



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2017-08-30
Meddelad i Göteborg

Mål nr
2416-17
3056-17

SÖKANDE

AB Nordenta, 556049-4899

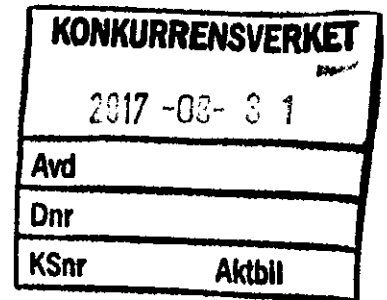
Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Region Halland, 232100-0115
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Region Hallands upphandling av *Dentala Förbrukningsartiklar, dnr RU 150085*, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering avseende produktgrupperna och undergrupperna med beteckning A, C, D, E1, E3, F, G2–G4, H, II, J1–J2, K1–K2, L1–L3 och M.

Förvaltningsrätten upphäver beslutet att avbryta upphandlingen såvitt avser undergrupp G1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 494830

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Region Halland genomför en upphandling *Dentala Förbrukningsartiklar, dnr RU 150085*. Upphandlingen är indelad i 28 produktgrupper och undergrupper. En leverantör har antagits per produktgrupp eller undergrupp. I tilldelningsbeslut den 13 februari 2017 anges att produktgrupp B och undergrupp G1 har utgått. Det framgår vidare att Nordenta har vunnit undergrupp I3 och att andra leverantörer än Nordenta har vunnit övriga delar av upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Nordenta

Nordenta yrkar såvitt nu är aktuellt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett i utvärderingen avseende de produktgrupper och undergrupper där andra bolag har tilldelats kontrakt. Nordenta yrkar vidare att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara Region Hallands beslut om att avbryta upphandlingen såvitt gäller undergrupp G1. Nordenta yrkar slutligen att förvaltningsrätten med stöd av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) fordrar in uppgift om offererade priser såvitt gäller de produktgrupper och undergrupper där annan leverantör har tilldelats kontrakt. Bolaget anför i huvudsak följande. Vid utvärderingen anges att det anbud som har lägst kostnad för varje positionsgrupp ska tilldelas kontrakt under förutsättning att samtliga produktspecifika obligatoriska krav uppfylls och att produkterna tilldelas betyg 1 vid bedömningen av funktion och handhavande. Eftersom Nordentas anbud har lägst kostnad för varje grupp och samtliga krav har uppfyllts skulle bolaget rätteligen ha tilldelats kontrakt avseende samtliga grupper som omfattas av yrkandet om rättelse. På grund

av att Nordenta förvägrats information om det vinnande anbudets summerade anbudspris är det inte möjligt för bolaget att bevisa detta.

Förvaltningsrätten behöver tillgång till offererade priser på en mer detaljerad nivå för att kunna avgöra målet med fullständig information om fakta (jfr EU-domstolens avgörande i mål nr C-450/06 p. 53). Enligt HFD 2015 ref. 55 gäller som huvudregel i denna situation att Nordenta skulle få del av det som kommit att tillföras målet. Förvaltningsrätten har dock nekat Nordenta detta. Det bör därför ställas ännu högre krav på att förvaltningsrätten kontrollerar riktigheten i den upphandlande myndighetens beslut. Nordenta kan inte vitsorda att summeringen vid utvärderingen har gjorts på ett korrekt sätt.

Vad gäller undergrupperna G4 och J2 kan vidare konstateras att vinnande anbud inte har uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen och därför rätteligen skulle ha förkastats. Unident AB, som har tilldelats kontrakt avseende undergrupp G4, har offererat produkten Simile som endast innehåller 75 procent filler, trots att det framgår av kravspecifikationen att det som efterfrågas är en hybridkomposit med 77 procent filler. DAB Dental AB, som har tilldelats kontrakt avseende undergrupp J2, har offererat produkten CCS Profylaxpasta RDA som innehåller hydrogenated castor oil trots att det framgår av kravspecifikationen att det som efterfrågas är en oljefri produkt. Om anbudet skulle ha förkastats skulle Nordenta ha kunnat tilldelas kontrakt i aktuella delar.

Beträffande frågan om avbrytande kan konstateras att det först genom Region Hallands yttrande har angetts något uttryckligt skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Vad Region Halland anfört till stöd för beslutet att avbryta upphandlingen såvitt avser undergrupp G1 utgör inte sakligt godtagbara skäl. Värdet för denna del av upphandlingen understiger inte värdet för direktupphandling. Det är inte heller möjligt att dela upp upphandlingen

av dentala förbrukningsmaterial i syfte att understiga gränsen för direktupphandling. Så har inte heller skett i praktiken utan LOU är tillämplig i alla delar av upphandlingen. Inte heller omständigheten att produkten inte har utvärderats av arbetsgruppen och att tilldelning inte har skett ger rätt att avbryta upphandlingen i denna del. Nordenta har lidit skada på grund av det felaktiga beslutet eftersom DAB Dental AB och Dentalringen har offererat produkter som inte uppfyller de obligatoriska kraven. Anbudet från Nordenta är det anbud som uppfyller samtliga krav och är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Nordenta skulle därmed ha tilldelats kontrakt i denna del om anbudet hade utvärderats.

Region Halland

Region Halland anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Anbudsutvärderingen är korrekt. Det har vidare inte funnits anledning att ifrågasätta att anbudsgivarna agerar under stark inbördes konkurrens på en marknad med ett fåtal aktörer där prisuppgifter kan antas ha betydelse för bolagens verksamhet och anbud vid liknande upphandlingar. Det har funnits goda grunder för att bifalla anbudsgivarnas begäran om sekretess (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5955-16 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3460-13). Vad gäller frågan om edition bör noteras att det inte finns anledning att medge edition om syftet med editionen är att undersöka om det finns några brister (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5583-14).

Nordenta har vidare lyft fram att anbuderna från två av de vinnande leverantörerna rätteligen borde ha förkastats. De aktuella kraven kan inte förstås på annat sätt än att anbudsgivare i offererad produktserie ska erbjuda produkter med efterfrågad egenskap, inte att alla produkter ska uppfylla kravet. En sådan exakt specifikation är sannolikt i strid med dels kravet på proportionalitet, dels förbudet mot konkurrensbegränsning. Vad gäller under-

gruppen G4 kan konstateras att regionen har efterfrågat en mängd produkter med olika egenskaper i olika storlekar. Region Halland har inhämtat information om att volymprocentsatsen filler är cirka 75 procent utifrån vikt och 68 procent utifrån volym (se <http://www.synca.com/english/simile.php>). Av bolagets egen dokumentation kan inte heller fullt ut utläsas att bolagets offererade produkter totalt uppfyller kravet på 77 procent filler. De olika produkterna i TPH Spectra serien har mellan 75,5 och 77,2 procent filler (se TPH SPECTRA Universal Composite Restorative February 2013 Dentsply International). Med hänsyn till ovanstående angivelser från tillverkarna och leverantörens försäkran har Region Halland haft att utgå från att anbudet uppfyller kravet. Det kan även noteras att Socialstyrelsen i sitt informationsmaterial om aktuellt material hävdar att fillerinnehållet kan uppgå till 65–70 volymprocent, vilket illustrerar frånvaron av exakthet. Sannolikt finns ingen tillverkare som med fullständig säkerhet kan styrka viss volymprocentsats. Vad gäller undergrupp J2 kan konstateras att många av de produkter som DAB Dental AB har offererat i aktuell serie är fria från olja. Kravet har därför ansetts tillräckligt uppfyllt. Ovanstående resonemang styrks av att Region Halland inför upphandlingen har skickat ut förfrågningsunderlaget på extern remiss till bolag som bedriver grossisthandel med dentalt förbrukningsmaterial samt genomfört en request för information för att förebygga upphandlingsrättsliga och avtalsrättsliga konflikter och i övrigt verka för en ömsesidigt god affär. Leverantörerna har under anbudstiden haft och tagit möjligheten att ställa utförliga och omfattande frågor.

Vad gäller beslutet att inte tilldela kontrakt avseende undergruppen G1 bör nämnas att det framgår att anbudet från DAB Dental AB har befunnits vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Produkten har dock inte utvärderats av arbetsgruppen och någon tilldelning har därmed inte kunnat ske. Upphandlingen har inte avbrutits i syfte att dela upp upphandlingen, men det kan noteras att värdet på denna del av kontraktet under en fyraårsperiod under-

stiger värdet för direktupphandling. Om värdet skulle överstiga gränsen för direktupphandling skulle Region Halland ha att upphandla produkten separat eller tillsammans med någon annan produktgrupp.

Nordenta har vidare inte visat att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada för det fall förvaltningsrätten skulle anse att Region Halland har agerat i strid med LOU (jfr HFD 2013 ref. 53). Region Halland har därvid fått in sju anbud som varken bedömts eller utvärderats i återopade delar. Bolagets anbud är prismässigt placerat på en tredje plats efter DAB Dental AB och Dentalringen. DAB Dental AB och Dentalringen har bedömts uppfylla förfrågningsunderlagets krav. Nordenta har inte närmare redogjort för på vilket sätt konkurrenternas anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven. Det bör även beaktas att upphandlingen har publicerats med förbehållet att den kan komma att tilldelas och avbrytas i delar. Nordenta har följaktligen inte lidit någon skada i denna del.

Förvaltningsrätten har den 12 maj 2017 avslagit Nordentas yrkande om att få ta del av Region Hallands sammanställning av priser per produktgrupp, ”Produktutvärdering av handhavande samt funktion”.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Handläggningen av målet

Under det inledande skedet i handläggningen av målet fattade förvaltningsrätten den 12 maj 2017, på den då tillgängliga informationen, beslut att helt inskränka Nordentas rätt till partsinsyn i fråga om en sammanställning av priser per produktgrupp, ”Produktutvärdering av handhavande samt funktion”, som Region Halland hade lämnat in. Därefter har Nordenta inte kommit in med någon ny begäran om att få ta del av sammanställningen. Förvaltningsrätten har vidare med ledning av hur processläget utvecklats under handläggningen bedömt att det inte funnits någon anledning att kommunicera sammanställningen med Nordenta.

Parterna har vidare genom förvaltningsrättens processledning fått information om utredning som tillförts respektive inte tillförts målet och i anslutning till detta uppmärksammats på skaderekvisitet enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU (se aktbilagorna 20 och 26).

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att målet är erforderligt utrett och att målet kan avgöras i sak med hänsyn till hur parterna bestämt sin respektive talan.

Överprövningen av upphandlingen

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten

har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag.

Nordenta har, som skäl för att upphandlingen ska rättas, anfört att bolaget uppfyller aktuella produktspecifika krav och har offererat lägst pris per produktgrupp respektive undergrupp. Till stöd för sin talan har bolaget gett in en sammanställning av offererade priser. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att det saknas priser och övrig information avseende produktgrupperna och undergrupperna E2, I2, I4, K3, N och O. Det framgår följaktligen inte av utredningen att Nordenta har lämnat anbud i dessa delar. Det material som Nordenta åberopat ger inte heller någon ledning vid bedömningen av om sammanställningen som Region Halland åberopat är rättvisande. Under sådana förhållanden har Nordenta inte gjort sannolikt att de lidit eller kan komma att lida skada av de påstådda bristerna i upphandlingen i nämnda delar.

Vad gäller övriga produktgrupper och undergrupper kan förvaltningsrätten konstatera att Region Halland inte har invänt mot den sammanställning som Nordenta har gett in. Nordenta får därför anses ha visat att bolagets offererade priser är korrekt sammanräknade. Det avgörande blir därmed den motbevisning som Region Halland har gett in till stöd för sin uppfattning att det har funnits förutsättningar för att tilldela andra leverantörer kontrakt. Region Halland har därvid gett in en sammanställning över offererade priser per produktgrupp och undergrupp. Utan mer detaljerade uppgifter om vilka priser som har offererats kan detta inte anses motbevisa påståendet om att felräkningar kan ha skett och att Nordenta kan ha offererat lägst pris per produktgrupp och undergrupp. Vad Nordenta har anfört talar därför med tillräcklig styrka för att utvärderingen har skett i strid med LOU och att bolaget har riskerat att lida skada. Det finns därför skäl för att förordna om rättelse i aktuella delar.

Nordenta har vidare anfört att det inte har funnits sakliga skäl för att avbryta upphandlingen såvitt avser undergrupp G1. LOU innehåller därvid ingen uttrycklig reglering av frågan om när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Av praxis framgår att rätten att avbryta en upphandling inte är begränsad till undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett sådant beslut måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa gemenskapsrättsliga regler. Sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling har bl.a. ansetts vara bristande konkurrens, felaktigt utformad utvärderingsmodell eller att offererat pris överstiger upphandlande myndighetens budget.

Region Halland har som skäl för beslutet angett att offererad produkt inte har utvärderats av arbetsgruppen och att någon tilldelning därmed inte har kunnat ske. Region Halland har även lyft fram att värdet på denna del av upphandlingen understiger värdet för direktupphandling och att upphandlingen har annonserats med förbehåll om att delar av den skulle kunna komma att avbrytas. Förvaltningsrätten kan konstatera att det inte har framkommit att det har funnits några hinder för att göra utvärderingen. Det är därför högst oklart vad syftet har varit med att avbryta upphandlingen i denna del. Enbart förhållandet att en utvärdering inte har gjorts kan enligt förvaltningsrättens mening inte utgöra sakligt godtagbara skäl. En upphandlande myndighet skulle annars ha möjlighet att godtyckligt avbryta upphandlingar om t.ex. en önskad leverantör valt att inte lämna anbud. Vad som anförts om att produkten skulle ha kunnat direktupphandlas separat kan inte heller utgöra godtagbara skäl för att avbryta en redan annonserad upphandling. Region Halland har därvid inte redogjort för varför kontrakt inte skulle kunna tilldelas i denna del genom att slutföra den inledda upphandlingen. Inte heller en allmänt hållen upplysning om att en upphandling kan komma att avbrytas kan i sig medföra att det föreligger sakliga skäl för att avbryta en upphandling. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att

Region Halland inte har förmått göra sannolikt att det har förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Region Halland har invänt att Nordenta i vart fall inte har visat att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada av avbrytandebeslutet och framhållit att Nordenta inte närmare har redogjort för på vilket sätt konkurrenternas anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven. Förvaltningsrätten noterar att Region Halland i sitt senaste yttrande i frågan har angett att anbuden inte har utvärderats. I praxis har tidigare konstaterats att det inte är lämpligt att en förvaltningsdomstol, vid bedömningen av om skaderekvisitet är uppfyllt, gör en utvärdering av anbud som inte har utvärderats av upphandlande myndighet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5319-16). Mot denna bakgrund får Nordenta anses ha gjort sannolikt att bolaget i vart fall riskerar att lida skada genom att bolagets anbud inte har utvärderats. Beslutet att avbryta upphandlingen ska därför upphävas.

Sammanfattningsvis ska ansökan bifallas delvis på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering avseende produktgrupperna och undergrupperna med beteckning A, C, D, E1, E3, F, G2–G4, H, I1, J1–J2, K1–K2, L1–L3 och M. Ansökan ska även bifallas i den del den gäller beslutet att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen såvitt avser undergrupp G1 ska alltså upphävas. I övrigt ska ansökan avslås.

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

Mattias Almqvist

Tf. chefsrådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.