



KONKURRENSVERKET	
2019-01-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

DAB Dental AB, 556005-0048

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB

MOTPART

Region Kronoberg

Ombud: Advokat Martin Dell och Jur.kand. Peter Lennartz
RosholmDell Advokatbyrå AB

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna 5, 6, 8-11, 13-19, 23 och 25-27.

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg har genomfört en upphandling avseende dentalt förbrukningsmateriel (17RK2186). Upphandlingen är uppdelad i flera produktgrupper och ramavtal avsågs att tecknas med en leverantör per produktgrupp. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande i enlighet med LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Vid anbudstidens utgång hade åtta anbud inkommit.

DAB Dental AB (DAB) yrkar att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna 5, 6, 8-11, 13-19, 23 och 25-27.

Region Kronoberg (Regionen) bestrider DAB:s yrkande om att upphandlingen ska göras om och yrkar att ansökan ska avslås.

Vad parterna anför

DAB

Regionen genomför en upphandling av dentalt förbrukningsmateriel. Utvärderingen i upphandlingen sker på basis av pris och funktion. Priset som avses är det sammanlagda priset per produktgrupp och är viktat till 40 %. Funktion är viktat till 60 % och innebär att beroende på vilket betyg som erhålles i funktionsdelen så sker ett avdrag på det offererade priset för produktgruppen. En positions pris minus eventuellt avdrag utgör positionens jämförelsepris. Positionernas jämförelsepris adderas och en produktgrupps totala jämförelsepris är det pris som utvärderas. Avdraget som görs beräknas som procentuell andel av det egna priset. Avdrag ges utifrån en betygsskala G (godkänd), VG (väl godkänd) och MVG (mycket väl godkänd). G ger inget avdrag medan VG ger 15 % avdrag och MVG ger 85 % avdrag. Metoden att ge avdrag i relation till anbudsgivarens egna offererade pris innebär att ett och samma betyg för två olika anbudsgivare får helt olika monetärt värde. Av förfrågningsunderlaget framgår att offererade produkter som är kända av Regionen inte kommer att utvärderas avseende funktion utan endast utifrån pris. Vidare framgår att betygen G, VG och MVG kommer att användas men någon redovisning av vad dessa nivåer innebär eller vad som krävs för att respektive betyg ska tilldelas redovisas inte.

Oklarheterna i redovisningen av vad utvärderingen egentligen innebär föranledde att frågor ställdes till Regionen. Regionen bestämde slutligt att utvärdering ska ske av samtliga produkter samt bestämde man att om alla anbudsgivare för någon position offererade samma produkter skulle betyget G automatiskt tilldelas samtliga anbudsgivare. Avseende innebörden av nivåerna G, VG respektive MVG redovisade man i svar på fråga 195 följande:

G: Motsvarar förväntningarna på produkten men ger inga mervärden.

VG: Motsvarar förväntningarna på produkten och upplevs innehålla mervärden.

MVG: Motsvarar förväntningarna på produkten och upplevs innehålla flera mervärden.

Vad ”förväntningar” respektive ”mervärden” innebär redovisas således inte.

I upphandlingen har det ställts ett mycket stort antal frågor, 247 st. Genom tilldelningsbeslut tilldelades DAB kontrakt för produktgrupperna 2, 4 och 21. DAB uteslöts i produktgrupperna 1, 3, 7, 12, 20 och 24.

Regionen använder i upphandlingen en utvärderingsmodell som ger utrymme för godtycke då det inte framgår vad som grundar de olika betygsstegen G, VG och MVG. Härutöver är sättet för beräkning av avdrag metodiskt felaktigt eftersom ett och samma betyg får helt olika värde för olika anbudsgivare. Utvärderingsmodellen är i strid med transparensprincipen och därmed också i strid med likabehandlingsprincipen.

Det har för anbudsgivarna varit helt omöjligt att få klart för sig vad det är som krävs eller vad det är som motiverar en tilldelning av betygen G, VG och MVG. Regionen har helt fritt kunnat styra betygsättningen baserat på vad man vid själva utvärderingstillfället ska anses utgöra en ”förväntning” eller ett ”mervärde”. Särskilt gäller det begreppet ”mervärde”. Begreppet är överhuvudtaget inte definierat utan dess innebörd har helt kunnat styras av Regionen beroende på vilken anbudsgivare man önskat tilldela kontraktet för produktgruppen i fråga. Utvärderingsmodellen ger närmast helt fritt utrymme åt Regionen att sätta de betyg man vill och en sådan modell är inte tillåten. Den är i strid med gällande rätt då den dels ger Regionen fria händer för att avgöra vad som är ”mervärden”, dels att det inte går att följa upp på vilka skäl ett betyg har tilldelats, vilket är en följd av frånvaron av tydlig beskrivning av betygsnivåerna.

Vidare är sättet för att beräkna avdraget för funktionsbetyget fel. Avdraget utgör en andel av det egna offererade priset. Det innebär att ett och samma betyg värderas helt olika mellan anbudsgivarna, vilket är felaktigt. Om två anbudsgivare har fått t.ex. betyget VG så ska värdet av det betyget vara detsamma för båda anbudsgivarna. Det är dessutom så att det är Regionen i egenskap av upphandlande myndighet som ska bestämma vad ett betyg/mervärde är värt. Med den modell Regionen valt är det den enskilde anbudsgivaren som s.a.s. själv bestämmer sitt avdrag eftersom detta utgör en andel av det egna priset. Modellen för beräkning av avdrag är i grunden fel vilket utgör ett brott mot LOU, eftersom ett avdrag är olika värt för de olika anbudsgivarna föreligger ingen likabehandling.

Utvärderingsmodellen innehåller grundläggande fel. Anbudsgivarna har inte kunnat förutse hur utvärderingen eller betygsättningen ska gå till. Anbudsgivarna har inte kunnat utforma sina anbud utifrån ett korrekt utformat förfrågningsunderlag vilket inneburit i vart fall en risk för skada för såväl DAB som övriga anbudsgivare.

Regionen

Prövningen av funktion sker enligt särskilt fastställda tilldelningskriterier preciserade i framförallt punkt 1.9.2 och 1.9.4 i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarnas offererade produkter betygsätts därvid enligt en särskilt fastställd betygsskala med betygsnivåerna G, VG och MVG. Betygsättningen görs av en av Regionen tillsatt oberoende referensgrupp bestående av ett antal experter på området. Betygen VG och MVG ger ett avdrag om 15 % respektive 85 % på anbudssumman för en viss position medan betyget G inte ger något avdrag. Betygsättning sker enbart för positioner där anbudsgivarna offererat olika produkter eller offererat produkter som är okända för referensgruppen. Övriga positioner, dvs. där enbart en typ av produkt offererats utvärderas inte utifrån funktion utan erhåller per automatik betyget G. För dessa positioner blir således anbudssumman avgörande.

Att DAB uteslöts från produktgrupp nr 1, 3, 7, 12, 20 och 24 berodde på att produkterna inte uppfyllde ska-kraven för vissa positioner inom de aktuella produktgrupperna. DAB:s anbud blev därmed aldrig föremål för utvärdering avseende dessa produktgrupper.

Regionen bestrider att det skulle föreligga felaktigheter i utvärderingsmodellen samt att utvärderingsmodellen skulle stå i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Betygsättningen har skett genom en noggrann utvärdering av en av Regionens tillsatt oberoende referensgrupp som utgörs bl.a. av en övertandläkare i parodontologi, en övertandläkare i protetik, en specialisttandläkare, en tandhygienist, tre tandsköterskor m.fl. experter på det aktuella området. Dessa personer är med sina erfarenheter mycket förtrogna med det aktuella produktområdet och därmed lämpliga för uppdraget. Referensgruppen har gjort utvärderingen utifrån de i förfrågningsunderlaget angivna betygskriterierna sorterade under begreppet funktion och på grundval därav satt ett betyg på produkten. I punkten 1.9.2 i förfrågningsunderlaget förklaras att med funktion avses produktens kvalitet, resultat, säkerhet för patienten och handhavande personal, utbud, dokumentation, pålitlighet, stabilitet samt användarvänlighet utifrån produktens ändamål och materialegenskaper. I förekommande fall, där referensgruppen varit osäker på en produkt eller inte känt till den sedan tidigare, har utvärderingen även inbegripit test av anbudsprover. Referensgruppen har vid testerna av anbudsprover skraddarsytt testgruppens sammansättning utifrån produkten ifråga.

I syfte att klargöra vad som skiljer betygen G, VG och MVG åt har Regionens inom ramen för frågeförfarandet gjort vissa förtydliganden. Regionen har därvid förtydligat att betyget G ges till en produkt som motsvarar förväntningarna på produkten. Det är uppenbart att med att en produkt motsvarar förväntningarna ska förstås att produkten uppfyller de i kravspecifikationen uppställda grundkraven. Betygen VG ges till en produkt som

uppfyller kraven i kravspecifikationen, men som därutöver uppvisar ett visst mervärde. Betyget MVG ges till en produkt som uppfyller kraven som ställs i kravspecifikationen men som därutöver uppvisar fler än ett mervärde. Vad som utgör ett mervärde för en viss produkt torde stå klart för samtliga på det aktuella området rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare. Det rör sig således om en eller flera goda egenskaper med koppling till de kriterier som anges i punkt 1.9.2 i förfrågningsunderlaget. Begreppet mervärde är således kopplat till vad som uttryckligen anges avseende begreppet funktion i den aktuella punkten. Härvid kan olika produkter, av naturliga skäl, skilja sig åt. Det kan i detta avseende konstateras att ingen annan anbudsgivare än DAB frågat vad som avses med mervärde.

Det är korrekt att utvärderingsmodellen medger ett visst skön för referensgruppen i dess utvärdering av produkternas egenskaper. Det är dock inte anmärkningsvärt att en utvärdering på så sätt sker på i viss mån individuella bedömningar, särskilt inte när det som i upphandlingen rör sig om förhållandevis komplicerade funktionskrav. Att använda en sådan utvärderingsmodell står således inte i sig i strid med principerna om öppenhet och transparens, eller någon annan upphandlingsrättslig princip. Det är ett ytterst fåtal positioner som utvärderats utifrån funktion. Utvärderingsmodellen innehåller ett acceptabelt mått av subjektiv bedömning. Detta då utvärdering av funktion görs av en referensgrupp bestående av personer med yttersta lämplighet för sina uppdrag. Utvärderingsmodellen innehåller även identifierbara mervärden för erhållande av eventuella prisavdrag och med en förankring i förfrågningsunderlaget.

Det prisavdrag som görs vid erhållande av betygen VG eller MVG sätts i relation till anbudssumman, den föreskrivna viktningen av funktion med 60 % samt det prisavdrag som erhålls för det aktuella betyget. Det sagda innebär att utvärderingen på ett objektiva fastställbart sätt beaktar såväl anbudssumma som funktion, helt i enlighet med vad som är avsett i upphandlingen.

Det bestrids att utvärderingsmodellen innehåller ett sådant mått av subjektiv bedömning att produkter utvärderas rent godtyckligt. Även om utvärderingsmodellen, tillämpad på visst sätt, skulle anses ge utrymme för godtycke, bestrids att så faktiskt har skett. Det har för de oberoende bedömarna i referensgruppen saknats anledning att, som DAB uttrycker det, utan urskiljning välja och kombinera vilka faktorer man anser ska appliceras på just den ena eller andra produkten. Utgångspunkten är som sagt att ett mervärde ger en produkt ett högre betyg samt att flera mervärden ger en produkt ett ännu högre betyg. Olika produkter påvisar dock givetvis olika mervärden.

Regionen bestrider DAB:s påstående om att prisavdragsmetoden ger anbudsgivarna möjlighet att själva bestämma storleken på sina prisavdrag. Prisavdragets storlek bestäms uteslutande av den viktning som Regionen slagit fast i förfrågningsunderlaget och kan således inte påverkas av anbudsgivarna. Även om prisavdraget varierar beroende på anbudspris fungerar det på ett objektivet sätt. Ett prisavdrag är alltid lika stort för motsvarande situationer. Prisavdragsmetoden står därmed inte i strid med likabehandlingsprincipen eller annan upphandlingsrättslig princip eller lagregel.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 4 kap. 2 § LOU framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av upphandlingsdokumentets punkt 1.9.4 som gäller "Utvärderingsmodell – prisavdrag" framgår bl.a. följande.

"De positioner där anbudsgivarna har offererat olika produkter eller produkter som är okända för referensgruppen kommer att utvärderas."

"Offererade produkter kommer att utvärderas med G (godkänt), VG (Väl godkänt), MVG (Mycket väl godkänt). Motivering av erhållet betyg kommer endast göras med ovanstående betygsättning. MVG och VG innebär ett prisavdrag, tilldelas produkten G innebär inget prisavdrag.

Av bilaga "Modell Prisavdrag" framgår att modellen bygger på att produkten beroende på produktens uppnådda betyg G, VG och MVG erhåller ett prisavdrag som räknas av på produktens anbudspris. Prisavdraget är 85 % för betyget MVG och 15 % för betyget VG.

I fråga 195 frågor och svar har fråga ställts bl.a. angående vilka kriterier som ligger till grund för de olika betygskraven och vad som krävs för att en produkt ska erhålla betyget MVG respektive VG. Regionen har i sitt svar anfört bl.a. följande.

"Förtydligande:

Godkänt – Motsvarar förväntningarna på produkten men upplevs inte innehålla mervärden.

Väl godkänt – Motsvarar förväntningarna på produkten och upplevs innehålla mervärde.

Mycket väl godkänt – Motsvarar förväntningarna på produkten och upplevs innehålla flera mervärden."

Förvaltningsrätten konstaterar att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU innefattar ett krav på att ett upphandlingsdokument ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jämför RÅ 2002 ref 50). Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (C-19/00, SIAC Construction).

Regionens referensgrupp har haft att betygsätta de offererade produkterna. Offererade produkter kommer att utvärderas med G, VG, och MVG, beroende på om produkten motsvarar förväntningarna och upplevs innehålla ett eller flera mervärden. VG ger ett prisavdrag om 15 % och MVG 85 %.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet till en början inte funnits någon upplysning om vad som krävs för att uppnå de olika betygsstegen. Först i Frågor och svar har det förtydligats att det krävs att produkten uppnår Regionens förväntningar och därtill har eventuella mervärden. Vad som avses med förväntningar eller mervärden framgår inte och det ges därmed ingen närmare ledning för vad som kommer att ge olika betyg. Förvaltningsrätten anser vid en samlad bedömning att betygssättningen har öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Härtill kommer att det inte heller av Regionens tilldelningsbeslut och utvärderingsprotokoll går att utläsa varför olika betyg utdelats. Upphandlingsdokumentets utformning i denna del strider därför mot principerna om likabehandling och transparens. Vad Regionen anfört, bl.a. om oberoende referensgrupp, kan inte medföra någon annan bedömning.

DAB har redan till följd av ovan nämnda brister i upphandlingsdokumentet varit förhindrade att förutse hur utvärdering eller betygsättning ska gå till. Då bolaget inte har kunnat utforma sina anbud utifrån ett korrekt utformat förfrågningsunderlag har detta inneburit i vart fall en risk för skada. Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger därmed. Då bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen ska upphandlingen, såvitt avser produktgrupperna 5, 6, 8-11, 13-19, 23 och 25-27 göras om. DAB:s begäran om överprövning av upphandlingen ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Per Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.