



KLAGANDE
DAB Dental AB, 556005-0048

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

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget i Uppsala län
3. Landstinget Sörmland
4. Landstinget Västmanland
5. Örebro läns landsting

Adress: Varuförsörjningsnämnden
Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

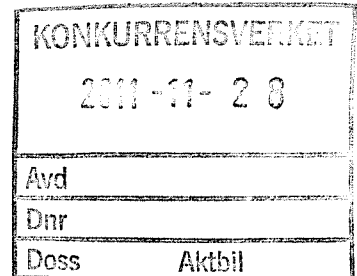
Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 27 oktober 2011 i mål nr 2810-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten avslår överklagandet. Kammarrättens interimistiska beslut den 7 november 2011 upphör därmed att gälla.



YRKANDEN M.M.

DAB Dental AB (bolaget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska förordna att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna 4, 5, 10, 13, 27, 28, 41, 47, 50, 102, 115 och 127. Bolaget anför bl.a. följande. Det görs inte gällande att det saknas information om modellen i förfrågningsunderlaget utan att modellen leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte väljs. Det finns en diskrepans mellan modellen och vilka priser som sedan kommer att gälla eftersom de priser som offererats i vissa fall inte getts genomslag i utvärderingen. En sak är att en modell beskrivs i förfrågningsunderlaget och att denna information är sådan att anbudsgivarna kan tolka informationen lika och att modellen med ingående kriterier kan sägas vara proportionell. Detta är emellertid inte det samma som den grundläggande förutsättningen i en upphandling, nämligen att modellen ska ta hänsyn till och avspegla verkliga förhållanden, d.v.s. att de priser som i realiteten ska tillämpas under själva avtalstiden ska bli föremål för utvärdering och påverka utgången av upphandlingen. Om det, som i detta fall, finns diskrepans i detta avseende genom att verkliga priser inte utvärderas och poängsätts, så är modellen inte ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Rättsfallet RÅ 2009 ref. 60 kan inte utsträckas till att omfatta även upphandlingar där tilldelningskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom att välja lottning utan att först göra valet utifrån de möjliga alternativ som finns med tillämpning av de i tilldelningskriteriet ingående delkriterierna så uppfyller de upphandlande myndigheterna inte lagens krav om att i verklig mening välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Lottning kan tjäna som en sista utväg men inte vara ett alternativ dessförinnan då tilldelning kan ske baserat på av den upphandlande myndigheten övervägda och valda kriterier kopplade till upphandlingsföremålet.

Vid bedömningen av utvärderingsmodellens förenlighet med LOU ska det särskilt beaktas att ett mycket stort antal av i upphandlingen ingående produktgrupper blivit föremål för lottning. Detta visar i sig på att modellen inte är ägnad att i verklig mening välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kammarrätten har i beslut den 7 november 2011 förordnat att landstingen inte får ingå avtal avseende aktuella produktgrupper innan något annat har beslutats.

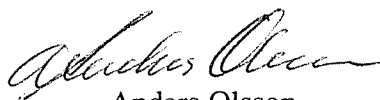
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

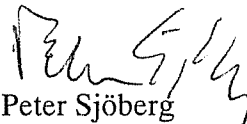
Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas.

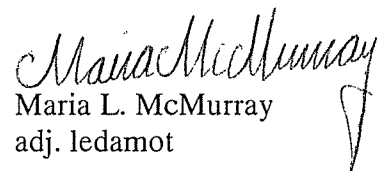
HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt, se bilaga B (formulär 9).



Anders Olsson
kammarrättsråd
ordförande



Peter Sjöberg
f.d. kammarrättsråd
adj. ledamot
referent



Maria L. McMurray
adj. ledamot



David Brandell
föredragande



SÖKANDE

DAB Dental AB, 556005-0048

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

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget i Uppsala, 232100-0024
3. Landstinget i Västmanland
4. Landstinget Sörmland
5. Örebro läns landsting

Genom: Varuförsörjningsnämnden
Landstinget i Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala

6. Plandent Forssberg Dental AB, 556347-1076
Box 90193
120 22 Stockholm

7. GAMA Dental Aktiebolag, 556039-5161
Box 42031
126 12 Stockholm

KLANDRAD UPPHANDLING

Landstingens i Dalarna, Uppsala, Västmanland, Sörmland och Örebro län
upphandling av tandvårdsmaterial, förbrukning, ref.nr VF2010-0028

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten prövar inte ansökan gällande produktgrupperna 7, 9, 29, 31 och 33.
2. Förvaltningsrätten bifaller ansökan gällande produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114 och 134 och förordnar att upphandlingen av dessa produktgrupper ska göras om.
3. Förvaltningsrätten avslår ansökan gällande produktgrupperna 4, 5, 10, 13, 27, 28, 41, 47, 50, 102, 115 och 127.

BAKGRUND

Landstinget Dalarna, Landstinget i Uppsala, Landstinget Västmanland, Landstinget Sörmland och Örebro läns landsting genomför genom varuför-sörjningsnämnden (landstingen), en upphandling (öppet förfarande) avse-ende tandvårdsmaterial, förbrukning, ref.nr. VF2010-0028. Upphandlingen är fördelad på 139 produktgrupper vilka utvärderats var för sig. Utvärde-ringskriteriet i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. DAB Dental AB (bolaget) har lämnat anbud för 112 produktgrupper och tilldelades kontrakt i 44 av dessa (varav 10 genom lottning). För produkt-grupperna 7, 9, 29, 31 och 33 har landstingen återkallat tilldelningsbeslutet och uppgivit att i upphandlingen för dessa produktgrupper kommer utvär-deringen att göras om.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning och, som talan slutligen bestämts, är bolagets huvudyrkande att upphandlingen skall göras om. Yrkandet omfat-tar

- a) de produktgrupper där bolaget lämnat anbud men inte tilldelats kontrakt och rättelse inte kan ske. För övriga produktgrupper där bolaget inte lämnat anbud och inte tilldelats kontrakt överlämnas till förvaltningsrätten att avgöra om dessa delar ska göras om.
- b) Om förvaltningsrätten inte finner att upphandlingen ska göras om för samtliga produktgrupper där bolaget lämnat anbud men inte fått kontrakt och rättelse inte kan ske, ska upphandlingen i vart fall gö-ras om för de produktgrupper där lottning skett och bolaget inte an-tagits (produktgrupperna 4, 5, 10, 13, 27, 28, 41, 47, 50, 102, 114, 115, 127 och 134). Förutom det generella huvudyrkandet har bola-get alternativa yrkanden och vissa yrkanden i andra hand. Dessa är för produktgrupp 7 ny utvärdering, för produktgrupp 15 att upp-handlingen görs om, för produktgrupp 29 ny utvärdering, för pro-

duktgrupp 33 ny utvärdering, för produktgrupp 60 att upphandlingen görs om, för produktgrupp 88 att upphandlingen görs om, för produktgrupp 90 att upphandlingen görs om, för produktgrupp 114 att upphandlingen görs om och för produktgrupp 134 att upphandlingen görs om.

Vidare har bolaget preciserat sitt yrkande enligt följande.

- a) bolaget vidhåller sitt generella huvudyrkande
- b) bolaget vidhåller sitt preciserade huvudyrkande om rättelse avseende produktgrupp 134
- c) för det fall förvaltningsrätten inte bifaller bolagets huvudyrkanden yrkar bolaget att förvaltningsrätten meddelar dom i enlighet med bolagets yrkande och landstingens medgivanden avseende produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114 och 134.

Om förvaltningsrätten inte bifaller bolagets huvudyrkande utgår bolaget från att landstingen genomför ny utvärdering avseende produktgrupperna 7, 9, 29 och 33. Bolaget utgår vidare från att landstingen inte genomför sin nya utvärdering av produktgrupp 33 förrän efter dom i detta mål då bolaget har ett huvudyrkande avseende bl.a. denna produktgrupp som fortfarande är aktuellt, dvs. vid bifall till bolagets huvudyrkande ska upphandlingen för produktgrupp 33 göras om.

Landstingen medger bifall avseende produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114 och 134 och uppger att landstingen kommer att göra om upphandlingen för dessa produktgrupper. Landstingen bestrider bifall till bolagets övriga yrkanden och yrkar även att förvaltningsrätten avslår överprövningen avseende vad bolaget anfört om utvärderingsmodellen. Vidare yrkar landstingen att bolagets talan avseende produktgrupperna 7, 9, 29, 31 och 33 ska avslås då landstingen innan ansökan om överprövning har återkallat tilldelningsbeslutet för dessa produktgrupper för att genomföra en ny utvärdering.

Gama Dental AB anser att om de lottade positioner som **DAB Dental AB** inte erhållit ska göras om, så bör samtliga lottade positioner göras om.

Plandent Forssbergs Dental AB har givits tillfälle att yttra sig men har meddelat att yttrande inte kommer att lämnas.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan. Grunden för ansökan är att vald och tillämpad utvärderingsmodell strider mot grundläggande upphandlingsrättsliga principer då det inte är möjligt att välja ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt att landstingen i utvärderingen brutit mot LOU genom att ändra förutsättningarna i förhållande till förfrågningsunderlaget.

Utvärderingskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Utvärderingskriterierna är ”sortimentsbredd” och ”pris”, viktade till 40 % respektive 60 %. Varje produktgrupp bedöms för sig och maximal poäng är 100. För priskriteriet tilldelas poäng utifrån en linjär skala för respektive produktgrupp. Landstingen har för varje grupp bestämt ett lägsta och ett högsta pris. Om högsta pris offereras tilldelas 0 poäng och om lägsta pris offereras tilldelas 100 poäng. Pris däremellan tilldelas poäng i relation till var på skalan priset ligger. För vissa av produktgrupperna har det skett manuell utvärdering. Poängen (viktad) för sortimentsbredd och pris adderas till totalpoäng. Anbudsgivare inom respektive produktgrupp som erhållit högst totalpoäng väljs till leverantör. Om två eller flera erhåller lika totalpoäng ska valet avgöras genom lottning. Totalt 28 produktgrupper har avgjorts genom lottning. Den valda och tillämpade utvärderingsmodellen strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna då det inte är möjligt för landstingen att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare har landstingen i utvärderingen i flera avseenden brutit mot LOU genom att

ändra förutsättningarna i förhållande till vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

Utvärderingsmodellen

Kontrakt tilldelas genom lottning när anbudsgivarna erhåller lika totalpoäng. 28 av 138 produktgrupper har avgjorts genom lottning vilket visar att utvärderingsmodellen är felaktig och inte ägnad att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Värdet av lottade produktgrupper uppgår till 34 % av totalbeloppet. Vid upphandling enligt kriteriet *lägsta pris* har Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen, HFD) i mål 3411-3412-09 uttalat att när det finns två lika anbud är lottning ett tillåtet sätt att avgöra upphandlingen. Skillnaderna till nu aktuell upphandling är påtaglig, då denna avgörs utifrån kriteriet *ekonomiskt mest fördelaktiga*, dvs. fler omständigheter än pris. I fråga om priset poängsätts inte heller verkligt pris utan landstingen har bestämt att under ett visst värde ska priskonkurrens inte existera och inte premieras. Vid utvärdering enligt kriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga är lottning inte tillåten som första metod att skilja anbuden åt vid lika totalpoäng. Först om anbuden utifrån en bedömning enligt varje enskilt kriterium inte går att skilja åt är det möjligt att göra lottning. Vid lägsta pris är det bara ett kriterium och om offererade priser är verkligt lika finns grund att tillämpa lottning. Landstingen har valt ekonomiskt mest fördelaktiga och inom ramen för detta valt ett schabloniserat sätt för utvärderingen. Landstingen har i förväg fastställt inom vilka prisramar poäng ska tilldelas. I flera fall har lägsta offererade pris understigit priset som utgör gränsen för tilldelning av maximal poäng i priskriteriet. Vid lottning innebär detta att anbud med högre priser kan väljas. Bolaget har lägre pris än den genom lottning valda leverantören i positionerna 13, 47 och 114. Detta visar att lottning inte kan användas som första mekanism för tilldelning vid lika totalpoäng. Vid lika totalpoäng finns möjlighet för landstingen att utifrån valda kriterier välja en leverantör. Av förfrågningsunderlaget skulle framgå att vid lika totalpoäng kommer ett av de två angivna kriteri-

erna vara avgörande och går det inte att skilja anbuden åt ska det andra kriteriet vara utslagsgivande. Först om anbud utifrån en enskild bedömning enligt varje kriterium är lika är lottning tillåtet. Annars har inte anbuden till fullo bedömts enligt valda kriterier. I HFD:s mål var bedömningsmöjligheten enligt valt kriterium uttömd. Att flera anbudsgivare offererat pris under de priser som ger maximal poäng visar att lottning inte skulle behöva tillämpas utan anbudsgivarna skulle kunna särskiljas utifrån en bedömning enligt kriterierna var för sig. Utvärderingsmodeller ska ha samband med verkliga förhållanden så att det som offereras får verkligt genomslag, vilket inte skett här. Därigenom är utvärderingsmodellen i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, då den inte ger möjlighet att välja det i verklig mening ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om landstingen angivit att vid lika totalpoäng skulle först utgå från verkligt angivna priser hade anbudsgivarna kunna lämna anbud utifrån detta. Eftersom upphandlingsmodellen inte är korrekt utformad har bolaget lidit skada för de produktgrupper där dess anbud inte antagits. Vid en korrekt utvärderingsmodell hade anbudet utformats annorlunda och verkliga priser skulle då fått direkt genomslag. Följden är att för de produktgrupper där bolagets anbud inte antagits skall upphandlingen göras om såvida rättelse inte kan ske genom ny utvärdering i enlighet med vad bolaget angivit. Under alla förhållanden ska upphandlingen göras om för de produktgrupper där lottning skett och bolaget inte antagits. Rättelse kan inte ske eftersom lottning inte kan användas som första urvalsmekanism vid lika totalpoäng när kriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud används (produktgrupperna 04, 05, 10, 13, 27, 28, 29, 41, 47, 50, 102, 114, 115, 127 och 134).

Felaktigheter i utvärderingen

Produktgrupp 7 – avtrycksmaterial, termoplastiskt

Tre bolag offererade och Gama Dental AB (Gama) valdes som leverantör. En förutsättning för att bli vald är att obligatoriskt krav om att produkten är en temoplastisk avtrycks polymer uppfylls, vilket uttrycks i förfrågnings-

underlaget som att det innebär att produkten ska ha en polymerbas. Ingen av de andra anbudsgivarna uppfyller detta då deras produkt är kompositbaserad och de borde ha uteslutits från denna produktgrupp. Bolaget har lidit skada då det uppfyller obligatoriskt krav och rätteligen skulle ha valts till leverantör. I denna del ska rättelse ske genom en ny utvärdering varvid anbuden från Gama och Plandent inte ska delta.

Produktgrupp 15 – avtrycksmaterial, blandningsspetsar övriga

I förfrågningsunderlaget uppges en förbrukning om 275 000 enheter för position 4 i produktgruppen vilket anbudsgivare utgått från i prissättning. I anslutning till anbudsingivande meddelade landstingen att volymen var 27 500 (vilket legat till grund för utvärderingen). Bolaget fick informationen efter att ha avsänt sitt anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår att förtydliganden sker senast sex dagar före anbudstidens utgång. Förtydligandet skedde endast tre dagar innan. Det är att jämföra med ändrade förutsättningar efter att anbuden kommit in. Anbuden kunde ha haft helt annat innehåll om anbudsgivarna haft kännedom om den korrekta volymen. Förutsättningarna har också ändrats genom att frånga utvärderingsmodellen som anges i förfrågningsunderlaget då utvärderingen gjorts manuellt vilket strider mot 1.2.4.12 i förfrågningsunderlaget. Det är ett brott mot LOU då förutsättningarna ändrats. Det korrekta hade varit att avbryta upphandlingen i denna produktgrupp. Bolaget har lidit skada eftersom det lämnat anbud med annat innehåll om det haft kännedom om korrekt volym. I denna produktgrupp ska upphandlingen göras om.

Produktgrupp 29 – tandfyllningsmaterial, temporärt

Fyra anbud inkom och avgjordes genom lottning och Gama erhöll kontraktet. För position 1 har Gama offererat en kirurgisk packning, dvs. ett icke temporärt fyllnadsmaterial vilket anges i förfrågningsunderlaget. Gama skulle ha fått poängdrag för brist i sortimentet vilket inte skett. Landstingen har också räknat på fel enhet vid framräkning av pris för position 3. Pris

ska beräknas utifrån förpackning men landstingen har räknat styckevis. Vid korrekt hantering, poängavdrag för Gama och korrekt prisberäkning hade bolaget fått 97 poäng och övriga lägre varvid bolaget skulle tilldelats kontraktet. Bolaget har lidit skada och landstingen ska i denna del åläggas att genomföra en ny utvärdering.

Produktgrupp 33 – tandfyllnadsmaterial, komposit kem/ljushärd

Kontrakt har tilldelats Plandent AB som erhållit maximala 100 viktade poäng. Bolaget har erhållit 65,16 poäng beroende på att landstingen felaktigt bortsett från och förkastat bolagets offererade huvudprodukt, Qualident (position 1) och istället utvärderat den alternativa produkten. Om huvudprodukten tagits med hade bolaget erhållit maximala 100 poäng. Förkastandet har skett pga. referensgruppens tveksamhet att använda ett för dem okänt material i skarpt läge. Landstingen åberopar också punkt 1.5.7.2 i förfrågningsunderlaget där det anges att om anbudsgivare offererar alternativ artikel förbehåller sig köparen rätten att avgöra vilket alternativ som är likvärdigt med det efterfrågade. Med detta måste avses de krav som ställs på produkten. Bolagets huvudprodukt uppfyller alla obligatoriska krav, såväl generella som artikelspecifika. I strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har landstingen använt sig av fri prövningsrätt vilket inte är tillåtet (NJA 1998 s. 873). Då bolagets huvudprodukt uppfyller kraven åligger det landstingen att utvärdera den. Landstingens motivering har inte stöd i förfrågningsunderlaget eller grundläggande upphandlingsrättsliga principer och de har varit förhindrade att förkasta produkten. Om förvaltningsrätten anser att det inte finns grund för att göra om upphandlingen (dvs. att lottning är tillåtet) ska utvärderingen göras om. Bolaget har lidit skada av landstingens hantering då det inte haft möjlighet att erhålla kontrakt.

Produktgrupp 60 – endontonimaterial, stift

I utvärderingen har position 6 tagits bort. Produktgruppen har 9 positioner vilka i utvärderingen reducerats till 8. Förutsättningarna har således ändrats efter att anbudens inkom. Detta strider mot transparens och likabehandlingsprincipen. Landstingen ska åläggas göra om upphandlingen i denna produktgrupp. Bolaget har lidit skada då det avgivit anbud under felaktiga förutsättningar. Med korrekta uppgifter hade bolaget avgivit annat anbud.

Produktgrupp 88 – röntgenmaterial, sensorskydd

I stället för att följa utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget 1.2.4.12 har landstingen bortsett från denna. Hur utvärderingen gått till och vilken poäng bolaget fått är okänt. Att avvika från utvärderingsmodellen strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen och bryter mot LOU. Upphandlingen av produktgruppen bör göras om och under alla förhållanden bli föremål för rättelse genom utvärdering i enlighet med förfrågningsunderlaget. Avvikelsen från förfrågningsunderlaget innebär i vart fall risk för skada för bolaget.

Produktgrupp 90 – engångsmaterial, bomullspellet

Tre företag lämnade anbud och Plandent valdes till leverantör. För position 2 har bolaget fått ett poängavdrag och övriga fått full poäng avseende sortiment. Detta är felaktigt. Ett obligatoriskt krav är att det skall vara bomull i bomullspelleten. De andra anbudsgivarnas produkter innehåller inte bomull och uppfyller inte det obligatoriska kravet. De andra anbudsgivarna borde ha fått motsvarande poängavdrag som bolaget som då i vart fall hamnat på samma poäng och, om lottning är tillåten, haft möjlighet att er-hålla kontrakt. Bolaget har lidit skada härav. Om förvaltningsrätten finner att lottning är tillåten ska landstingen genomföra en ny utvärdering och i annat fall att göra om upphandlingen i denna del.

Produktgrupp 114 – profylaxmaterial, eltandborste

I utvärderingen har ansetts att positionerna 5-6 är utgående modeller/ej motsvarar efterfrågad produkt. Volymerna kopplade till dessa positioner har lagts till volymen kopplad till position 4. Även för denna produktgrupp har förutsättningarna ändrats vid utvärderingen. Vid prissättning används inte bara den totala volymen utan även den inbördes ordningen mellan positionernas volymer. Det finns skäl att upphandlingen ska göras om i denna produktgrupp. Bolaget har lidit risk för skada pga. ändrade förutsättningar. Vid korrekta förutsättningar hade bolagets anbud kunnat ha annat innehåll.

Produktgrupp 134 – hygien och rengöringsmaterial för sugsystem

Produktgruppen har avgjorts genom lottning. Två företag lämnade anbud. Den ena positionen har tagits bort och denna hade endast offererats av bolaget. Varför den tagits bort är okänt. Även i denna del har villkoren i förfrågningsunderlaget frångåtts och landstingen ska förordnas att beakta båda positionerna innebärande högre poäng för bolaget och därmed erhålla kontraktet. I andra hand ska landstingen åläggas göra om upphandlingen i denna del. Bolaget har lidit skada av att landstingen tagit bort en position.

Landstingen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Som landstingen förstår bolagets talan omfattar den de 29 produktgrupper där anbud särskiljts genom lottning, med undantag för de produktgrupper där bolaget tilldelats kontrakt. Av lottade produktgrupper har bolaget meddelats kontrakt i 10, varför ansökan omfattar 19 produktgrupper. Av dessa har bolaget inte lämnat anbud i 2 st., produktgrupp 120 och 121 varför ansökan omfattar 17 produktgrupper. I en av dessa har tilldelningsbeslutet återkallats. Bolagets ansökan omfattar därmed 16 produktgrupper.

Förvaltningsrätten bör lämna bolagets talan utan avseende

Bolaget hänvisar till grundläggande upphandlingsrättsliga principer. En sådan slentrianmässig grund för talan kan inte bemötas utan risk för miss-

förstånd. I RÅ 2009 ref. 69 fastslås att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som grundar talan. Landstingen antar att bolaget avser principerna som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU men bolagets grund kan inte anses som så klar som krävts av Högsta förvaltningsdomstolen. Att grunda ansökan på alla principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU är otydligt och slentrianmässigt. Grunden är så otydlig att den bör lämnas utan avseende av förvaltningsrätten. Om förvaltningsrätten inte avser detta hemställer landstinget att bolaget preciserar sin talan med angivande av rättslig grund. Officialprincipen bör tillämpas försiktigt i mål om offentlig upphandling.

Utvärderingsmodellen – lottning

Utvärderingsmodellen kallas linjärskaletmodell och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud utses genom att upphandlande myndighet anger priskriterium och kvalitetskriterium och viktar dessa sinsemellan. Modellen bygger på att pris anges med ett bästa och ett sämsta värde. Det bästa får 100 poäng och det sämsta 0 poäng. Däremellan tilldelas poäng enligt den linjära skalan. Upphandlande myndighet har genom modellen möjlighet att ange en kravgräns för vilken nivå på anbudssumma som får ges. Kravgränsen framgår av förfrågningsunderlaget. Erhållen poäng viktas sedan mot angivna kvalitetskriterium/er. Modellen är vedertagen inom upphandlingens område. Bolaget har inte inkommit med synpunkter på modellen eller eventuellt lottningsförfarande vid tidpunkten för inlämnande av anbud. Det finns ingen reglering som tar sikte på hur upphandlingar ska avgöras vid lika anbud. Det finns inget i LOU, bakomliggande EU-rätt eller praxis som talar emot lottning så som nu genomförts. Däremot kan det antas att lottning är tillåtet utifrån RÅ 2009 ref. 60 där lottning godtogs förutsatt att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU följs. Lottningen godtogs utan att upphandlande myndighet lämnat föregående upplysningar härom. Landstingen har i förfrågningsunderlaget angivit att lika anbud särskiljs

genom lottning. Det föreligger därmed varken formellt eller principiellt hinder mot lottning.

Vad bolaget anför

Bolaget anför att utvärderingen är felaktig utifrån att värdet (i kronor) på de lottade produktgrupperna uppgår till 34 % av totalbeloppet. Landstingen kan inte finna att någon princip i 1 kap. 9 § LOU därmed skulle ha överträtts. Grundidén med tilldelning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är att andra kriterier än pris ska tillmätas betydelse vid utvärderingen. De lottade produktgruppernas värde i förhållande till upphandlingens totalvärde är irrelevant. Grundidén gör sig även gällande gentemot alla invändningar om att det s.k. verkligt lägsta priset skall utses till vinnande anbud.

Bolagets skada

Bolaget anser sig lida eller riskera att lida skada då det s.k. verkligt lägsta priset inte antagit vid lika anbud i de fall lottning särskilt lika anbud. Bolaget utelämnar att bolaget i 10 av de 27 lottade grupper där bolaget deltog, inte lämnat lägst pris. Som en följd av bolagets resonemang kan bolaget därför inte lida eller riskera att lida skada i dessa 10 produktgrupper.

Vidare har landstingen behandlat leverantörerna likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomfört upphandlingen på ett öppet sätt.

Bolaget anför bl.a. följande. Landstingen anger att överprövningen endast omfattar vissa produktgrupper. De enda som inte omfattas är 7, 9, 29 och 31 där landstingen återkallat tidigare tilldelningsbeslut och återkallandet är i enlighet med bolagets yrkande. Produktgrupp 33 omfattas av bolagets huvudyrkande att upphandlingen ska göras om. Yrkandet om ny utvärdering var endast ett andrahandsyrkande. Övriga produktgrupper omfattas fortfarande. Att landstingen medgivit bolagets yrkande för vissa produkt-

grupper innebär inte att de inte omfattas av processen utan enbart att landstingets medgivande ska läggas till grund för domen. Landstinget har även återkallat tilldelningsbeslutet gällande produktgrupp 31 som tilldelats bolaget. Om förvaltningsrätten inte bifaller bolagets huvudyrkande utgår bolaget från att landstinget gör en ny utvärdering av produktgrupperna 7, 9, 29 och 33. Bolaget bemöter vad landstingen anfört om grunderna för bolagets huvudyrkande. Bolaget har tidigare tydligt angivit på vilket sätt utvärderingsmodellen strider mot gällande rätt vari ingår de upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Utvärderingsmodellen är inte ägnad att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga. Landstingen anför att utvärderingsmodellen avseende priskriteriet är vedertagen. Vad som menas med "vedertagen" är oklart. Om landstingen avser att modellen används i andra upphandlingssammanhang saknar det betydelse för frågan om modellen är rättsligt korrekt. I detta fall visar genomförandet och inkomna anbud att modellen inte kan nyttjas för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att lägre priser inte fått genomslag i utvärderingen har inte bestridits av landstingen. Det finns således tydliga bevis för att modellen inte medför att ekonomiskt mest fördelaktiga anbud antas vilket är ett grundläggande fel. En korrekt utvärderingsmodell hade inneburit att hänsyn tagits till verklig prissättning och bolaget hade då kunnat utforma sitt anbud på annat sätt. Därmed har bolaget i vart fall lidit risk för skada. Genom att tillgripa lottning vid lika totalpoäng och inte först nyttja en mekanism kopplad till utvärderingskriterierna sinsemellan innebär att landstingen fränhänt sig möjligheten att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det går inte av den omnämnda domen från Högsta förvaltningsdomstolen dra slutsatsen att lottning är tillåtet när utvärderingskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och upphandlande myndighet inte använder varje möjlig åtgärd för att särskilja anbuden med stöd av ingående kriterier, innan lottning tillgrips. I åberopat mål avsågs kriteriet lägsta pris och vid lottningen fanns ingen möjlighet att göra val utifrån valda kriterier. Landstingen har kunnat tillämpa en bedömning baserat på

varje ingående kriterium innan lottning tillgrips som en sista utväg. En bedömning utifrån kriterierna har förelegat men landstingen har ”hoppat över” ett led i utvärderingen vilket är ett brott mot LOU. Genom att utvärderingsmodellen inte är korrekt utformad har inte anbudsgivarna kunnat utforma anbuden optimalt. Om utvärderingsmodellen varit korrekt hade anbudsgivarna kunnat utforma anbuden utifrån det och lagt konkurrenskraftiga anbud. Bolaget har därmed i vart fall lidit risk för skada.

Det är fråga om ett mycket stort antal produktgrupper som utvärderas var för sig. För bedömningen av utvärderingsmodellens överensstämmelse med gällande rätt har det stor betydelse hur stor andel av produktgrupperna som blivit föremål för lottning. Syftet med upphandling är att göra väl avvägda och egna val baserade på myndighetens ställda krav och kriterier. Om lottning behöver tillgripas i en mycket stor del av upphandlingen visar det att utvärderingsmodellen inte är acceptabel. Utvärderingsmodellen har endast tre poängsteg avseende kriteriet sortimentsbredd. En annorlunda utformad modell hade kunnat medföra att utfallet med anbud med lika totalpoäng i så många produktgrupper uteblivit. Om hänsyn tagits till verkliga priser hade utfallet också blivit annorlunda. Själva utvärderingsmodellens uppbyggnad ökar sannolikheten för lottning, dvs. landstingen gör inte själva ett val. Denna ökade sannolikhet, kopplat till att landstingen avstår från att till fullo välja leverantörer utifrån kriterierna innan lottning tillgrips gör att utvärderingsmodellen inte är förenligt med principerna om transparens och likabehandling. Att det i förfrågningsunderlaget anges att lottning kommer att ske saknar betydelse. Bolaget har visat att det föreligger brott mot LOU och att bolaget lidit i vart fall risk för skada.

Landstingen anför bl.a. följande. Bolaget har i sitt huvudyrkande angivit att ansökan omfattar samtliga produktgrupper där bolaget lämnat anbud men inte tilldelats kontrakt. Härigenom omfattas även grupper som inte lottats. Som grund för yrkandet anför bolaget emellertid att utvärderings-

modellen är rättsstridig då lottning tillgripits vid lika anbud. Mot denna bakgrund kan landstingen inte förstå på vilket sätt ansökan skulle kunna omfatta annat än de grupper som särskiljts genom lottning. Landstingen kvarstår i uppfattningen att det är det aktuella lottningsförfarandet som ska prövas, inte utvärderingsmodellen i sin helhet. Därmed kan ansökan endast omfatta 6 produktgrupper. Om landstingen missförstått de grunder bolaget anfört ställer sig landstingen frågande till om bolaget nu utvidgar sin talan till att omfatta även de grupper där bolaget lämnat anbud men inte tilldelats kontrakt och som inte lottats. Förvaltningsrätten får bedöma om detta är en tillåten taleändring.

Om taleändringen är tillåten och förvaltningsrätten bifaller bolagets huvudyrkande är landstinget kritiskt till rimligheten i de konsekvenser ett sådant beslut får. I sådant fall hemställer landstingen att förvaltningsrätten förordnar att hela upphandlingen görs om och bortser från landstingets medgivande avseende produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114 och 134. För produktgrupp 33 kvarstår landstingens inställning att ny utvärdering ska göras eftersom tilldelningsbeslutet återkallats innan bolaget ansökte om överprövning. Dock gäller att landstingen avser göra om upphandlingen avseende samtliga återkallade produktgrupper om förvaltningsrätten meddelar bifall till bolagets huvudyrkande.

Utvärderingsmodellen

Som tidigare anfört är modellen vedertagen inom upphandlingens område och därmed förutsägbar vilket borgar för likabehandling. Principerna om likabehandling och transparens innebär att alla anbudsgivare ska behandlas lika och ges lika förutsättningar samt medför en skyldighet för upphandlande myndighet att skapa öppenhet genom att ge information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet. Förfrågningsunderlaget måste vara klart och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Inget av vad bolaget anfört antyder att ovanstående principer överträts i upp-

handlingen. I förfrågningsunderlaget har angivits att lika anbud särskiljs genom lottning. Anbudsgivarna har behandlats likvärdigt och icke-diskriminerande och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Detta gäller även för utvärderingsmodellen som helhet.

Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget har inte ändrat sin talan utan den är som ursprungligen angivits. Talan omfattar de grupper där bolaget lämnat anbud men inte tilldelats kontrakt. För vissa grupper yrkas rättelse där så är möjligt enligt principen minsta ingripande åtgärd. För grupper där bolaget inte tilldelats kontrakt vidhåller bolaget vad som anförts om utvärderingsmodellen. I de grupper där lottning tillgripits och bolaget inte vunnit gäller att detta inte är tillåtet som första särskiljande metod vid lika anbud där tilldelningskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Gama Dental AB anför bl.a. följande. Produktgrupperna 7 och 29 har återkallats den 27 maj 2011. För produktgrupp 114 (eltandborstar) hade det inte blivit någon skillnad i utvärderingen pga. av att de tandborstar som bolaget offererat var inte av samma typ som typexemplen som har en sonisk borstteknik. Bolagets eltandborstar har en oscillerande teknik vilket inte är likvärdigt. Antalet som har ändrats är lika för samtliga anbudsgivare.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit

mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Handlingarna i målet

I förfrågningsunderlaget anges under rubrik 1.2.4.12 Utvärderingsmodell linjärskala med poäng bl.a. följande.

Upphandlingen är indelad i 139 grupper. Anbud kan lämnas på en eller flera produktgrupper. Varje produktgrupp kommer att utvärderas för sig.

Upphandlingen viktas med fördelningen 40 % på sortiment och 60 % på pris. Beskrivningen av viktningsskalan med bilder kan ses i artikelspecifikationen flik 3 "Vy utvärdering".

Obligatoriska krav:

Innan utvärdering kontrolleras obligatoriska krav (skall-krav) och markeras med "ja" för uppfyllt krav och "nej" för ej uppfyllt krav.

Utvärderingskriterier:

Vid utvärderingen bedöms om offererat sortiment är komplett

För att uppnå 100 poäng krävs att samtliga positioner i produktgruppen besvarats.

För att uppnå 50 poäng i produktgrupper med färre än 10 positioner får endast en position saknas.

I produktgrupper med fler än 10 positioner får endast två positioner saknas. Saknas fler positioner än ovan angivet betraktas kriteriet som ej uppfyllt och erhåller 0 poäng.

Pris:

Totalkostnaden för sortimentet fylls i prisrutan, angiven kostnad erhåller poäng i enlighet med den linjära skal som finns angiven i varje produktgrupp. Kriteriepoäng och prispoäng vägs samman till en totalpoäng, den anbudsgivare med högst poäng i respektive produktgrupp kommer att antas. Skulle två anbudsgivare erhålla samma totalpoäng tillämpas lottning för den aktuella produktgruppen.

Högre eller lägre totalkostnad än angiven i förfrågningsunderlaget kan offereras, dock erhåller ett lägre pris som mest 100 prispoäng.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen avser ett stort antal produktgrupper. Bolaget har utformat sin talan på så sätt att för produktgrupper där bolaget inte lämnat anbud och inte tilldelats kontrakt överlämnas till förvaltningsrätten att avgöra om dessa delar ska göras om. Förvaltningsrätten kan emellertid inte besluta om ingripande om inte sökanden på ett klart sätt anger på vilka omständigheter han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69). Vidare måste sökanden visa att han har lidit skada eller riskerat att lida skada. Bolaget har inte visat att det finns grund för ingripande avseende produktgrupper där bolaget inte lämnat anbud och inte tilldelats kontrakt .

I anledning av landstingens invändning finner förvaltningsrätten anledning att klargöra att bolaget inte ändrat sin talan på något otillåtet sätt.

Förvaltningsrätten konstaterar därefter att för produktgrupperna 7, 9, 29, 31 och 33 har landstingen återkallat tilldelningsbeslutet. För dessa produktgrupper kan beslutet således inte bli föremål för förvaltningsrättens prövning.

Vidare har landstingen medgivit bifall till att göra om upphandlingen avseende produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114 och 134. Med hänsyn till vad som framkommit i målet angående dessa produktgrupper finner förvaltningsrätten att landstinget brutit mot LOU och principerna om transparens och likabehandling samt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada härav. Bolagets ansökan ska således bifallas i denna del. Den form av ingripande som omfattas av bolagets huvudyrkande, dvs. att upphandlingen avseende produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114 och 134 ska göras om, framstår som mest ändamålsenlig varför detta yrkande ska bifallas.

Därefter har förvaltningsrätten att ta ställning till bolagets ansökan avseende återstående produktgrupper, vilka förvaltningsrätten uppfattat som 4, 5, 10, 13, 27, 28, 41, 47, 50, 102, 115 och 127. Av förfrågningsunderlaget framgår att landstingen avsett att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vilket utses genom kriterierna sortiment och pris med en viktning om 40 % för sortiment och 60 % för pris. Utvärderingsmodellen innebär avseende kriteriet pris att det bästa priset får 100 poäng och det sämsta 0 poäng. Priser däremellan erhåller poäng enligt en linjär skala.

Som landstingen har anfört medför den valda utvärderingsmetoden möjlighet för en upphandlande myndighet att ange en kravgräns för vilken nivå på anbudssumma som får ges. Kravgränsen framgår av förfrågningsunderlaget. När ett anbud erhållit prispoäng sker en viktning mot kriteriet sorti-

ment. För ett antal produktgrupper har utvärderingen medfört att anbud fått lika totalpoäng och tilldelningen har då bestämts genom lottning.

Bolaget har gjort gällande att den valda utvärderingsmetoden inte är förenlig med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Enligt bolaget medför utvärderingsmodellen att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antagits, dels genom att priser under den lägsta nivå som anges i förfrågningsunderlaget inte erhållit högre poäng än 100 och dels genom att lottning tillgripits vid lika totalpoäng.


Upphandlande myndighet har vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet frihet att välja vilka kriterier som ska värderas. Detta gäller under förutsättning att den upphandlande myndigheten inte får en obegränsad valfrihet och att 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttas. Genom utvärderingsmodellens utformning med fast poäng för det bästa och sämsta anbudet i kriteriet pris och linjär poängsättning för anbuderna däremellan, har det inte funnits någon valfrihet för upphandlande myndighet. Vidare är modellen tydligt angiven i förfrågningsunderlaget, liksom att offererat pris som är lägre än det lägst angivna ändå inte erhåller högre prispoäng än 100. Därigenom har anbudsgivarna haft goda möjligheter att bedöma förutsättningarna för tilldelning. En sådan utvärderingsmodell har också godtagits i praxis (se Kammarrätten i Stockholm dom den 23 september 2010 mål nr 3772-10). Förvaltningsrätten finner därmed att den valda utvärderingsmodellen inte innebär att LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna träts för när.

Frågan blir därefter om det i förevarande upphandling är förenligt med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna att tillgripa lottning vid lika poäng. Som framgått ovan anges i förfrågningsunderlaget att vid lika totalpoäng kommer lottning att ske. I en upphandling där tilldelningskriteriet var det lägsta priset har Högsta förvaltningsdomstolen funnit att två lika

anbud kan särskiljas genom lottning, trots att det inte angivits i förfrågningsunderlaget (se RÅ 2009 ref. 60). Bolaget menar att vid lika anbud borde ett av de ingående kriterierna, t.ex. lägst pris, ges företräde framför andra utvärderingskriterier. Förvaltningsrätten konstaterar att en sådan modell i och för sig skulle kunna ha varit ett möjligt sätt att lösa situationen. I detta fall har landstingen emellertid valt lottning för att skilja anbuden åt och metoden har framgått av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner ingen anledning att Högsta förvaltningsdomstolens synsätt angående lottning inte skulle kunna tillämpas även i en upphandling där tilldelningskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad bolaget har anfört i fråga om lottning medför alltså inte att upphandlingen inte ska anses ha genomförts på ett sätt som strider mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolaget har även gjort gällande att utvärderingen är felaktig avseende produktgrupperna 7, 15, 29, 33, 60, 88, 90, 114 och 134. Som förvaltningsrätten redan konstaterat kan produktgrupperna 7, 29 och 33 inte tas upp till prövning då tilldelningsbeslutet avseende dessa produktgrupper har återkallats. Vidare har som framgått ovan landstingen medgivit bifall och förvaltningsrätten därefter funnit att produktgrupperna 15, 60, 88, 90, 114, 134 ska göras om. Därmed saknas skäl att pröva vad bolaget i övrigt anfört om utvärderingen av dessa produktgrupper.

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



Peter Lif
rådmann

Målet har handlagts av Åsa Ternström.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.