



**SÖKANDE**

DAB Dental AB, 556005-0048  
Box 423  
194 04 Upplands Väsby

Ombud: Advokaten Jerker Alm  
Advokatfirman Vinge KB  
Box 1064  
251 10 Helsingborg

**MOTPART**

Regionen Jönköpings län, Upphandlingsenheten  
Box 1024  
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg  
Gärde Wesslau Advokatbyrå i Jönköping HB  
Box 684  
551 19 Jönköping

**SAKEN**

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

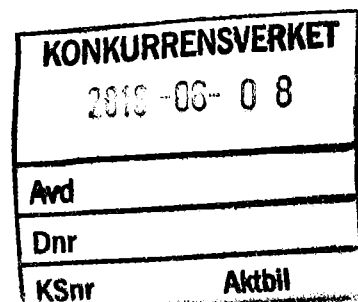
---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**BAKGRUND**

Regionen Jönköpings län (regionen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande (Dentala Förbrukningsartiklar 2015 [refnr: RJL 2015/1633]) för tilldelning av ramavtal avseende dentala förbrukningsartiklar. Genom tilldelningsbeslut har, såvitt avser kategorin katalogsortiment, annan leverantör än DAB Dental AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.



### Förfrågningsunderlaget

#### *Upphandlingsföremålet och formerna för anbudsgivning*

Upphandlingen omfattar två delar, dels A) Lagerförda dentala förbrukningsartiklar, dels B) Katalogsortiment. Varken alternativa anbud eller reservationer accepteras. Avsedd avtalsperiod är två år, med möjlighet till maximalt två års förlängning.

Anbudsgivaren ombeds att bifoga en nettoprissatt lista på samtliga sina övriga artiklar inom efterfrågade produktområden. Regionen förutsätter att prisvillkoren på det övriga sortimentet ligger i nivå med de produkter som ingår i produktspecifikation lagerförda artiklar samt katalogsortiment. Nettoprislistan ska även omfatta produkter som erbjuds inom:

- Brickor och tillbehör
- Ortodonti

Regionen kommer vid anbudsprövningen särskilt att kontrollera om nettoprislista har bifogats anbudet eller inte. Vad gäller katalogsortimentet har regionen köpt varor inom det dentala området enligt nedan:

1. Avtrycksmaterial (uppskattat årsvärde 2 500 000 kr)
2. Borr, diamanter, puts/poler (uppskattat årsvärde 1 950 000 kr)
3. Endodonti (uppskattat årsvärde 2 139 000 kr)
4. Engångsartiklar (uppskattat årsvärde 485 000 kr)
5. Handinstrument (uppskattat årsvärde 1 025 000 kr)
6. Härdljus (uppskattat årsvärde 35 000 kr)
7. Kirurgi (uppskattat årsvärde 811 000 kr)
8. Röntgen (uppskattat årsvärde 197 000 kr)
9. Tandfyllnadsmaterial (uppskattat årsvärde 5 890 000 kr)
10. Utrustningstillbehör (uppskattat årsvärde 1 090 000 kr)

Uppskattat årsvärde för samtliga produktområden är 18 450 000 kr. Regionen har utgått från nuvarande huvudleverantör när denna lista utformats. Specifikationen omfattar produkter som regionen bedömer att samtliga möjliga leverantörer ska ha i sitt sortiment för att vara aktuell som huvudleverantör.

I de fall som specifika företagsnamn förekommer på artiklar ska detta endast ses som vägledande information. Det är respektive artikels egenskaper och kvalitet som är det viktigaste. För att vara aktuell som huvudleverantör av katalogsortimentet ska samtliga efterfrågade positioner i specifikation Katalogsortimentet vara ifyllda och artiklarna i utvärderingen minst bedömas vara likvärdiga med nuvarande sortiment. Som stöd vid anbudsgivning bifogar regionen, i en bilaga som heter "köpstatistik", en sammanställning av de artiklar som regionen köpt under perioden 2013-06-01–2014-05-31.

#### *Anbudsprövningen*

Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris. Vad gäller delområde A tecknas avtal med en eller flera leverantörer per produkt eller produktgrupp enligt specifikation lagerförda artiklar. Vad gäller delområde B tecknas avtal enligt en så kallad strikt avropsordning. Detta innebär att den anbudsgivare som har lämnat lägst jämförelsepris på den hemliga listan får prioritet ett och levererar så långt dennes sortiment tillåter. Övriga leverantörer i fallande ordning. Anbud kan lämnas för antingen A) eller B) eller båda delarna.

#### *Publikt informationsmeddelande 2015-10-26, 16:41*

I rubricerat meddelande beskrivs hur jämförelsepris avsett att läggas till grund för anbudsprövningens utvärderingsdel, såvitt gäller del B) katalogsortimentet, ska beräknas. Beräkningen görs av leverantörerna enligt givna instruktioner.

#### **Tilldelningsbeslutet**

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Katalogsortimentet har innefattat ett så kallat bassortiment av artiklar inom det dentala området. Angivna bassortimentsartiklar är sådana som i stort nyttjas av samtliga tandvårdskliniker. Regionen har undvikit att ta med sådana artiklar i detta bassortiment som kan uppfattas vara företagsspecifika

(=det finns bara enstaka leverantörer som tillhandahåller den aktuella produkten). Övriga artiklar har anbudsgivaren ombetts att inkomma med en nettoprissatt lista på. I bassortimentet har angivits de artiklar som klinikerna idag använder sig av. Alternativa produkter har godkänts utifrån att de i allt väsentligt bedömts vara likvärdiga vad gäller kvalitet, funktion och ändamålsenlighet. Utvärderingen har skett enligt kriteriet lägsta pris på det aktuella bassortimentet. Alltså den anbudslämnare som lämnat lägst pris på detta sortiment har antagits som huvudleverantör av katalogsortimentet. Denna anbudsgivare är AB Nordenta som offererat jämförelsepriset noll för aktuellt sortiment.

#### YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Regionen anser att ansökan ska avslås.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### **Bolaget**

I upphandlingen föreligger flera felaktigheter som utgör brott mot LOU:

- a) Utvärderingen omfattar endast en mycket begränsad del av regionens inköp; 70 procent av det som köps blir inte föremål för utvärdering.
- b) I förfrågningsunderlaget föreskrivs att regionen kommer att använda en s.k. hemlig lista för det s.k. katalogsortimentet. Regionen har i strid med villkoren i förfrågningsunderlaget använt en öppen lista avseende katalogsortimentet.

- c) Regionen har genom att använda en öppen lista för katalogsortimentet gett leverantörerna möjlighet att offerera s.k. nollpriser på produkterna i katalogsortimentet, samtidigt som dessa produkter senare kan utgå ur sortimentet utan påföljd. Det finns således ingen leveransskyldighet för produkter med nollpriser.
- d) Som obligatoriskt krav i upphandlingen eller under alla förhållanden som en grundläggande förutsättning gäller att priser i övrigt sortiment ska ligga i paritet med priserna i katalogsortimentet. Då vinnande anbudsgivare offererat noll kr för varje enskild position i katalogsortimentet är det uppenbart att överensstämmelse mellan prisnivåerna i övrigt sortiment och katalogsortiment saknas.
- e) Regionen har som underlag för anbudsgivarens prissättning och utvärderingen av deras anbud använt felaktiga uppgifter avseende volymer. Om korrekta volymer använts hade detta kunnat påverka prissättningen och därmed anbudsprövningens utfall.

För det fall ovan angivna fel inte förekommit hade bolaget kunnat utforma sitt anbud annorlunda och därmed haft större chans att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Därmed har bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

### **Regionen**

Regionen har inte brutit mot LOU på sätt bolaget påstår:

- a) En s.k. urvalsmodell, av det slag som regionen tillämpat, står i full överensstämmelse såväl med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU som övriga bestämmelser i LOU.
- b) I den tidigare upphandlingen tillämpades en s.k. hemlig lista, vilket föranledde en ansökan om överprövning. Denna tidigare upphandlingen avbröts och det har inte funnits någon avsikt att använda en

sådan lista i den nu aktuella upphandlingen. Detta är väl känt för DAB. Anledningen till att det i punkt 1.3.3 i förfrågningsunderlaget alltfjämt omnämns en hemlig lista är att regionen missat att stryka de orden.

- c) En leverantör är redan genom avtalstecknande skyldig att leverera enligt sina åtaganden. Det finns inget krav på att leveransskyldighet måste regleras genom uttryckliga föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Hur långt den skyldigheten sträcker sig är en annan fråga. Vad DAB anför angående att produkter s.a.s. kan utgå ur sortimentet ger en felaktig bild av vad det faktiskt handlar om.
- d) Vad DAB menar med ”en grundläggande förutsättning” är oklart. Det kan i vart fall klart konstateras att det inte uppställts något obligatoriskt krav på sätt DAB påstår.
- e) I upphandlingen förekommer inte några volymgarantier från regionens sida. Därtill kommer att förpackningar och produkter ständigt byts ut helt utanför regionens kontroll. Dessutom är det så att hundratals poster i statistiken är oerhört små och endast uppgår till några hundra kronor per år. Statistiken har inte på något sätt den avgörande betydelse som DAB synes göra gällande. Det enda syftet – som dessutom framgår tydligt av underlagen – är att ge någon form av indikation på vilka volymer som skulle kunna bli aktuella.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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 iakttas.

I 16 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU följer att 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två

skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Högsta förvaltningsdomstolen har i domar den 20 maj 2016 i mål nr 555-15 respektive 2691-15 uttalat bl.a. följande. Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att fränfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelserna måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall om förutsättningarna för ett avbrytande).

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 8 juli 2013 i mål nr 1336-13 uttalat bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten har valt att tillämpa tilldelningskriteriet lägsta pris, men beslutat att endast priset för arbete ska utvärderas. Det innebär att den värdemässigt klart dominerande delen (reservdelar, förvalt-



ningsrättens anm.) av upphandlingen helt saknar betydelse för vem som ska tilldelas kontrakt. Frågan är om ett sådant förfarande är förenligt med bestämmelsen om tilldelningskriteriet lägsta pris i 12 kap. 1 § första stycket i LOU. Enligt kammarrättens bedömning måste den upphandlande myndigheten av praktiska skäl ges ett relativt stort utrymme att göra urval av vilka poster som ska utvärderas. Utvärderingsmodellen måste dock utformas så att den syftar till att identifiera det anbud som har det lägsta totalpriset (jfr EU-domstolens dom i mål nr C-448/01 punkten 37 och RÅ 2002 ref. 50). Den utvärderingsmodell som den upphandlande myndigheten har valt kan inte anses ha ett sådant syfte när ingen hänsyn tas till den värdemässigt klart dominerande delen av upphandlingen.

*De framförda invändningarna*

- a) Även om lägsta pris, när det används som tilldelningskriterium, ska ta sikte på det totala priset så är det tillräckligt att utvärderingspriset är ägnat att identifiera ett sådant pris. För det fall mer exakta beräkningar inte kan göras, t.ex. för att upphandlingen gäller ett ramavtal där det slutliga priset är beroende av vad som kommer att efterfrågas och avropas under avtalsperioden, får det godtas att olika modeller används för att fastställa utvärderingspris. Sådana modeller kan t.ex. utgå från beräknad årskostnad, kostnaden för ett typfall eller som i detta fall priset för ett representativt urval av de produkter som upphandlas. Bolaget har inte uttryckligen påstått och i vart fall inte gjort sannolikt att det urval som regionen gjort inte skulle vara representativt för det upphandlande sortimentet. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU i denna del.
- b) Såvitt framkommit har regionen för anbudstidens utgång kommunicerat med faktiska och potentiella leverantör att någon s.k. hemlig lista inte skulle komma att tillämpas. Mot bakgrund härav finner för-

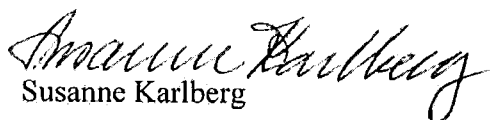
valtningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU i denna del.

- c) Mot bakgrund av att annat inte förekommit än att prissättningen avsåg ett representativt urval av det upphandlade sortimentet finner förvaltningsrätten även i denna del att bolaget inte mot regionens bestridande förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU.
- d) Förvaltningsrätten finner i denna del att bolaget inte mot regionens bestridande förmått göra sannolikt att ett obligatoriskt krav uppställts som sedan ändrats eller frånfallits.
- e) I den mån de i förfrågningsunderlaget intagna statistiska uppgifterna skulle vara bristfälliga har bolaget inte förmått göra sannolikt att dessa brister påverkat eller kunnat påverka anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel.

*Sammanfattande bedömning*

Då bolaget inte förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU på sätt att de därigenom lidit eller kunnat komma att lida skada i LOU:s mening saknas skäl att förordna om någon åtgärd enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

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

  
Susanne Karlberg

Föredragande har varit Ulf Nordberg.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

