



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2011-02-08
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
18637-10 E
Enhet 1:2

1

SÖKANDE
AB Nordenta, 556049-4899
Verkmästaregatan 1
745 39 Enköping

Ombud: Advokat Carl Norén
Eversheds Södermark Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPART
Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Landstinget Hallands upphandling avseende dentalt förbrukningsmaterial (dnr Ls 100154) ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2011-03-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 62233

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-15:00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se				

BAKGRUND

Landstinget Halland (landstinget) har genom ett öppet förfarande gjort en upphandling avseende dentalt förbrukningsmaterial. Upphandlingen har varit indelad i elva varugrupper och anbud har kunnat lämnas på en eller flera varugrupper. Inom respektive varugrupp har vissa utvalda artiklar efterfrågats och anbud skulle lämnas på samtliga. Den 6 oktober 2010 meddelade Landstinget tilldelningsbeslut. Landstinget har därefter återkallat tilldelningsbeslutet och den 20 oktober 2010 meddelat ett nytt. I det nya tilldelningsbeslutet framgår att AB Forssbergs Dental (Forssbergs) antogs som leverantör för varugrupperna avtrycksmaterial, endodonti, handinstrument, sprutor och kanyler, borrh och diamanter samt röntgen och DAB Dental AB (DAB) för varugrupperna fyllnadsmaterial, cement, engångsmaterial, profylaxprodukter och pelaruppbyggnadsmaterial.

YRKANDEN M.M.

AB Nordenta (Nordenta) ansöker om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen ska göras om. Nordenta anför i huvudsak följande. Enligt förfrågningsunderlaget måste samtliga krav i upphandlingen vara uppfyllda, för att ett anbud ska vara kvalificerat för att prövas. I anbudsformuläret anges under "Formell kontroll", punkten 10, att ifylld svarsbilaga - anbudspriser ska lämnas. Enligt denna ska anbudsgivaren uppge ett "pris/enhet (listpris)" och vidare en rabattsats i procent på detta listpris. Syftet med att anbudsgivaren ska lämna ett listpris är att den upphandlande enheten ska kunna göra en rättvisande jämförelse av anbudet. Med listpris ska därför förstås det offentligt tillgängliga pris som anbudsgivaren vid upphandlingstillfället normalt erbjuder kunder utan rabatt. Om anbudsgivaren inte skulle behöva ange ett listpris som motsvaras av ett verkligt pris, är det möjligt att manipulera hela utvärderingsmodellen. Forssbergs och DAB har inte lämnat korrekta listpriser. De i anbudet angivna listpriserna stämmer inte med de priser som finns på deras hemsidor.

Forsbergs och DAB har anpassat listpriserna till upphandlingen genom att dumpa priserna jämfört med de verkliga priserna på varorna i varugruppen. I vissa fall är de uppgivna listpriserna mindre än en tredjedel av de verkliga priserna. Kravet på att listpris ska anges är därför inte uppfyllt. Upphandlingsreglerna kräver att ett förfrågningsunderlag ska vara så tydligt, att en anbudsgivare kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Om en anbudsgivare har kunnat ange vilket pris som helst som listpris, har begreppet inte varit tillräckligt transparent. Om Nordenta vetat om att listpris inte behöver motsvaras av ett verkligt pris, hade naturligtvis Nordenta anpassat sitt anbud efter detta. Även utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget strider mot principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling. Av förfrågningsunderlaget framgår att landstinget ska anta det anbud som inom respektive varugrupp har den lägsta anbudssumman. Vid fastställandet av vilken anbudssumma ett anbud har, är det angivna listpriset för produkterna i varugruppen avgörande. I varje varugrupp anges endast en bråkdel av de produkter som kan komma ifråga. I och med att den rabattsats som anbudsgivaren anger ska gälla även för likvärdiga och samma typ av artiklar inom varugruppen i leverantörens sortiment, är det nödvändigt att rabattsatsen baseras på ett korrekt listpris. Landstinget och Nordenta tycks vara överens om detta. En leverantör som generellt har mycket höga priser på samtliga produkter som omfattas av upphandlingen, ges då möjlighet att lägga sitt listpris långt under den faktiska kostnaden för produkten, i syfte att få ner det utvärderade priset. Om man tar ett genomsnitt på samtliga produkter som omfattas av upphandlingen, är det med stor sannolikhet inte de lägsta anbuden som antagits genom utvärderingen. Detta innebär att utvärderingsmodellen inte säkerställer ett rättvisande resultat i praktiken, dvs. att lägst pris antas. En sådan utvärderingsmodell, och ett sådant förfrågningsunderlag, uppfyller inte gemenskapsrättens krav på transparens, förutsebarhet och likabehandling. Vidare uppfyller inte Forsbergs anbud kraven för varugruppen "Röntgen", i och med att den offererade produkten "Sensorhållare Orbis 2 bw vuxen" inte uppfyller kraven på att produkten

ska vara inplastad och möjlig att återanvända. DAB:s anbud uppfyller inte kraven för varugruppen "Pelaruppbyggnadsmaterial", då den offererade produkten "Carbonite kolfiberstift 6-P" inte finns tillgänglig för leverans. Deras anbud skulle därför inte ha utvärderats i dessa delar. Landstinget får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven, och en ny upphandling ska därför ske. Nordentas skada består i att man inte ges möjlighet att delta i ett nytt anbudsförfarande i en upphandling som rätteligen skulle göras om.

Landstinget yrkar att förvaltningsrätten ska avslå yrkandet om att upphandlingen ska göras om, men samtycker till att rättelse vidtas på så sätt att utvärderingen avseende varugruppen pelaruppbyggnadsmaterial görs om, varvid anbudet från DAB inte tas upp till utvärdering. Landstinget anför i huvudsak följande. Prisbilagan är utformad så att Landstinget angivit en beräknad förbrukning för de utvalda artiklarna. Anbudsgivaren ska i prisbilagan för respektive artikel lämna ett pris enligt prislista uttryckt i "pris/enhet (listpris)". Därefter ska en rabattsats anges i procent. Anbudsgivaren ska sedan ange priset för respektive artikel efter rabatt, uttryckt i "pris/enhet (nettopris)". För varje artikel räknas en delsumma fram genom att multiplicera offererat nettopris med beräknad förbrukning. Anbudssumman för varje varugrupp utgörs av summan av de delsummor som räknats fram för respektive artikel inom varugruppen. Det är nettopriset per enhet som legat till grund för den utvärdering som gjorts för varje varugrupp. Forssbergs har uppfyllt samtliga skall-krav, utom såvitt avser varugrupporna fyllnadsmaterial, engångsmaterial, profylaxprodukter och pelaruppbyggnadsmaterial, vilket innebär att prisbilagan är fullständigt ifylld. Landstinget anser att offererad produkt avseende efterfrågad artikel "Sensorhållare till bw, B2" inom varugruppen "Röntgen" uppfyller ställda krav. För de elva varugrupporna har DAB uppfyllt samtliga skall-krav, vilket också innebär att prisbilagan är fullständigt ifylld för dessa varugrupper. Vid ett förkastande av Forssbergs och DAB:s anbud skulle Nordenta ha lämnat det bästa anbudet för sju av varugrupporna. Landstinget anser att

begreppet "listpris" är vedertaget i upphandlingar. I likhet med vad Nordenta anger i sin ansökan om överprövning anser landstinget att listpris inte rimligen kan uppfattas som något annat än det offentligt tillgängliga pris som anbudsgivaren vid upphandlingstillfället normalt erbjuder kunder utan rabatt. Det kan noteras att ingen leverantör under anbudstiden har ställt någon fråga, eller begärt förtydligande eller komplettering, vad gäller de förtryckta uppgifterna, däribland listpris, i prisbilagan. Varje anbudsgivare väljer själv vilka uppgifter som lämnas i anbudshandlingarna och att dessa är sanningsenliga. Landstinget har inte ställt krav på att anbudsgivarna ska styrka angivna listpriser. Landstinget har därför varken haft skyldighet att kontrollera, eller möjlighet att upptäcka, att angivna listpriser inte överensstämmer med de listpriser som normalt tillämpas. Landstinget anser inte att det framkommit uppgifter som gett anledning att särskilt granska de ifyllda uppgifterna i prisbilagorna. Landstinget anser att begreppet listpris har varit tillräckligt transparent och att man inte har brutit i sin utredningsskyldighet. De övriga grundläggande principerna för offentlig upphandling är uppfyllda, och det finns ingen anledning att göra om den.

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har, enligt 16 kap. 5 § LOU, att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten har också uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Kammarrätten i Göteborg har i en dom den 18 december 2009, mål nr 4904-09, uttalat bl.a. att det vare sig i LOU, dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att den upphandlande myndigheten skulle vara skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Denna skyldighet kan normalt sett inte anses sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. I enlighet med likabehandlingsprincipen får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen.

Vid marknadsföring av eldningsolja har Marknadsdomstolen i mål 1990:20 uttalat bl.a. följande. Priset innebär en viss rabatt på ett ordinarie s.k. listpris. Rabattangivelsen har ansetts vilseledande då listpriset inte varit ett faktiskt tillämpat ordinarie pris. Därvid har dock uttalats att pris- och rabattangivelser av angivet slag inom oljebranschen är godtagbara, om antingen listpriset är det pris som säljaren verkligen tillämpat under inte obetydlig tid, eller det vid prisangivelsen klart anges vad listpriset innebär.

Landstinget samtycker till att rättelse vidtas på så sätt att utvärderingen avseende varugruppen "Pelaruppbyggnadsmaterial" görs om, varvid anbudet från DAB inte tas upp till utvärdering. Parterna är således ense härom och förvaltningsrätten finner inte att anledning till annan bedömning, varför det finns anledning att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Förvaltningsrätten anser inte att det framgår av utredningen att Forssbergs anbud inte uppfyllt kraven för varugruppen "Röntgen", varför det inte finns anledning att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Förvaltningsrätten har emellertid också att pröva om skall-kravet att ange listpris är uppfyllt avseende Forssbergs och DAB:s anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget och Nordenta tycks vara överens om att definitionen av begreppet listpris är "det offentligt tillgängliga pris som anbudsgivaren vid upphandlingstillfället normalt erbjuder kunder utan rabatt". Förvaltningsrätten finner inte anledning att göra någon annan bedömning. I förevarande mål har anförts att Forssbergs och DAB:s angivit listpriser som inte stämmer med de priser som finns på deras hemsida. Detta påstående har inte bestritts av landstinget. Utgångspunkten i LOU, vad gäller den upphandlande myndighetens utredningsskyldighet, är att det är tillräckligt att en jämförelse görs mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. I vissa situationer finns det emeller-

tid anledning för den upphandlande myndigheten att närmare granska anbuden. En sådan situation är om det framkommit uppgifter som ger anledning att ifrågasätta riktigheten i de lämnade uppgifterna. Det har i aktuell upphandling i och för sig inte ställts som krav att anbudsgivarna ska styrka angivna listpriser. Landstinget har därför inte haft skyldighet att kontrollera att dessa överensstämmer med de listpriser som anbudsgivaren normalt tillämpar. Det har inte heller tidigare framkommit något som gör att landstinget haft anledning att särskilt granska de ifyllda uppgifterna i prisbilagorna. I enlighet med likabehandlingsprincipen får den upphandlande myndigheten dock inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening gäller detta även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (jfr ovan nämnd dom av Kammarrätten i Göteborg). Bolagets uppgift om att Forssbergs och DAB:s anbud inte uppfyller samtliga skallkrav måste därför beaktas och som ovan angetts har uppgiften inte heller bestritts av landstinget. Förvaltningsrätten har i dom denna dag i mål nr 18250-10) behandlat frågan och där gjort samma bedömning avseende endast Forssberg och finner ingen anledning att göra någon annan bedömning här. Förvaltningsrätten har i det målet funnit att då landstinget inte redan i förfrågningsunderlaget definierat vad man avser med listpris kan vad som åsyftas ha framstått som oklart för leverantörerna, varför vad som ska anges kan ha missuppfattats av presumtiva leverantörer.

Enligt förvaltningsrättens mening är förfrågningsunderlaget behäftat med sådana brister i fråga om förutsebarhet och transparens att det redan på den grunden finns anledning att ingripa mot upphandlingen. Det finns således oklarheter i förfrågningsunderlaget och dessa kan ha haft påverkan i det konkurrensuppsökande skedet. Genom dessa brister har såväl Nordenta som andra möjliga leverantörer i övrigt förlorat möjligheten att lämna sitt bästa bud i upphandlingen. Nordentas chanser att vinna upphandlingen har således minskat varför bolaget kan ha lidit eller kan komma att lida skada.

Ansökan om överprövning ska således bifallas på samma sätt som i mål nr 18250-10, dvs. på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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

Lars-Peter Holmberg
rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Rebecca Widsén.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU