



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2012-02-22  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 68-12  
 Enhet 15

**SÖKANDE**

AB Nordenta, 556049-4899

*Ombud:*

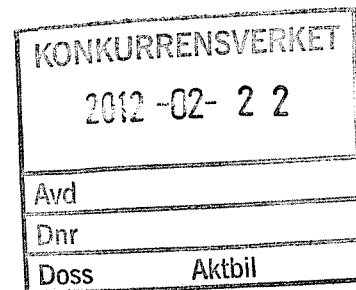
Advokat Carl Norén och Jur. kand. Gustaf Svenhed  
 Eversheds Södermarks Advokatbyrå AB  
 Box 14055  
 104 40 Stockholm

**MOTPART**

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

**SAKEN**

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



**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår AB Nordentas ansökan om överprövning.

Dok.Id 210390

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

## BAKGRUND

**Folktandvården Stockholms Län AB** (Folktandvården) genomför en upphandling av dentala förbrukningsmaterial (ref nr 201105-0316) genom ett öppet förfarande enligt LOU. Anbuden har prövats i tre steg. Samtliga inkomna anbud uppfyllde ställda krav på leverantören enligt steg ett. AB Nordentas (Nordenta) anbud uppfyllde inte samtliga krav i kravspecifikationen enligt steg två och kvalificerades inte till utvärderingen. Av tilldelningsbeslut daterat den 22 december 2011 framgår att Folktandvården antagit DAB Dental AB som huvudleverantör samt Plandent Forssbergs Dental AB och Unident AB som dellerantörer.

## YRKANDEN M.M.

**Nordenta** ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett. Rättelse ska ske på så sätt att på så sätt att Folktandvården utvärderar Nordentas anbud. I andra hand yrkar Nordenta att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Som grund anförs bl.a. följande.

Folktandvården har ansett att Nordentas anbud inte uppfyller kravet under punkten 3.4. "Prisjustering beroende på valuta och/eller index". Enligt kravet ska angivet datum för baskurs inte vara tidigare än tio dagar för sista anbudsdag. Nordenta har angett den 31 augusti 2011, som är 15 dagar före sista anbudsdagen. Tidigaste datum för angivande av baskurs var den 5 september 2011. Eftersom kravet på angivande av datum för baskurs är ett skall-krav förkastade Folktandvården Nordentas anbud, som således inte gick vidare till utvärderingen.

Folkvandvården har brutit mot kravet på proportionalitet genom att uppställa skall-kravet i punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget, då kravet saknar praktisk betydelse.

Skall-krav får endast uppställas under förutsättning att kravet är relevant för upphandlingen och att tillämpningen i det enskilda fallet inte strider mot EU-rättsliga principer. Principen om proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU innebär att krav och villkor i genomförandet av en upphandling ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Det syfte som Folkvandvården har eftersträvat med datumkravet har rimligtvis varit att erhålla underlag för anbudsjämförelsen samt att den leverantör som tilldelas kontraktet och vill ändra avtalat pris till följd av förändringar i valutakurs ska ha valutakurser som underlag för ändringen enligt. Angivandet av datum för baskurs har inte någon självständig betydelse utan den variabel som Folkvandvården har använt för att jämföra anbuderna sinsemellan har varit de faktiska valuta/baskurserna. Det är också de faktiska valuta/baskurserna, och inte datumen, som har betydelse vid eventuella framtida prisjusteringar enligt punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget. Den begränsade valutakurskillnaden illustreras av en jämförelse mellan Nordentas kurs (där valuta är euro) enligt Sveriges Riksbanks hemsida per den 31 augusti 2011 (9,168) och den 5 september 2011 (9,1031) samt DAB:s kurs per den 9 september 2011 (8,9330). Det är inte en lämpligt och effektiv åtgärd att ställa upp kravet på datum som just ett skall-krav eftersom datumet inte innebär någon skillnad i sak utan endast verkar ha en klargörande betydelse för Folkvandvårdens skull. Det är heller inte nödvändigt att ange datumkravet som ett skall-krav. Mindre ingripande alternativ, t.ex. att låta anbudsgivarna fritt ange datum för baskurs, har stått Folkvandvården till buds.

Den negativa effekten, risken för uteslutning av det anbudet med lägst pris, som åtgärden att ställa upp och tillämpa datumkravet får på anbudsgivarnas möjligheter att fritt ange det datum som de anser är lämpligt, särskilt mot

bakgrund av vikten för anbudsgivarna att i god tid kunna förbereda och upprätta ett anbud av aktuell omfattning, är oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Folktandvården har genom sitt agerande brutit mot LOU. Nordenta har lidit eller riskerar att lida skada. Nordentas anbud var klart lägre än övriga anbud varför Folktandvården vid en utvärdering av Nordentas anbud skulle ha tilldelat Nordenta kontraktet.

**Folktandvården** bestrider bifall till Nordentas ansökan. Som grund anføres bl.a. följande. Det ifrågasatta skall-kravet är förenligt med proportionalitetsprincipen, 1 kap. 9 § LOU och upphandlingsregelverket i övrigt.

Nordenta uppfyllde inte skall-kravet gällande datum för baskurs enligt punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget, varpå Nordentas anbud förkastades. I sin ansökan om överprövning gör Nordenta gällande att skall-kravet enligt punkten 3.4. förfrågningsunderlaget inte är proportionellt i förhållande till sitt syfte. Detta är inte korrekt.

Upphandlingen rör stora volymer av vitt skilda produkter som ska levereras under 36 + 12 månaders tid. Under avtalsperioden kommer produkternas kostnader att påverkas av yttre omständigheter så som exempelvis råvarupriser, material-, arbets- och transportkostnader. Vidare kan tillverkarleden bestå av flera olika leverantörer från olika länder. Mot bakgrund av detta har Folktandvården sett ett behov av att möjliggöra för anbudsgivare att beräkna sitt anbud utifrån föreliggande omständigheter och på de valutor som eventuellt är aktuella för respektive anbudsgivare. Detta även med tanke på att de i upphandlingen begärda priserna enligt förfrågningsunderlaget ska vara fasta i ett år och möjligheten att efter ett år prisjustera upp till två gånger per år.

I ansökan påstår Nordenta att datumet för baskurs inte har någon självständig betydelse och att skall-kravet inte innebär någon skillnad i sak. Detta är inte korrekt eftersom datumet är helt styrande för anbudets valutaberäkningar och framtida valutajusteringar. Syftet med skall-kravet är att motverka effekterna av valutakursdifferenser och kravet kan således, beroende på valutakurssvängningar, vara av stor betydelse. Nordentas resonemang om de faktiska valutakursdifferenserna i det aktuella fallet grundar sig emellertid på rena tillfälligheter och saknar därför helt relevans för den rättsliga bedömningen av skall-kravets syfte och proportionalitet.

Vidare påstår Nordenta att Folkvandvården har jämfört anbudet sinsemellan vad gäller valuta/baskurserna. Detta är direkt felaktigt. Den enda gången Folkvandvården har jämfört anbudet med varandra är i samband med prisutvärderingen och då i form av anbudsgivarnas slutliga utvärderingsbelopp.

I upphandlingen konstaterade Folkvandvården att Nordenta inte angav något datum över huvud taget i sitt anbud. Redan på denna grund skulle Nordentas anbud ha förkastats. Folkvandvården begärde dock ett förtydligande från Nordenta den 28 oktober 2011, och upprepade därvid tydligt det aktuella skall-kravet och underströk även därutöver särskilt att det efterfrågade datumet inte fick vara tidigare än tio dagar före sista anbudsdag. Nordenta svarade den 1 november 2011, trots detta, med att ange datumet den 31 augusti 2011. Det av Nordenta avgivna datumet var således 15 dagar innan sista dag att lämna anbud, istället för tio dagar som Folkvandvården hade krävt enligt förfrågningsunderlaget. Då Nordentas svar på ett så tydligt sätt inte uppfyllde ställt skall-krav, trots den explicita formuleringen i Folkvandvårdens begäran om förtydligande, hade inte Folkvandvården något annat val än att förkasta anbudet från Nordenta. Det ska vidare konstateras att Nordenta var den enda anbudsgivare som inte uppfyllde detta skall-krav.

Nordenta hade, vid tidpunkten för sitt anbudslämnande, samma möjligheter som alla andra anbudsgivare att lämna anbud utifrån nu aktuellt skallkravet. Oavsett varför Nordena valde att inte göra det, konstateras att det inte förelegat något som helst hinder för Nordenta att ange ett datum inom det angivna intervallet på tio dagar från sista dag att lämna anbud.

I förfrågningsunderlaget och vid tidpunkten för anbudets inlämning är således skallkravet tydligt och proportionellt i förhållande till sitt syfte. Det är inte möjligt att tillämpa proportionalitetsprincipen på det sätt Nordenta gör gällande. Följden av att inte uppfylla ett skallkrav, d.v.s. att bli förkastad, står inte i strid med proportionalitetsprincipen. Ett anbud som inte uppfyller ett skallkrav ska förkastas. I detta hänseende har inte proportionalitetsprincipen någon betydelse. Folkvandvården är förhindrad att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav (RÅ 2009 ref. 69). Det hade stått i strid med likabehandlingsprincipen att utvärdera Nordentas anbud istället för att förkasta det.

Nu ifrågasatt skallkrav syftar till att tillgodose LOU:s krav på likabehandling. Skallkravet är lämpligt och effektivt eftersom det säkerställer att anbudsgivare kan lämna konkurrenskraftiga anbud utifrån lika förutsättningar. Skallkravet är absolut nödvändigt och någon mindre ingripande åtgärd för att säkerställa likabehandling står inte till buds. Att låta anbudsgivare fritt ange datum är inte möjligt då det funnits en uppenbar risk för att anbudsgivare skulle ange datum med allt för stor spridning för att anbudena skulle kunna anses som jämförbara. I upphandlingen valde således Folkvandvården att tillåta ett spann på tio dagar, vilket får anses vara en mindre ingripande åtgärd än att ange ett kortare spann eller rent av ett visst datum.

Den negativa effekten är inte oproportionell och överdriven i förhållande till sitt syfte, d.v.s. att säkerställa likabehandling och jämförbara anbud

utifrån samma förutsättningar. Följden av att inte uppfylla ett skall-krav och därmed förkastas ska inte sammanblandas med skall-kravets ordalydelse och innebörd.

**Nordenta** anför bl.a. följande i yttrande. Nordenta invänder mot att Folkvandvården lämnat fritt för anbudsgivarna att ange källa. Frånvaron av krav på viss källa har inneburit att Folkvandvården inte har använt sig av den mest lämpliga och effektiva skall-kravet. Dessutom kan ifrågasättas hur Folkvandvården avsett att jämföra baskurs med kurs på anbudsdag när Folkvandvården saknar uppgift om vilken källa som vinnande anbud har hämta sina valutakurser ifrån. Vidare har frånvaron av kravet på angivande av källa inneburit att det avsedda syftet med skall-kraven, d.v.s. konkurrensneutralitet, inte uppnåtts eftersom anbudsgivarna fritt fått välja källa. Självfallet innebär det stor risk för stora fluktuationer anbudens sinsemellan vilket också framgår av baskurserna i respektive anbud. Eftersom Riksbanken, under riksdagen, ansvarar för penningpolitiken i Sverige borde Folkvandvården ha anvisat Riksbanken som källa i skall-kravet. I den delen hade det varit ett enkelt och för konkurrensneutraliteten verkningsfullt sätt att anvisa Riksbanken som anbudsgivarnas källa för valutakurser.

Nordenta invänder även mot att Folkvandvården lämnat fritt för anbudsgivarna att inom ett tiodagarsintervall välja datum för valutaomräkningen. Eftersom alla anbudsgivare kunnat vänta med ingivandet av sitt anbud till sista anbudsdag har anbudsgivarna de facto kunna jämföra valutatabeller för tio olika dagar och (förutom källa) välja det datum som resulterade i den för anbudsgivaren lägsta anbudspriset. Folkvandvården borde ha anvisat ett specifikt datum som samtliga anbudsgivare skulle använda för sin valutaomräkning i anbudet. I konkurrensneutralitetens intresse hade det varit bättre att välja datumet den 5 september 2011, d.v.s. tio dagar före sista anbudsdag. På så sätt hade anbudsgivare som färdigställde sitt anbud i förtid haft samma förutsättningar att ha tillgång till valutakurser som enligt

skall-kravets tiodagarsintervall, samtidigt som det jämförelsestörande fria valet av datum för baskurs hade eliminerats. Folkvandvärden hade alltså kunnat uppnå samma syfte genom att enbart uppställa ett krav på att anbudsgivarna skulle basera sina valutaomräkningar på valutakurser den 5 september 2011. Detta hade varit mindre ingripande och dessutom mer lämpligt och effektivt.

#### UTREDNING I MÅLET

Enligt förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

#### 3.4. Prisjustering beroende på valuta och/eller index

Priserna på specialsortimentet i artikelspecifikationen är fasta från och med avtalets ikraftträdande och under 12 månader. Därefter kan prisjustering ske enligt nedan.

Om part anser att avtalat pris behöver förändras till följd av faktiska visade objektivt styrkta prisförändringar av i produkten ingående material, eller till följd av förändringar i valutakurs i förhållande till valutakursen som förelåg datum för baskurs, dvs den [ifylles när avtal tecknas].

- - -

I anbudet ska anges vilket valutaslag anbudet baseras på samt baskurs med datum. Datum för baskurs får inte vara tidigare än tio dagar för sista anbudsdag.

- - -

#### 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. 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.

Enligt punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget ska datum för baskurs som anges i anbudet inte vara tidigare än tio dagar för sista anbudsdag. Nordena har lämnat ett datum för baskurs som var 15 dagar före sista anbudsdagen och har därmed inte uppfyllt det obligatoriska kravet i enligt punkten 3.4.

Nordenta har anfört att uppställda krav enligt punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget, om att datum för baskurs inte får vara tidigare än tio dagar för sista anbudsdag, är oproportionerligt. Enligt Nordenta har angivandet av datum för baskurs inte någon självständig betydelse utan den variabel Folktandvården har använt för att jämföra anbuderna sinsemellan har varit de faktiska valuta/baskurserna. Valutakursskillnaden är begränsad vid en jämförelse mellan Nordentas och DAB:s kurser vid ett antal tillfällen i augusti och september 2011. Uppställandet av detta krav har enligt Nordenta fått den oproportionerliga och överdrivna effekten att det lägsta anbudet förkastas enbart på grund av bristande uppfyllelse därav.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts består av tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Syftet med det obligatoriska datumkravet i punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget har varit att neutralisera eventuella valutaeffekter och möjliggöra

för anbudsgivare att konkurrera på lika villkor. Förvaltningsrätten finner att det obligatoriska kravet i fråga är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet och mot bakgrund av vad Folkvandvården anfört anser förvaltningsrätten att åtgärden har varit nödvändig. Att kräva en valutakurs inom ett visst intervall kan inte heller, enligt förvaltningsrätten, anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten anser därmed att punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget inte är oproportionerligt. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Nordenta har även anfört att Folkvandvården borde ha angett krav på ett specifikt datum i punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna inte haft samma förutsättningar att ha tillgång till valutakurser som anbudsgivare skulle ha haft om ett specifikt datum hade använts istället för en intervall.

Förvaltningsrätten konstaterar att Nordenta i denna del anfört att Folkvandvården borde tillämpat ett strängare obligatoriskt krav än vad som faktiskt gjorts enligt punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrätten har samtliga anbudsgivare haft samma möjlighet att välja dag inom det angivna intervallet och anbudsgivarna har således behandlats lika. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Nordenta har anfört att Folkvandvården borde ha angett krav på en specifik källa för valutakurser i punkten 3.4. i förfrågningsunderlaget. Då anbudsgivarna fritt fått välja källa har konkurrensneutralitet inte uppnåtts.

Enligt förvaltningsrätten måste ett förfrågningsunderlag ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra inkomna anbud. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget är tydligt

nog för att möjliggöra en jämförelse mellan inkomna anbud. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Sammanfattningsvis är det förvaltningsrättens bedömning att vad bolaget har anfört inte innebär att det finns grund för ingripande med stöd av LOU eller någon EU-rättslig princip. Bolagets ansökan ska således avslås.

Förvaltningsrätten har i dom denna dag beslutat att avslå Plandent Forssbergs Dental AB:s ansökan om överprövning (mål nr 26323-11).

**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 uppge 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