten 35 "Underleverantör" i ramavtalet formuleras detta på följande sätt. "För att genomföra avtalat åtagande äger leverantören rätt att som underleverantör använda:". Av samtliga anbud, inklusive Plandent Forssberg, framgick, att ingen av anbudsgivarna avsåg att anlita några underleverantörer i den mening som framgick av förfrågningsunderlaget. Folk tandvården lät dock för säkerhets skull, efter anbudstidens utgång, inhämta förtydliganden i detta avseende från samtliga anbudsgivare. Förtydligandet från DAB innebär endast en

bekräftelse på att någon underleverantör i upphandlingens mening inte kommer att anlitas såsom DAB angivit i anbudet. Med förtydligandet erhöll Folk tandvården information om DAB:s logistikkedja samt återförsäljarled. Lifco Dental AB är inte att se som en underleverantör i upphandlingens eller LOU:s mening då bolaget inte självständigt utför delar av upphandlat ramavtal gentemot Folk tandvården. DAB svarar i egenskap av avtalspart ensamt för fullgörandet av de förpliktelser som följer av ramavtalet. Transportören är på samma sätt som postförmedlare, elleverantör, lokalvård och hyresvärd inte att se som underleverantörer i civilrättslig mening. Samtliga anbudsgivare, inklusive Plandent Forssberg, inkom med förtydliganden med överskottsinformation motsvarande vad som erhöles från DAB enligt ovan. Resultatet av dessa förtydliganden var att någon egentlig underleverantör i upphandlingen inte var aktuell i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU för någon anbudsgivare. Förtydligandet har skett utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning och Plandent Forssberg har inte heller lidit någon skada. Plandent Forssberg gör även gällande att Folk tandvården till följd av dessa förtydliganden har brutit i förhållande till 9 kap. 8 § LOU genom att Folk tandvården beaktat DAB:s svar när anbudet utvärderades. Folk tandvårdens begäran om förtydligande har inte tillmätts någon betydelse i utvärderingen eller på något annat sätt påverkat upphandlingen. Utvärderingen har endast baserats på de priser och rabattsatser som offererats.

Folk tandvårdens förtydligande avseende miljökrav i punkten 4.5. i förfrågningsunderlaget genomfördes med samtliga anbudsgivare som offererat tillräckligt många artiklar för att komma ifråga som huvudleverantör i upphandlingen. Samtliga av dessa anbudsgivare bekräftade i sina anbud att kravet var uppfyllt för de offererade produkterna, inklusive Plandent Forssberg. Bolaget har därmed inte har lidit någon skada. Folk tandvårdens begäran om förtydligande har endast bekräftat anbudsgivarnas svar i anbudet, d.v.s. att miljökraven är uppfyllda. Anbudet har därmed inte tillförts

någon ny sakuppgift och Folkvandvårdens förtydligande har skett utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning. Det kan konstateras att inte något anbud förkastades på denna grund.

I punkten 2.2.2 i förfrågningsunderlaget har Folkvandvården krävt att anbud i sin helhet ska vara giltigt till och med den 31 maj 2012, vilket även uttryckligen bekräftats av anbudsgivarna i respektive anbud. I punkten 3.1. förfrågningsunderlaget begärde Folkvandvården dock en upplysning om prislistans giltighetstid. Då Folkvandvården insåg att kravet avseende prislistan inbjöd till avvikande tidsangivelser bad Folkvandvården aktuella anbudsgivare, däribland Plandent Forssberg, att förtydliga att prislistan i anbudet omfattade den för hela anbudet angivna giltighetstiden enligt ovan. Anbudsgivarna, inklusive Plandent Forssberg och DAB, bekräftade därvid att prislistans giltighetstid var en felskrivning i förhållande till anbudets giltighetstid samt bekräftade att respektive prislista var giltig till och med den 31 maj 2012. Folkvandvården har därmed med stöd av 9 kap. 8 § LOU tillåtit Plandent Forssberg, DAB och andra anbudsgivare att rätta en uppenbar felskrivning i anbudet. Någon ny sakuppgift har därmed inte tillförts något anbud i detta avseende. Folkvandvårdens begäran om förtydligande har skett utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning.

Anledningen till Folkvandvårdens korrigerings den 8 september 2011 var att de uppmärksammats på att branschen inte vanligtvis arbetar med en fastställd ordinarie prislista, utan att prislistorna är föremål för ständig förändring till följd av produktutbudets fluktuationer. Det påpekades att det i branschen förekommer många olika prislistor och i många fall för kunders räkning särskilt framtagna prislistor. Med anledning härav korrigerade Folkvandvården kravet på att priserna som skulle lämnas i upphandlingen måste vara identiska med en ordinarie prislista. Följden av denna korrigerings är således att anbudsgivarna har tillåtits att lämna anpassade priser utifrån Folkvandvårdens behov och det enda som anbudsgivarna möjligen

skulle vilja justera med anledning korrigeringen är rabattsatsen för övrigt sortiment. Eftersom priserna för övrigt sortiment inte har ingått i upphandlingens utvärdering har Folkvandvårdens korrigerade svar inte påverkat prisutvärderingen eller upphandlingen i övrigt. Plandent Forssberg hade vid tidpunkten för anbudets lämnande samma förutsättningar som de andra anbudsgivarna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Att Plandent Forssberg nu i efterhand, med vetskap om övriga anbudsgivares priser, argumentera för att Plandent Forssberg hade kunnat lämna priser på annat sätt innebär inte i sig att bolaget lidit skada. Resultatet av prisutvärderingen som innebar att Plandent Forssberg kom tvåa, ska inte sammanblandas med skaderekvisitet, utan är en följd av tillämpad prisutvärderingsmodell. Folkvandvårdens korrigering har skett på samma sätt för samtliga anbudsgivare och innebär i praktiken ett säkerställande av likabehandlings- eller transparensprincipen.

Vidare påstår Plandent Forssberg felaktigt att det skulle stå i strid med LOU att utvärdera en viss del av upphandlingens omfattning (värde). Då det varken i LOU eller i direktivet 2004/18/EG finns en definition av lägsta pris får bedömningen av om det sätt på vilket Folkvandvården angett att lägsta pris ska beräknas är förenligt med LOU göras utifrån de övergripande principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Ovanstående kommer till uttryck i Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1030-11 och mål nr 1084-11. Folkvandvården har på ett tydligt sätt angivit vilka priser som skulle utvärderas samt hur utvärderingen skulle gå till. Folkvandvårdens förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell för att fastställa lägsta pris är därmed i enlighet med 1 kap. 9 § LOU.

Vad avser användning av likvärdiga produkter enligt punkten 2.5. i förfrågningsunderlaget anser Folkvandvården följande. Avgörande är om det är möjligt att beskriva produkterna och om en sådan beskrivning hade inneburit att det blivit mer tydligt och begripligt för anbudsgivarna vad som

efterfrågades. I upphandlingen skulle en långtgående precisering av krav på funktion och egenskaper, antingen direkt i kravspecifikationen eller genom hänvisning t.ex. till bifogade produktblad, inte gjort produkterna tydligare. En sådan precisering hade i stället riskerat begränsa utrymmet att offerera likvärdiga produkter. Det hade inte varit möjligt att i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Folkvandvården har därmed haft rätt att hänvisa till visst varumärke med tillägget "eller likvärdigt" på sätt som skett. Se Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1903-11 m.fl. Plandent Forssberg för ett märkligt resonemang och synes göra gällande att Folkvandvårdens tillämpning av formuleringen "eller likvärdigt" står i strid med LOU. Detta är inte korrekt. Folkvandvården har inte tagit hänsyn till de olika produkternas tillverkare eller produktnamn i utvärderingen. Utvärderingen har, som tidigare redogjorts för, uteslutandebaserats på priser och rabattsatser. Varken Plandent Forssberg eller någon annan anbudsgivare har heller blivit förkastad på grund av att någon produkt inte har ansetts likvärdig. I upphandlingen har inte någon anbudsgivare gynnats eller missgynnats till följd av Folkvandvårdens hänvisning till varumärken och likvärdiga produkter. I syfte att inte gynna eller missgynna någon anbudsgivare på en produktmarknad som i större eller mindre utsträckning består av varumärkesskyddade produkter har Folkvandvården med 6 kap. 4 § andra stycket LOU öppnat upp för konkurrens på lika villkor. Plandent Forssbergs påstående att det hade kunnat lämnas, ett mer konkurrenskraftigt anbud om inte Folkvandvården hänvisat till vissa varumärken är rent spekulativ och i avsaknad av någon egentlig grund.

Plandent Forssberg gör även gällande att utvärderingsmodellen skulle missgynna anbudsgivare som har få produkter i sitt sortiment. Mot bakgrund av att Plandent Forssberg själva har offererat ett tillräckligt stort antal artiklar för att kunna komma ifråga som huvudleverantör i upphandlingen är invändningen mindre relevant. I sammanhanget ska noteras att tre

anbudsgivare offererade ett tillräckligt stort antal artiklar för att kunna komma ifråga som huvudleverantör i upphandlingen. Vidare har i upphandlingen ingen invändning gjorts från någon anbudsgivare med få produkter.

Avslutningsvis ska nämnas att vad kring information i upphandlingsprotokollet om att Folkvandvården övergått till ett förhandlat förfarande beror på ett uppenbart skrivfel. Felskrivningen härrör från den upphandling som föregick denna. Något förhandlat förfarande har således inte tillämpats i nu aktuell upphandling.

Bolaget kan inte anses lida skada till följd av sina påståenden och grund för ingripande med stöd av LOU saknas.

UTREDNING I MÅLET

Enligt förfrågningsunderlaget och DAB:s anbud framgår bl.a. följande.

1.1.8. Besvara uppgifter

Observera att alla uppgifter där svar krävs måste besvaras i anbudet, för att ge ett tillförlitligt underlag för sammanställningsrapporterna. Frågor som inte berör anbudsgivarens enskilda produktsortiment kan besvaras med "Nej" eller "Ej relevant" där möjlighet till fritextsvar finns.

2.2.2. Anbudens giltighetstid

Anbudet skall vara giltigt till och med den: 2012-05-31.

*Accepteras att anbudet är giltigt enligt ovanstående krav?
(Ja/Nej svar)*

Svar: Ja

2.4.2.1. Uteslutning av anbudsgivaren

Detta innebär bl.a. att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om han

5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker,

Intygas härmed att ovanstående omständigheter inte föreligger? Folkandvården kan komma att kontrollera att bekräftelsen är korrekt. (Ja /Nej svar)

Svar: Ja

2.4.2.2. Skatter och avgiftsskyldighet

Leverantören ska fullgöra sina skyldigheter avseende skatt eller socialförsäkringsavgifter...

Beställaren kontrollerar uppgifter motsvarande blankett 4820 med Skatteverket, varför svenska anbudsgivare ej behöver bifoga någon blankett/intyg.

Uppfylls kravet avseende skatter och avgiftsskyldighet? (Ja/Nej svar)

2.4.3.1 Underleverantörer

Leverantör har möjligheten att anlita underleverantör för utförande av delar av uppdragen. Om så är fallet skall anbudsgivaren i sitt anbud redovisa hur stor del och vilka delar av kontraktet som avses läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås (namn och organisationsnummer ska anges).

Accepteras/uppfylles kravet? (Ja/Nej svar)

Svar: Ja

Om så är fallet redovisar här anbudsgivaren hur stor del OCH vilka delar av kontraktet som avses läggas ut på tredje man OCH vilka underleverantörer som föreslås (namn och organisationsnummer ska anges. (Fritext-svar)

DAB anlitar ej underleverantör på några delar av kontraktet.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 9 kap. 8 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om den upphandlande myndigheten följt de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Som huvudregel har den sökande part, som gör gällande att en upphandling inte har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU, bevisbördan för att så inte är fallet.

Aktuell upphandling har skett genom ett öppet förfarande enligt LOU. Folkvandvården har förklarat att informationen i upphandlingsprotokollet om att Folkvandvården övergått till ett förhandlat förfarande beror på ett skrivfel. Då det inte visats att skrivfelet orsakat Plandent Forsberg någon skada finns ingen anledning för ingripande enligt LOU på denna grund.

Obligatoriska krav

Skatter och avgifter

Enligt punkten 1.1.8. ska alla punkter där svar krävs besvaras i anbudet. Plandent Forssberg har anfört att DAB inte besvarat den obligatoriska frågan i punkten 2.4.2.2. om krav avseende skatter och avgifter är uppfyllt.

Av det obligatoriska kravet i punkten 2.4.2.2. framgår att beställaren kontrollerar uppgifter motsvarande blankett 4820 med Skatteverket, varför svenska anbudsgivare ej behöver bifoga någon blankett/intyg. Vidare har DAB redan under punkten 2.4.2.1. intygat att bolaget fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatt. Förvaltningsrätten finner därför att anledning för ingripande enligt LOU inte föreligger inte på denna grund.

Likvärdig produkt

Plandent Forssberg har anfört att DAB offererat en produkt, Prooption, som inte är likvärdig med den produkt, Opalecence, som Folk tandvården efterfrågat i kategori ett i förfrågningsunderlaget. Opalecence och Prooption har en koncentration om 15 procent respektive 16 procent. Vidare innehåller produkten från Opalecence fluor vilket inte produkten från Prooption gör. Inte heller om de riktlinjer som Folk tandvården hänvisar till används vid tolkningen av likvärdighetskriteriet kan produkterna anses likvärdiga enligt Plandent Forssberg. Folk tandvården har anfört att expertgruppen inte funnit några vetenskapliga undersökningar som ger belägg för att 15 eller 16 procent ger olika resultat vid blekning. Vidare anför Folk tandvården att brukandet av fluor i samband med blekning inte förutsätter att blekningsprodukten innehåller fluor.

Förvaltningsrätten finner att Plandent Forssberg inte visat att produkterna i fråga inte är likvärdiga. Någon anledning för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därför inte.

Miljökrav

Plandent Forssberg har anfört att DAB inte uppfyllt kravet i punkten 4.5. avseende artikelspecifikationen för bl.a. plastbaserade leksaker. Den 26 oktober 2011 har Folkvandvården efterfrågat materialdeklarationen i en begäran om komplettering. Kompletteringen faller inte inom 9 kap. 8 § LOU. Folkvandvården har anfört att begäran om förtydliganden endast bekräftat anbudsgivares svar i anbudet att miljökraven är uppfyllda.

Enligt förvaltningsrätten har DAB redan i sitt anbud bekräftat att kraven i punkten 4.5. är uppfyllda. Bolaget får genom sin bekräftelse anses ha uppfyllt aktuellt krav. Någon otillåten komplettering har därmed inte skett. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därför inte.

Anbuds giltighetstid

Plandent Forssberg har anfört att DAB har angett att prislistan för övrigt sortiment gäller fram till den 31 december 2011 och att hela DAB:s anbud därmed inte varit giltigt till och med den 31 maj 2012. Vidare har DAB fått möjlighet att ändra rabattprislistans giltighet till den 31 maj 2012, en ändring som inte faller inom bestämmelsen i 9 kap 8 § LOU och därför inte ska beaktas vid utvärderingen av DAB:s anbud.

Förvaltningsrätten anser att DAB enligt punkten 2.2.2. accepterat att hela anbudet ska vara giltigt till och med den 31 maj 2012 och därmed uppfyllt kravet på anbudets giltighetstid. Kompletteringen avseende prislistan för övrigt sortiment är därmed en korrigerande av ett uppenbart skrivfel. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därför inte.

Prislista för övrigt sortiment

Den 8 september 2011 lämnade Folkvandvården beskedet att prislistan på övrigt sortiment inte behövde vara anbudsgivarens fastställda ordinarie prislista. Förändringen av förfrågningsunderlaget är enligt Plandent Forssberg väsentlig och strider mot krav om öppenhet och likabehandling. Vidare hade anbudsgivare enbart fram till den 15 september 2011 att ta fram en ny prisstrategi. Potentiella anbudsgivare kan ha valt att inte lämna in ett anbud med anledning av den ursprungliga utformningen av skall-kravet. Prissättningen av övrigt sortiment missgynnar anbudsgivare som har få produkter i sitt sortiment som kommer att få sälja färre produkter ur övrigt sortiment.

Lägsta pris har fastställts genom att först summera artiklarna i specialsortimentet till ett anbudspris. Från anbudspriset har sedan en rabatt avräknats som fastställts utifrån de rabattsatser som offererats för övrigt sortiment och mindre utrustning och som omräknats enligt en på förhand angiven rabattskala. Förvaltningsrätten konstaterar att Folkvandvårdens korrigerade svar avseende prislistorna gjordes innan anbudstidens utgång. Vidare har samtliga anbudsgivare kunnat ta del av samma information och informationen har varit tydlig. Förvaltningsrätten anser att korrigeringen inte påverkat möjligheten för varken deltagande anbudsgivare eller potentiella anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt anbud då priserna för övrigt sortiment inte har ingått i upphandlingens utvärdering och fastställda rabattsatser är oförändrade. Grund för ingripande enligt LOU föreligger inte heller i denna del.

Missgynnande av vissa anbudsgivare

Plandent Forssberg har anfört att förfrågningsunderlaget strider mot EU-rättsliga principer och att prissättningen missgynnar anbudsgivare som har få produkter i sitt sortiment.

Förvaltningsrätten finner att en upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte stider mot LOU eller EU-rättsliga principer. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget i fråga är tillräckligt klart och tydligt. Vidare har, enligt vad som framkommit, samtliga anbudsgivare behandlats lika. Vad Plandent Forssberg anfört i denna del ger inte heller grund för ingripande enligt LOU.

Underleverantör

DAB har i anbudet bekräftat att bolaget inte anlitar någon underleverantör. Enligt Plandent Forssberg har DAB, efter anbudstidens utgång, svarat att DAB kommer att anlita Lifco Dental AB för inköp, data och logistik samt att DAB köper in varor från Lifco Dental AB. Lifco Dental AB är härmed att betrakta som en underleverantör enligt Plandent Forssberg. Folk tandvården har anfört att Lifco Dental AB inte är att se som en underleverantör i upphandlingen och LOU:s mening då Lifco Dental AB inte självständigt utför delar av upphandlat ramavtal gentemot Folk tandvården.

Förvaltningsrätten konstaterar att rätten för bolag att använda sig av underleverantörer enligt 6 kap. 11 § LOU inte innebär att underleverantören i denna egenskap blir parter till den upphandlande myndigheten. Förvaltningsrätten har emellertid att utgå från förfrågningsunderlaget vid prövning av om DAB uppfyllt obligatoriska krav. Läst i sitt sammanhang och med beaktande av att Folk tandvården inledningsvis i punkten 2.4.3.1. anfört att en leverantör har möjlighet att anlita underleverantör för utförande av delar av uppdragen, anser förvaltningsrätten att anbudsgivare ska redovisa underleverantörer som åtar sig att utföra delar av kontraktet enligt punkten 2.4.3.1. DAB har således uppfyllt det obligatoriska kravet redan i anbudsansökan enligt punkten 2.4.3.1., och därefter kommit in med ett förtydli-

gande som bekräftar samma sak. Någon anledning för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Utvärdering

Enligt förfrågningsunderlaget har Folkvandvården valt att använda sig av utvärderingsmetoden lägsta pris. Enligt Plandent Forssberg är utvärderingsmodellen bristfälligt utformad och uppfyller inte kraven på öppenhet, förutsägbarhet och likabehandling. Utvärderingsmodellen säkerställer inte, enligt Plandent Forssberg, att det anbud som ger de lägsta totalpriserna vinner upphandlingen då det är fullt möjligt och sannolikt att den anbudsgivare som blivit utsedd till huvudleverantör har sänkt sina priser för specialsortimentet och kompenserat dessa prissänkningar genom prishöjningar på övrigt sortiment. Vidare anser Plandent Forssberg att den utvärderingsmodell som Folkvandvården använt sig av innebär att priser på ca 60 procent av upphandlingens värde inte utvärderas. Enligt Plandent Forssberg har Folkvandvården använt sig av centrala riktlinjer vid granskningen av anbudet, som inte utgjort del av förfrågningsunderlaget.

Enligt förvaltningsrätten innebär utvärderingsmetoden lägsta pris att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som har lägst anbudspris och som motsvarar kraven på föremålet för upphandlingen såsom dessa framgår av annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Det finns inget hinder mot att utvärdera en viss del av upphandlingens omfattning. Förfrågningsunderlaget är utformat så att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och vad den efterfrågar. Folkvandvården har på ett tydligt sätt angett vilka priser som skulle utvärderas samt hur utvärderingen skulle gå till. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

Förfrågningsunderlagets utformning

Likvärdiga produkter

Plandent Forssberg har anfört följande. Folktandvården hänvisar i stor utsträckning i artikelspecifikationen till produktnamn eller "likvärdig produkt". Folktandvården har genom angivande av produktnamn markerat vilken produkt man föredrar och en anbudsgivare som vill offerera en alternativ produkt vet att denna produkt inte är Folktandvårdens förstahandsval. Inom dentalt förbrukningsmaterial är det fullt möjligt att specificera vilka egenskaper en produkt ska ha utan att ange visst varumärke. Undantaget i 6 kap 4 § LOU är härmed inte tillämpligt på Folktandvårdens upphandling.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till varumärke om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Förvaltningsrätten anser att Folktandvården genom att i upphandlingens artikelspecifikation hänvisa till produktnamn har gjort en hänvisning till varumärke.

Plandent Forssberg har anfört att om inte kravet på specifika produktnamn hade uppställts i den aktuella upphandlingen hade Plandent Forssberg kunnat lämna ett betydligt mer konkurrenskraftigt anbud. Vidare har bolaget anfört att det funnits en risk för en anbudsgivare att inte komma ifråga som huvudleverantör, om leverantören offererat en alternativ produkt som Folktandvården inte bedömer som likvärdig. Förvaltningsrätten konstaterar att Folktandvården vid produktnamn även skrivit orden "eller likvärdigt". Anbudsgivare har därför haft en möjlighet att använda likvärdiga produkter i sitt anbud. Förvaltningsrätten anser inte det visat att det hade blivit tydligare för leverantörer att förstå vad Folktandvården efterfrågat om produktens egenskaper istället beskrivits. Inte heller hade risken att uteslutas varit mindre för anbudsgivare som velat offerera produkter med likvärdiga

egenskaper. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att något företag har gynnats eller missgynnats genom Folkvandvårdens förfarande. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte i denna del.

Konkurrens

Plandent Forssberg anför att upphandlingen inte utnyttjar konkurrensen och tillvarata det offentliga medel på bästa möjliga sätt. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte, genom vad bolaget har anfört i målet, visat att förfrågningsunderlaget inte tillvaratar konkurrensen. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att vad bolaget har anfört inte innebär att det finns grund för ingripande med stöd av LOU eller någon annan EU-rättslig princip. Plandent Forssbergs ansökan ska således avslås.

Förvaltningsrätten har i dom denna dag beslutat att avslå Nordenta AB:s ansökan om överprövning (mål nr 68-12).

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

Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit Anna Mörtberg



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. 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 uppgive 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 3109/1A LOU