



KLAGANDE

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899
745 85 Enköping

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

MOTPART

Region Östergötland
581 91 Linköping

Ombud: Advokat Walter Sköldstam
ANNOT Advokatbyrå AB
G:a Rådstugugatan 30
602 24 Norrköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

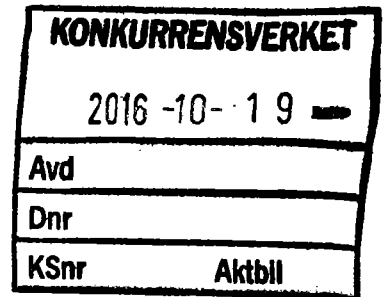
Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 1 april 2016 i mål nr 7199-15,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket*

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

BAKGRUND

Region Östergötland genomför en upphandling av dentala förbrukningsartiklar. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande och tilldelningsgrund är lägsta pris per produktanbudsposition. Av handlingarna i målet framgår att Aktiebolaget Nordentas anbud har förkastats i den del det avser produktanbudspositionen 4.10.11, eftersom Nordenta har offererat en produkt som inte ansetts likvärdig den efterfrågade referensprodukten.

Nordenta ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten och anförde bl.a. att den produkt som offererats rätteligen är likvärdig med eller bättre än den av regionen efterfrågade. Förvaltningsrätten avslog ansökan i denna del.

YRKANDEN M.M.

Nordenta yrkar i första hand att kammarrätten ska besluta att den överklagade delen av upphandlingen (produktanbudsposition 4.10.11) ska rättas på så sätt att anbudet från Nordenta inte ska förkastas på den grunden att den av bolaget offererade produkten "4U" inte är likvärdig den i förfrågningsunderlaget angivna produkten "Filtek Z250". I andra hand yrkar Nordenta att den överklagade delen av upphandlingen ska göras om.

Regionen anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Nordenta

Det är ostridigt att produktanbudspositionen innehåller en hänvisning till ett varumärke. Upphandlande myndigheter får endast hänvisa till varumärken om detta inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det är svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till ett visst varumärke varken

gynnar eller missgynnar vissa företag. Genom varumärkeshänvisningen hindras Nordenta från att delta med sin fulla konkurrensmässiga potential samt från att använda hela sitt utbud av produkter och underleverantörer. Att Nordenta missgynnas av hänvisningen är uppenbart, eftersom bolaget tillverkar den offererade produkten, men inte referensprodukten.

En hänvisning till ett varumärke är godtagbar endast om det föreligger en undantagssituation i vilken det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Det måste i princip vara objektivt omöjligt att göra detta. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en sådan undantagssituation föreligger.

Det hade varit möjligt för regionen att beskriva föremålet för upphandlingen utan hänvisning till något varumärke. Regionen hade, bland andra exempel, kunnat ställa krav på att produkten skulle finnas i vissa färger, vara förpackad på visst sätt och ha viss kvalitetsmärkning. Detta var inte bara möjligt, utan skulle också ha gett anbudsgivarna en bättre bild av den begärda produkten och vilka egenskaper som efterfrågades. Oavsett hur det ligger till med den saken har regionen inte ens gjort gällande att det varit omöjligt att beskriva föremålet utan hänvisningen till varumärke. Det bör vidare beaktas att anledningen till att en sådan hänvisning kan tillåtas i undantagsfall inte är att detta kan vara arbetsbesparande för den upphandlande myndigheten, utan att det kan underlätta för leverantörerna.

Förvaltningsrätten synes ha avslagit Nordentas ansökan i den nu aktuella delen på grund av att bolaget inte hade invänt mot hänvisningen till varumärke. Detta kan ifrågasättas, eftersom regionen har bevisbördan avseende detta.

Även om man bortser från att regionens hänvisning till visst varumärke varit otillåten, är den av Nordenta offererade produkten likvärdig med eller bättre än den som efterfrågats. Den uppfyller samtliga egenskaper som referens-

produkten uppfyller och som hade kunnat användas för att beskriva produkten i stället för att hänvisa till ett varumärke. På samma grunder som redogjorts för i förvaltningsrätten bestrids att de invändningar som gjorts mot den offererade produkten är befogade. Om produkten på något sätt inte är likvärdig, är kravet vidare oproportionerligt i den delen eftersom andra produkter som används i samma sammanhang är väsentligt mer cytotoxiska. Det har dessutom inte varit möjligt att förutse vilka kvalitetskrav som efterfrågas vid bedömningen av likvärdighet med det angivna varumärket. Något uttryckligt krav avseende cytotoxicitet har inte ställts upp. I praktiken har regionen ansett att ingen produkt är likvärdig referensprodukten.

Nordenta har lidit skada på grund av den otillåtna hänvisningen till visst varumärke. Nordenta har också lidit skada till följd av att dess anbud förkastats efter en felaktig bedömning av den offererade produktens likvärdighet.

Till stöd för sin talan åberopar Nordenta ett antal kammarrättsavgöranden och EU-domstolens avgörande i mål C-27/15.

Regionen

Samtliga anbudsgivare har haft möjlighet att offerera en produkt likvärdig referensprodukten. Därmed har ingen gynnats eller missgynnats genom hänvisningen till visst varumärke.

Hänvisning har skett till ett antal varumärken eftersom upphandlingen avser omkring 600 olika produkter. Att beskriva produkternas egenskaper skulle kräva omfattande arbete utan att göra det lättare för anbudsgivarna att begripa vad som efterfrågas. Tvärtom skulle upphandlingen ha svällt till gigantiska proportioner med så många uppgifter att det skulle ha blivit svårt för anbudsgivarna att överblicka dem. Om upphandlingen hade utformats utan referensprodukter skulle kravspecifikationerna ensamma ha omfattat

omkring 1 200 sidor. Det får därför anses att det inte har varit möjligt för regionen att beskriva de efterfrågade produkterna tillräckligt preciserat och begripligt utan att använda sig av referensprodukter. Regionen har vidare angett att likvärdiga produkter godtas.

Det är Nordenta som har bevisbördan för att deras produkt är likvärdig referensprodukten. Det torde vara uppenbart att en produkts cytotoxicitet är av central betydelse när den ska användas på patienter. Slutsatserna av den forskningsrapport som åberopas går inte att ta miste på i detta hänseende, trots att rapporten har fått kritiska kommentarer i vissa delar.

Nordenta har förstått vad som efterfrågats och haft möjlighet att offerera en likvärdig produkt. Nordenta kan därför inte under några omständigheter anses ha lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Hänvisningar till referensprodukter

I 6 kap. 4 § första stycket LOU anges att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Enligt paragrafens andra stycke får sådana uppgifter och hänvisningar som nämns i första stycket dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

För att en hänvisning till ett varumärke ska vara tillåten bör det enligt kammarrättens mening krävas att den gör det mer tydligt och begripligt för anbudsgivarna vad som efterfrågas. Regionen har uppgett att det skulle ta

omkring 1 200 sidor i anspråk att beskriva samtliga de efterfrågade produkterna utan att hänvisa till referensprodukter. Nordenta har inte invänt mot vad regionen uppgett i denna del. Så pass omfattande beskrivningar skulle i praktiken vara omöjliga eller i vart fall mycket svåra för anbudsgivarna att överblicka, vilket skulle göra att förfrågningsunderlaget blev praktiskt taget oanvändbart (jfr prop. 2006/07:128 s. 193). Detta innebär enligt kammarrättens uppfattning att det inte kan anses ha varit möjligt att, i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU, beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisningar till vissa varumärken. Därmed har regionens hänvisningar varit tillåtna.

Likvärdighet

Nästa fråga är om den av Nordenta offererade alternativa produkten är likvärdig referensprodukten. I denna del gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten, dvs. att så inte varit fallet.

Transparens

Nordenta anför att något krav på att den offererade produktens cytotoxicitet inte får överstiga en viss nivå inte framgår av förfrågningsunderlaget. Som kammarrätten tolkar detta menar Nordenta att förfrågningsunderlaget brustit i transparens i denna del.

Om en undantagssituation enligt 6 kap. 4 § LOU föreligger, kan det enligt kammarrättens mening inte med stöd av transparensprincipen krävas att den upphandlande myndigheten fullständigt redogör för hur likvärdighetsbedömningen ska gå till. Detta skulle kunna innebära att den nämnda bestämmelsen inte fyller någon funktion. Vad som kan krävas i detta hänseende bör i stället vara att anbudsgivarna får tillräcklig information för att kunna visa att alternativa produkter är likvärdiga referensprodukten.

I förfrågningsunderlaget har angetts att till anbud som innehåller alternativa produkter ska bifogas dokumentation som visar att samtliga produkttegenskaper motsvarar referensproduktens. Nordenta har inte angett något skäl till varför alternativa produkters cytotoxicitet inte skulle omfattas av detta krav. Det av Nordenta åberopade avgörandet från EU-domstolen i mål C-27/15, vilket handlar om krav som varken framgår av förfrågningsunderlaget eller nationell rätt, synes ta sikte på en annan situation. Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att kravet inte har brutit i transparens när det gäller den grund som utgör orsaken till att Nordentas anbud har förkastats i denna del.

Proportionalitet

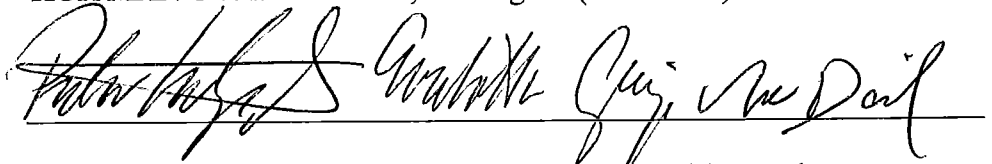
Nordenta gör också gällande att kravet är oproportionerligt. Det aktuella kravet; dvs. att samtliga produkttegenskaper ska motsvara alla referensprodukternas egenskaper, är onekligen strängt. Om ett anbud förkastas på grund av detta krav och med hänvisning till att den alternativa produkten saknar någon egenskap av mer perifer betydelse, torde detta kunna anses oproportionerligt. Omvänt kan förkastandet inte anses oproportionerligt om det sker med hänvisning till någon produkttegenskap av central betydelse.

Av utredningen i målet framgår att den av Nordenta offererade produkten under position 4.10.11 förkastades på grund av att den inte ansågs likvärdig referensprodukten. Skälet till detta var att den offererade produkten, enligt en rapport från odontologiska fakulteten vid Universitetet i Oslo efter en undersökning gjord på beställning av Helsedirektoratet, bl.a. hade tre gånger så stor cytotoxicitet som referensprodukten. Kammarrätten anser att en produkts cytotoxicitet framstår som en egenskap av central betydelse i en upphandling som avser dentala förbrukningsartiklar. Det förhållandet att kravet på likvärdighet såvitt avser andra egenskaper än den nämnda skulle kunna vara oproportionerligt medför inte någon annan bedömning.

Slutsats

Regionens hänvisningar till referensprodukter har varit tillåtna. Såvitt framkommit är den produkt som Nordenta har offererat inom den aktuella produkthanbudspositionen inte likvärdig referensprodukten. Det har inte heller i övrigt visats att regionen har brutit mot någon bestämmelse i lagen om offentlig upphandling på ett sätt som medfört skada eller risk för skada för Nordenta. Överklagandet ska därmed avslås.

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



Kammarrättslagmannen Peder Liljeqvist (ordförande) samt kammarrättsråden Evalotta Grip och Anders Davidson (referent) har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Kammarrättsfiskalen Max Uhmeier



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-04-01
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7199-15

SÖKANDE

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899
745 85 Enköping

Ombud: Advokat Carl Norén och biträdande jurist Nils Karlsson Green
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Region Östergötland
581 91 Linköping

Ombud: Advokat Walter Sköldstam
Advokatbyrån Svensk Juristpartner AB
G:a Rådstugugatan 30
602 24 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen beträffande ”Munspegelskaft
ergonomiskt” i produktområde 4.1.20 och ”Polerare för komposit” i pro-
duktområde 4.9.3 ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 243245

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Östergötland (regionen) genomför upphandlingen Dentala förbrukningsartiklar, med diarienummer UC-2014-256. Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande och tilldelningsgrund är lägsta pris per produktanbudspost. Avtal tecknas med en leverantör per produktanbudspost.

Regionen beslutade den 14 oktober 2015 att tilldela kontrakt för vissa produktanbudspost till AB Nordenta (bolaget), ApoEx AB, Gama Dental AB, Dab Dental AB, Plandent AB respektive Unident AB.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering ska göras av följande produktområden; 4.1.20, 4.1.22 (position 2), 4.2.1, 4.2.6, 4.3.1, 4.5.6, 4.9.1 (position 2 och 3) 4.9.3, 4.10.2, 4.10.10 (position 2) och 4.10.11. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan.

Av beslut den 5 november 2015 respektive den 26 januari 2016 framgår att regionen beslutat att avbryta upphandlingen avseende "Mikropensel" i produktområde 4.1.14, "Diamant FG rund" i produktområde 4.4.1, "Filar manuell rensning" och "Filar manuell rensning NiTi" i produktområde 4.5.3 samt "Sensorskydd" i produktområde 4.1.22.

Regionen har den 6 november 2015 fattat ett nytt tilldelningsbeslut som avser produktområden som inte är föremål för överprövning i detta mål.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

4.1.20 "Munspegelskaft ergonomiskt"

Det bestrids att produkten inte är ergonomisk. I förfrågningsunderlaget uppställs inget särskilt krav på att skaftet ska vara av en viss tjocklek, eller vara mjukt. Ett obligatoriskt krav på att produkten ska vara "ergonomisk" lämnar dessutom ett stort utrymme för godtycklighet, vilket medger en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier. Regionen ger sig själv därmed i princip fri prövningsrätt. Kravet är därmed inte proportionerligt eller transparent.

4.9.3 "Polerare för komposit"

Den offererade produkten håller hög kvalitet. I förfrågningsunderlaget uppställs inte heller annat krav än att produkten ska vara latexfri, vilket produkten är. Det uppställs inga krav på produktens avverkningsförmåga eller förbrukningstid. Det uppställs inte heller något krav på att produktens kvalitet ska bevisas, varför anbudsgivarens bekräftelse att produkten håller god kvalitet får anses uppfylla kravet. Kravets formulering lämnar dessutom ett stort utrymme för godtycklighet, vilket medger en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier. Det strider mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet.

4.10.2 "Bonding Onestestep Bond"

Bolaget har offererat en produkt som är likvärdig med "Bonding Onestep Bond". Anbudet har förkastats eftersom bolaget inte bifogade någon dokumentation som visar att produkten är likvärdig. Regionen är dock skyldig att acceptera produkter som uppfyller kraven, oavsett varumärke. Genom att ställa särskilda krav på dokumentation på de produkter som är av annat produktnamn än de specifika fabrikat som hänvisas till i förfrågningsunderlaget

omöjliggör regionen i praktiken att andra produkter kan offereras. Förfarandet strider mot likabehandlingsprincipen. Beviskravet är dessutom så högt ställt att leverantörer av liknande produkter diskrimineras.

4.10.11 "Filtek Z250"

Med hänvisning till en forskningsrapport menar regionen att den av bolaget offererade produkten "4U" inte är likvärdig med den efterfrågade produkten "Filtek Z250". Delar av den av regionen åberopade rapporten har dock ifrågasatts av rapportförfattarna själva. Studien är även ifrågasatt av flera välrenommerade forskningsinstitut i Norge. Rapporten är bristfällig och kan inte läggas till grund för påståendet att produkten "4U" inte skulle vara likvärdig med "Filtek Z250". "4U" har dessutom t.ex. högre omsättningsgrad än "Filtek Z250", vilket gör "4U" till ett bättre val. Regionen har även gjort gällande att kravet på kliniska studier i förfrågningsunderlaget utgått, vilket bolaget rättat sig efter. "4U" har funnits på marknaden i åtta år och sålts i mer än 50 500 förpackningar. Under dessa år har inte något fall av allergisk reaktion rapporterats.

Övriga produktområden

Bolaget har offererat lägsta pris på vissa produktanbudspositioner i produktområdena 4.1.22 (position 2), 4.2.1, 4.2.6, 4.3.1, 4.5.6, 4.9.1 och 4.10.10. Eftersom det inte har angetts att bolagets anbud i dessa delar ska förkastas bör bolagets anbud antas.

Regionen har uppgett att den för vissa av produktanbudspositionerna i produktområde 4.2.6 respektive 4.9.1 har räknat ut vilket anbud som innehöll den billigaste produkten per rengöring respektive per milliliter. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att någon sådan beräkning ska göras. För att regionen skulle kunna göra sådana beräkningar hade krävts att utvärderingen skulle göras med utgångspunkt i det ekonomiskt mest fördelaktiga anbu-

det. Om priset ska jämföras "per användning" bör det göras för samtliga produktanbudspositioner.

Transparens

Regionen redovisade inte skälen för varför bolagets anbud inte antagits i tilldelningsbeslutet och regionen har därför brutit mot 9 kap. 9 § LOU.

Regionen har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten upprepade gånger ändrat skälen till varför bolagets anbud inte har antagits. Regionen tillämpar därför kraven som ställts upp i upphandlingen godtyckligt och på ett icke-transparent och oenhetligt sätt. Upphandlingen bör därför göras om.

Enligt 2.5.4 i förfrågningsunderlaget ska tilldelning ske till det anbud med lägst pris per position. För det fall 2.5.4 i förfrågningsunderlaget ska tolkas på det sätt som regionen gör gällande kan förfrågningsunderlaget inte anses vara tillräckligt tydligt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna tolka dem på samma sätt. Regionen har själv blandat ihop begreppen produktområde och produktanbudsposition. Om regionen inte hade blandat ihop begreppet hade bolaget t.ex. tilldelats kontraktet avseende 4.5.6. "Guttaperkaspetsar Taper".

Regionen

4.1.20 "Munspegelskaft ergonomiskt"

Bolagets offererade produkt uppfyller inte kravet på att vara ergonomiskt. Kravet är proportionerligt och transparent. En referensgrupp som består av tandläkare, tandsköterska och tandhygienist har utvärderat produkten. Skaffet ansågs vara för smalt och hårt för att vara greppvänligt. Produktens greppvänlighet får anses ingå i bedömningen av om produkten är ergonomiskt eller inte.

4.2.1 "Bettregistrering"

Av förfrågningsunderlaget p. 3.1.18 framgår att anbudsprover ska skickas in på begäran. Den 3 september 2015 begärde regionen att bolaget skulle skicka in anbudsprover av produkten. Regionen erhöll dock inte några prover varför bolagets produkt inte har kunnat utvärderas.

4.9.3 "Polerare för komposit"

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.2 framgår att produkterna som offereras ska vara av god kvalitet och lämpliga för avsett ändamål. Bedömningen av om en produkt uppfyller kraven görs av en referensgrupp. Vid utvärderingen av bolagets produkt framkom att den avverkade dåligt och förbrukades snabbt. Produkten slets ut innan poleringen av en kompositfyllning var klar. Det får anses självklart att produkten ska hålla minst en fyllning. Den bristande kvaliteten på produkten medförde att anbudet förkastades i denna del.

4.10.2 "Bonding Onestestep Bond"

Bolaget har offererat en annan produkt än den som regionen efterfrågat, men inte skickat med någon dokumentation som visar att produkten är likvärdig med den som har efterfrågats. Regionen har därmed inte kunnat bedöma om den av bolaget offererade produkten är likvärdig den efterfrågade. Krav på dokumentation för bedömning strider inte mot LOU.

4.10.11 "Filtek Z250"

Den produkt bolaget offererat är inte likvärdig med den som regionen efterfrågat. Kravet på att bifoga kliniska studier har utgått. Offererade produkter ska dock vara likvärdiga referensprodukterna. Enligt en forskningsrapport från universitetet i Oslo har produkten bl.a. stor cytotoxicitet, stor risk för sensibilisering hos personal och patienter och mycket låg polymerisering som leder till läckage av monomer. Regionen ansvarar för att det material som används varken är skadligt för patient eller personal. Med tanke på re-

sultatet i forskningsrapporten kan inte bolagets produkt anses likvärdig med den efterfrågade.

Övriga produktområden

För produktområdena 4.2.6 respektive 4.9.1 hade anbudsgivare olika typer av produkter respektive olika storlek på förpackning, varför det var nödvändigt för regionen att räkna ut priset per rengöring respektive per milliliter. Detta innebär inte att regionen har tillämpat annan utvärderingsmodell än lägst pris. För övriga produktområden har bolaget redan tilldelats kontrakt för de positioner där de har lämnat lägst pris.

Transparens

De eventuella brister som kan ha funnits i tilldelningsbeslutet gällande varför bolaget inte vunnit utgör ingen grund för att ingripa mot upphandlingen och saken får även anses avhjälpt genom regionens förklaringar i målet. Det stämmer inte heller att skälen för förkastande ändrats.

Avsnitt 2.5.4 i förfrågningsunderlaget är formulerat på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Under anbudstiden ställde en anbudsgivare en fråga om tilldelningen. Regionens svarade att tilldelning alltid är per prismatris. Svaret får anses ha förtydligat de eventuella oklarheterna i förfrågningsunderlaget.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET I RELEVANTA DELAR

Av 2.5.4 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

Tilldelning sker för "Huvudsortimentet" per produktanbudsposition till det anbud med lägst pris per position som uppfyller Köparens krav. Med position avses prismatris. Både prismatris och excelfil anbudspriser skall fyllas i. Samtliga rader i prismatrisen måste besvaras med produkt som uppfyller Köparens krav för att positionen skall kunna tilldelas.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt "Frågor och svar" framgår bl.a. följande vad gäller fråga ställd den 21 april 2015 och svar lämnat av regionen dagen därpå.

Fråga: Vi önskar ett förtydligande av avsnitt 2.5.4. Är det alltid en prismatris? Se t.ex. 4.4.1 "Diamanter". Här finns sju olika prismatriser. Kan det bli sju olika leverantörer på 4.4.1 eller bara en.

Svar: Det är alltid en prismatris. Så på t.ex. 4.4.1 kan det bli sju leverantörer.

Av 3.1.2 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Produkten skall vara av god kvalitet och lämpliga för avsett ändamål. Produkterna skall vara enkla att använda i vårdprocessen. Vid behov skall anbudsgivare kunna styrka produktens lämplighet.

Referensgrupp bestående av tandläkare, tandsköterska och tandhygienist bedömer om offererad produkt uppfyller ovanstående krav. Ej godtagbara brister leder till att produkt undantas från tilldelning.

Av 3.1.3 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

På vissa positioner anges specifika fabrikat. Köparen förväntar sig då att Anbudsgivaren offererar detta fabrikat. Om anbudsgivaren ändå offererar en annan vara skall denna vara likvärdig och anbudet åtföljs av dokumentation där det tydligt framgår att samliga produktens egenskaper motsvarar den offererade produktens. [...]

Med andra ord gäller för samtliga punkter där det står ett produktnamn att även likvärdiga produkter kan offereras, men att Köparen ställer mycket höga krav på att likvärdigheten finns dokumenterad. Tandläkaren är ansvarig för resultatet mot patient och därför kan inte vissa produkter ersättas mot andra om de inte har mycket lika egenskaper, då detta kan inverka negativt på behandlingsresultatet.

Av 3.1.18 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Anbudsprover insändes på begäran.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att tekniska specifikationer inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Förvaltningsrättens bedömning

Produktområde 4.1.22

Förvaltningsrätten konstaterar att regionen har avbrutit upphandlingen avseende produktområde 4.1.22. Bolaget har inte begärt överprövning av eller yttrat sig över avbrytandebesluten. Bolagets ansökan om överprövning avseende 4.1.22 får därmed anses ha förfallit.

*Fråga om regionen haft rätt att förkasta bolagets anbud avseende "Mun-
spegelskaft ergonomiskt" i 4.1.20 och "Polerare för komposit" i 4.9.3*

Regionen har förkastat bolagets anbud i dessa delar och som skäl angett att de av bolaget offererade munspegelskaften inte var ergonomiska samt att bolagets offererade polerare inte höll god kvalitet. Bolaget har bestridit detta och bl.a. uppgett att regionens bedömning av kraven varit godtyckliga.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.2 framgår bl.a. att produkterna ska vara av god kvalitet och lämpliga för avsedda ändamål. Förfrågningsunderlaget ger dock inte någon ledning för vad regionen avser med god kvalitet för de enskilda produkterna. Vidare har det inte närmare angetts vad som avses med "ergonomiskt". Enligt förvaltningsrättens mening har en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare därmed inte kunnat avgöra vad regionen skulle tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen, vilket öppnat upp för en alltför godtycklig bedömning. Förfrågningsunderlaget i dessa delar strider därmed mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Bolaget kan ha lidit skada på grund av bristerna. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU i de delar upphandlingen avser "Munspegelskaft ergonomiskt" i 4.1.20 och "Polerare för komposit" i 4.9.3. Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om i dessa delar.

*Fråga om regionen haft rätt att förkasta bolagets anbud avseende 4.2.1
"Bettregistrering"*

Regionen har angett att bolagets anbud i denna del inte har kunnat utvärderas eftersom bolaget inte har skickat in anbudsprover då det begärts. Av 3.1.18 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsprover sänds in på begäran. Bolaget har varken uppgett att anbudsprover har sänts till regionen, eller invänt att bestämmelsen inte varit obligatorisk. Annat kan därmed inte

anses visat än att bolaget har brutit i ett obligatoriskt krav. Regionen har därför haft fog för att förkasta bolagets anbud i denna del.

*Fråga om regionen haft rätt att förkasta bolagets anbud avseende 4.10.2
"Bonding Onestestep Bond"*

Regionen har uppgett att bolagets anbud har förkastats i denna del på grund av att det saknas dokumentation som visar att den produkt som bolaget offererat är likvärdig med "Bonding Onestep Bond". Bolaget har gjort gällande att kravet på dokumentation i förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1.3 strider mot likabehandlingsprincipen och att beviskravet är så högt ställt att det diskriminerar leverantörer av likvärdiga produkter.

I förarbetena uttalas att det kan förekomma situationer då en upphandlande myndighet eller enhet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. I en sådan situation finns en möjlighet att hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung (prop. 2006/07:128 s.193). Det är alltså endast i undantagssituationer som det är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. Bolaget har dock inte gjort gällande att det varit möjligt för regionen att beskriva den aktuella produkten utan hänvisning till ett visst varumärke. Det får därför anses godtagbart i det aktuella fallet att regionen hänvisat till specifik produkt. Regionen får däremot inte förkasta ett anbud enbart på den grunden att produkten inte överensstämmer med den som regionen angett, om anbudsgivaren i sitt anbud visat att offererad produkt är likvärdig med den efterfrågade (jfr Kammarätten i Sundsvalls dom den 28 januari 2013 i mål nr 2263-12). Mot den bakgrunden kan det inte anses strida mot likabehandlingsprincipen eller vara diskriminerande att regionen har krävt dokumentation som visar att den av bolaget offererade produkten är likvärdig med den begärda. I målet förefaller det vara ostridigt att bolaget inte har kommit in med någon dokumentation, varför regionen får anses ha haft fog för att för-

kasta bolagets anbud i denna del. Vad bolaget anfört i övrigt medför inte någon annan bedömning.

Fråga om regionen haft rätt att förkasta bolagets anbud avseende produktområde 4.10.11. "Filtek Z250"

Regionen har uppgett att produkten "4U" som bolaget har offererat inte är likvärdig med den i förfrågningsunderlaget begärda produkten. Bolaget bestrider detta.

Förvaltningsrätten finner, i likhet med vad som angetts ovan, att det i det aktuella fallet får anses godtagbart att regionen hänvisat till en specifik produkt. En förutsättning för att bolagets anbud ska kunna antas är alltså att den offererade produkten är likvärdig med den som anges i förfrågningsunderlaget.

Regionen har hänvisat till en forskningsrapport från universitetet i Oslo enligt vilken bl.a. cytotoxiciteten i produkten "4U" är tre gånger högre än i "Filtek Z250". Bolaget har ifrågasatt rapportens korrekthet och hänvisat till kommentarer från ett norskt testinstitut som kritiserar den angivna forskningsrapporten. Även med beaktande av vad bolaget anfört finner förvaltningsrätten att bolaget inte har förmått visa att regionen har missbedömt "4U":s likvärdighet med "Filtek Z250". Skäl att ingripa mot upphandlingen i denna del föreligger därmed inte.

Fråga om förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller bedömning av pris samt fråga om bolaget har offererat lägst pris i produktområdena 4.3.1, 4.5.6 och 4.10.10

Bolaget har uppgett att det, för det fall avsnitt 2.5.4 i förfrågningsunderlaget ska tolkas som regionen gör gällande, är otydligt vad som avses med produktanbudsposition i förfrågningsunderlaget.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när (jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten finner att det av ordalydelsen i 2.5.4, prismatrisernas upplägg samt av det förtydligande svar som tillkommit under anbudstiden, med tillräcklig tydlighet framgår att tilldelning sker per produkthanbudsposition samt vad som avses med produkthanbudsposition. Några skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av oklarheter i denna del föreligger därför inte.

Mot denna bakgrund är det inte visat annat än att bolaget inte har lämnat lägst pris avseende de produkthanbudspositioner i produktområdena 4.3.1, 4.5.6, och 4.10.10 där bolaget inte har tilldelats kontrakt. Skäl för att ingripa mot upphandlingen finns därför inte heller i denna del.

Fråga om bolaget offererat lägst pris avseende 4.2.6 respektive 4.9.1 samt om regionen utvärderat priserna på ett godtagbart sätt

Av förfrågningsunderlaget framgår att regionen kommer anta den leverantör som lämnar det lägsta priset på respektive produkthanbudsposition. Förvaltningsrätten finner att regionens utvärdering av produkternas pris per rengöring respektive per milliliter syftar till att avgöra vilket anbud som avsåg lägst pris och att regionen genom beräkningen inte kan anses ha åsidosatt kraven på öppenhet och likabehandling. Regionens sätt att beräkna lägsta pris kan alltså inte sägas vara oförenligt med LOU. Mot denna bakgrund är

det inte visat annat än att bolaget inte har lämnat lägst pris avseende produktområdena 4.2.6 och 4.9.1.

Fråga om regionen varit otydlig vad gäller skälen för bolagets uteslutning

Bolaget har gjort gällande att regionen har ändrat skälen för bolagets uteslutning under överprövningsprocessen och att detta visar att kraven inte tillämpats på ett icke-transparent sätt. Vidare har bolaget gjort gällande att regionen brutit mot 9 kap. 9 § LOU genom att inte redovisa skälen i tilldelningsbeslutet för varför bolaget inte vunnit.

Utöver vad som anförts ovan beträffande utvärderingskriterierna ”god kvalitet” samt ”ergonomiskt” bedömer förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kraven i upphandlingen har tillämpats på ett icke-transparent sätt. Skäl för ingripande finns därför inte med anledning av detta. Vad gäller tilldelningsbeslutet instämmer förvaltningsrätten i att det finns vissa oklarheter. Bolaget har dock inte konkretiserat på vilket sätt bolaget lidit skada av detta, varför rätten redan av denna anledning bedömer att det inte finns skäl för att ingripa mot upphandlingen utifrån tilldelningsbeslutets utformning.

Sammanfattning

Av vad som har framkommit i målet finner förvaltningsrätten att det föreligger skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om beträffande ”Munspegelskaft ergonomiskt” i produktområde 4.1.20 och ”Polerare för komposit” i produktområde 4.9.3. Av vad som framkommit i övriga delar som är föremål för prövning föreligger dock inte skäl för att ingripa mot upphandlingen.

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

Elin Tollin

Föredragande har varit Jonas Nilsson.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.