



**SÖKANDE**

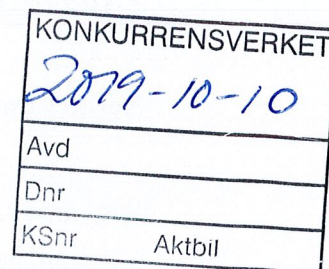
Nerikes Dentalservice AB, 556438-0888

**MOTPART**

Östergötlands läns landsting, 232100-0040

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Östergötlands läns landsting (nedan Regionen) genomför upphandling av ramavtal avseende ”Dental unit/stol” (dnr UC-2018-243). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Avsikten är att teckna ramavtal med tre leverantörer. Genom tilldelningsbeslut den 29 maj 2019 antogs tre andra leverantörer än Nerikes Dentalservice AB (nedan Nerikes Dentalservice). Av tilldelningsbeslutet framgår att Nerikes Dentalservice inte kvalificerades till anbudsutvärdering med motiveringen att obligatoriska krav under avsnitt 2.8.7.1, *Referenser*, inte var uppfyllda.

Nerikes Dentalservice ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den inte får avslutas förrän rättelse har skett.

Regionen bestrider bifall till ansökan.

## **VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR**

### **Nerikes Dentalservice**

Regionen har inte bedömt lämnade referenser under punkten 2.8.7.1 i upphandlingsdokumentet på ett korrekt sätt. Genom att vara medlem i Svensk Dentalservice Ekonomisk förening (Svensk Dentalservice) sker arbetet gemensamt. Det är Svensk Dentalservice som äger agenturerna och avtalen med leverantörerna. Försäljningen i Sverige bedrivs genom medlemmarna. Tillsammans med övriga medlemmar är Nerikes Dentalservice ägare av Svensk Dentalservice och referenserna som har angetts i anbudet är gemensamma för Svensk Dentalservice. Nerikes Dentalservice äger alltså rätten till dessa referenser. När det gäller angivna referenser har Nerikes Dentalservice varit delaktigt på ett eller annat sätt. Eftersom Nerikes Dentalservice äger Svensk Dentalservice finns redan den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Det har således inte varit nödvändigt att bifoga ett kapacitetsåtagande. Vid behov finns tillgång till samtliga tekniker inom Svensk Dentalservice.

Vidare har Svensk Dentalservice haft och har avtal med andra regioner. Gemensamma referenser har inte tidigare inneburit något problem eftersom regionerna bedömt Svensk Dentalservice och dess medlemmar som en enhet som arbetar med samma produkter och gemensamma referenser. Därutöver är det ytterst besynnerligt att Regionen kvalificerat Dentalservice Sydost HB i upphandlingen under samma premisser som Nerikes Dentalservice AB.

### **Regionen**

Av 14 kap. 6 § LOU framgår att en leverantör för ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet, bl.a. avseende teknisk och yrkesmässig

kapacitet. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Nerikes Dentalservice har angett referensuppdrag som det inte själv har utfört. Det har emellertid i anbudet inte styrkts genom intyg eller dylikt att Nerikes Dentalservice verkligen förfogar över aktuellt företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet, vilket strider mot 14 kap. 6 § LOU. Att Nerikes Dentalservice är en av ägarna till det företag vars kapacitet åberopas, samt att arbete sker under samma kvalitetsledningssystem, innebär inte att det har styrkts att man förfogar över aktuellt företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Det föreligger en skillnad med att nyttja underleverantörer och att åberopa annans kapacitet. När en anbudsgivare anger underleverantör som avses att nyttjas behöver inte ett åtagande från underleverantören bifogas anbudet, under förutsättning att underleverantörens kapacitet inte behöver åberopas för att uppfylla ett kvalificeringskrav. Beträffande Nerikes Dentalservices anbud har det inte varit tillräckligt att endast specificera underleverantör utan för den specifika underleverantör vars referensuppdrag angetts har det i enlighet med 14 kap. 6 § LOU krävts ett intyg eller dylikt som styrker att Nerikes Dentalservice verkligen förfogar över detta företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet för fullgörande av kontraktet. Att ett intyg eller liknande, som styrker att ett företag ställer sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet till anbudsgivarens förfogande, måste redovisas redan i anbudet är en direkt följd av 4 kap. 11 § LOU som stadgar att när en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU för att uppfylla ett kvalificeringskrav så ska detta företag kontrolleras enligt 4 kap. 10 § andra stycket 2 och 3 LOU.

Nerikes Dentalservice har uttryckligen angett att det är den ekonomiska föreningen, som är en annan juridisk person, som äger avtalen med

leverantörerna. Genom detta får rimligtvis förstås att beträffande de referensuppdrag som Nerikes Dentalservice angett i sitt anbud så att motparten gentemot köparen i uppdragen varit Svensk Dentalservice. För att kunna utnyttja åberopade referensuppdrag hade Nerikes Dentalservice behövt bifoga ett kapacitetåtagande från Svensk Dentalservice med sitt anbud. Så har inte skett varför anbudet rätteligen har förkastats. Om det ändå ska ses som gemensamma referenser hade det likväl ett åtagande i enlighet med 14 kap. 6 § LOU behövt bifogas Nerikes Dentalservices anbud. Härvid ska särskilt påtalas att det under punkten 2.8.7.1 i upphandlingsdokumentet uttryckligen anges att anbudsgivare ska ange tre stycken referenter för vilken anbudsgivaren utfört liknande uppdrag. Detta har inte utgjort hinder mot att annan leverantörs referensuppdrag åberopas, men i så fall behövs ett åtagande i enlighet med 14 kap. 6 § LOU.

Om den dokumentation som Nerikes Dentalservice numera i överprövningsprocessen åberopar skulle anses visa på att det förfogar över nödvändig kapacitet så ska det påtalas att dokumentationen inte bifogades anbudet. En upphandlande myndighet får endast bedöma ett anbud så som det lämnats innan anbudstidens utgång. Att Nerikes Dentalservice har kunnat åberopa dylika referensuppdrag i upphandlingar genomförda av andra regioner saknar relevans för detta mål. Varje upphandling är unik och andra upphandlande myndigheters kontroller och bedömningar av anbud utgör inte någon rättslig vägledning.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Rättslig reglering**

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

Enligt 14 kap. 1 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet i upphandlingen ställa krav på att leverantörer ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

Av 14 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Detta gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot en upphandling på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

Som huvudprincip gäller att det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet har brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Regionen har inte kvalificerat Nerikes Dentservice till anbudsutvärdering i upphandlingen med motiveringen att kraven enligt punkten 2.8.7.1, *Referenser*, i upphandlingsdokumentet inte är uppfyllda. Som skäl för diskvalificeringen har Regionen närmare framfört att Nerikes Dentservice i anbudet har hänvisat till referensuppdrag som utförts av annat företag och att Nerikes Dentservice inte i anbudet har styrkt att det förfogar eller kommer att förfoga över aktuella företags kapacitet när kontraktet ska fullgöras.

Nerikes Dentservice har invänt bl.a. att angivna referensuppdrag i anbudet är gemensamma för Svensk Dentservice Ekonomisk förening. Nerikes Dentservice äger Svensk Dentservice och därmed också angivna referenser.

Av punkten 2.8.7.1, *Referenser* i upphandlingsdokumentet framgår, såvitt här relevant, följande.

*Anbudsgivare ska ange tre (3) stycken referenter för vilken anbudsgivaren utfört liknande uppdrag.*

[...]

*f. Kort beskrivning av uppdraget.*

Beträffande det aktuella kravet avseende referenser i punkten 2.8.7.1 i upphandlingsdokumentet konstaterar förvaltningsrätten att det utgör ett kvalificeringskrav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet riktat mot

leverantörerna. Enligt förvaltningsrätten får syftet med det aktuella kravet anses vara att den upphandlande myndigheten ska kunna säkerställa att anbudsgivaren har erfarenhet av liknande uppdrag och därmed en teknisk och yrkesmässig kapacitet som är tillräcklig för att fullgöra uppdraget som är föremål för den nu aktuella upphandlingen.

Av ordalydelsen av kravet ifråga följer att det är anbudsgivaren som ska ha utfört liknande uppdrag. När det gäller ett kvalificeringskrav som rör leverantörers teknisk eller yrkesmässig kapacitet får en leverantör emellertid enligt 14 kap. 6 § LOU vid behov åberopa annat företags kapacitet. Någon uttrycklig begränsning av möjligheten att åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet avseende referenser har inte heller gjorts i upphandlingsdokumentet.

Av 14 kap. 6 § LOU följer vidare att det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Det är alltså leverantören som har bevisbördan i detta hänseende. Inom ramen för kontrollen av om sådant förfogande är för handen är det inte tillåtet att presumera att en anbudsgivare förfogar eller inte förfogar över de resurser från åberopat företag som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet (se EU-domstolens avgörande C-234/14 *Ostas celtnieks*). Eftersom det aktuella kravet avseende referenser i punkten 2.8.7.1 i upphandlingsdokumentet utgör ett kvalificeringskrav anser förvaltningsrätten att tidpunkten för när en anbudsgivare ska lämna bevis som stödjer att denne förfogar eller kommer att förfoga över ett annat företags kapacitet ska göras senast vid anbudstidens utgång. Något annat kan inte heller utläsas ur upphandlingsdokumentet.

I målet är klarlagt att Nerikes Dentalservice i enlighet med kravet i punkten 2.8.7.1 i upphandlingsdokumentet har angett tre referenser i anbudet. Regionen har emellertid efter anbudstidens utgång begärt ett klagörande

från Nerikes Dentalservice beträffande huruvida det är Nerikes Dentalservice som har utfört angivna referensuppdrag och i sådant fall i vilken omfattning. Av det svar som Nerikes Dentalservices lämnade till Regionen kan enligt förvaltningsrätten utläsas att de angivna referensuppdragen har utförts antingen av Nerikes Dentalservice tillsammans med annat företag eller helt av annat företag än Nerikes Dentalservice. Såvitt kommit fram i målet har referensuppdrag benämnda nummer ett respektive två utförts gemensamt med annat företag. Vad gäller referensuppdrag benämnt nummer tre har det utförts helt av annat företag.

I aktuellt fall har Nerikes Dentalservice i anbudet inte redovisat och åberopat annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskravet avseende referenser. Eftersom Nerikes Dentalservice inte har utfört referensuppdraget benämnt nummer tre har det således åvilat Nerikes Dentalservice att åberopa aktuellt företags kapacitet och till anbudet dessutom lämna ett åtagande eller annat bevis som visar Nerikes Dentalservice förfogar eller kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna från aktuellt företag när kontraktet ska fullgöras. Med hänsyn till vad som kommit fram i målet har det även för referensuppdrag benämnda nummer ett respektive två åvilat Nerikes Dentalservice att åberopa aktuella företags kapacitet och till anbudet bifoga åtagande eller annat bevis. Vad Nerikes Dentalservice har framfört om att det är medlem i Svensk Dentalservice Ekonomiska förening och därmed ska anses vara innehavare av angivna referensuppdrag m.m. föranleder inget annat ställningstagande i detta hänseende. Det har inte kommit fram att Nerikes Dentalservice ensamt äger aktuella företag som faktiskt utfört angivna referensuppdrag. Sammantaget har Nerikes Dentalservice således inte uppfyllt kravet avseende referenser i punkten 2.8.7.1 i upphandlingsdokumentet. Regionen har därmed rätteligen inte kvalificerat Nerikes Dentalservice för anbudsutvärdering i upphandlingen på den angivna grunden.



I aktuellt fall har Dentalservice Sydost HB inte tilldelats avtal i upphandlingen. Vad Nerikes Dentalservice har anfört om att Regionen under samma förutsättningar har kvalificerat Dentalservice Sydost HB i upphandlingen visar inte enligt förvaltningsrätten att Nerikes Dentalservice har lidit eller riskerat att lida skada i den meningen som avses i 20 kap. 6 § LOU till följd av den påstådda överträdelsen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte har kommit fram skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU utifrån vad Nerikes Dentalservice har anfört i målet. Ansökan ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Magnus Wickström  
rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



## 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 avvisar 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](http://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.

