



KONKURRENSVERKET	
2014-10-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Plandent Forssbergs Dental AB, 556347-1076

Ombud: Advokat Jon Dal
CERTA Advokatbyrå KB
Grev Turegatan 13 B
114 46 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 12 september 2014 i mål nr 4851-14, 4855-14 och 4858-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Plandent Forssbergs Dental AB yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och att kammarrätten beslutar att förvaltningsrättens dom tills vidare inte ska gälla.

Bolaget anför följande. Genom tilldelningsbeslutet har bolaget tilldelats flest positioner. Förvaltningsrättens beslut innebär att bolaget inte kommer

att få leverera dessa produkter. En ny upphandling innebär nya förutsättningar och villkor. Förvaltningsrättens beslut har således en precis och påtaglig betydelse för bolaget som därmed har rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut. Vägledande praxis saknas i fråga om talerätt för leverantör som vunnit upphandlingen av domstols beslut att upphandlingen ska göras om.

En av förutsättningarna för ett ingripande i en upphandling är att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada. Ingen av anbudsgivarna har påstått att deras anbud utvärderats i fel valuta. Någon annan konkret skada har inte heller gjorts gällande eller visats. Det saknas grund för att besluta att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 33 § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291), förkortad FPL, får en förvaltningsrätts beslut överklagas av den som det angår, om det gått honom emot. Frågan i målet är om förvaltningsrättens dom går Plandent Forssbergs Dental AB emot i den mening som avses i paragrafen.

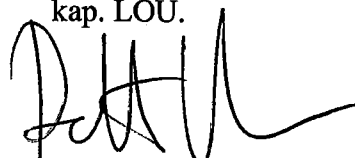
Enligt praxis intar inte den som enligt upphandlande myndighetens beslut antagits som leverantör partsställning när ytterligare en leverantör efter överprövning tillåts delta i en upphandling (RÅ 2002 ref. 5). En domstols beslut om rättelse där en leverantör utesluts har bedömts gå den uteslutna leverantören emot och ha en sådan betydelse för dennes ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att beslutet angår leverantören i den mening som avses i 33 § andra stycket FPL (HFD 2011 ref. 29). Slutsatserna i HFD 2011 ref. 29 kan inte utsträckas till att förstås så att en leverantör som inte har begärt överprövning har rätt att föra talan mot domstols förordnande om rättelse genom att en ny utvärdering skulle göras. Det ansågs sakna betydelse vad utfallet blev eller kunde bli vid en ny rättad utvärdering (HFD 2011 ref. 85).


Högsta förvaltningsdomstolen anförde i HFD 2012 ref. 2 att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

Mot bakgrund av beskriven praxis kan förvaltningsrättens beslut att upphandlingen ska göras om inte anses ha en sådan precis och påtaglig betydelse för Plandent Forssbergs Dental AB att bolaget har talerätt. Överklagandet ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.


Petter Classon


Birgitta Henriksson
referent


/Ann-Kristin Hansson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 3 Enhet 32

DOM
2014-09-12
Meddelad i
Göteborg

akt bil 20 Sida 1 (14)
Mål nr
4851-14
4855-14
4858-14

Bilaga A

SÖKANDE

1. ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

Ombud för 1:
Advokat Kristian Pedersen
Jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

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

Ombud för 2:
Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

3. Aktiebolaget Nordenta
745 85 Enköping

Ombud för 3:
Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

PARTER

1. Dentalringen AB, 556278-8165
Box 9144
400 93 Göteborg

Dok.Id 287864

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se				

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling av Dental förbrukning, dnr SN283-2013. Genom tilldelningsbeslut den 24 april 2014 fördelades upphandlingen enligt följande:

Plandent Forssbergs Dental AB (Plandent) tilldelas 65 positioner samt bilaga 9

AB Nordenta (Nordenta) tilldelas 34 positioner

DAB Dental AB (DAB) tilldelas 22 positioner

ApoEx AB (ApoEx) tilldelas 22 positioner

Dentalringen AB (Dentalringen) tilldelas 2 positioner

Gama Dental AB (Gama) tilldelas 1 position

Exactodent Sweden AB tilldelas 0 positioner

Unident AB tilldelas 0 positioner

YRKANDEN M.M.

ApoEx

ApoEx yrkar att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts och anför i huvudsak följande.

Valuta

Det har varit möjligt att offerera sina produkter i en annan valuta än svenska kronor (SEK), under förutsättning att valutan i fråga är angiven i den produktlista som lämnas in i upphandlingen. Det framgår att ett antal leverantörer offererat priser i andra valutor än SEK, vilket är helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. VGR har sedan felaktigt utvärderat priser som offererats i andra valutor än SEK som priser i SEK, utan valutakonvertering. Av avtalet, punkt 6, framgår att valutakursförändring enbart kan ske avseende de produkter som offererats i annan valuta än SEK. Det framgår

DAB

DAB yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Övrigt sortiment

Det är i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling att övrigt sortiment, vilket är den helt övervägande delen av volymen, inte utvärderas i upphandlingen. Om en upphandlande myndighet väljer att använda utvärderingskriteriet lägst pris innebär det att kriteriet i verklig mening ska bidra till att utvärdera och i realiteten erhålla lägst pris för den totala mängd produkter som köps. Vid utvärdering av en mycket stor mängd produkter är det tillåtet att sätta samman någon form av mekanism för utvärderingen, utan att varje enskild produkt behöver utvärderas var för sig. Det får dock inte innebära att en stor del av det som ska upphandlas över huvud taget inte blir föremål för utvärdering. Övrigt sortiment består av ca 4 000 artiklar och av det förväntade årliga inköpsvärdet om 35 miljoner kronor utgör övrigt sortiment ca 75–80 procent. Även om det skulle förhålla sig så att övrigt sortiment utgör en mindre andel, så är det under alla förhållanden en så stor andel av värdet att utvärderingsmodellen inte är ägnad att välja ut det bästa anbudet. Det är den helt och hållet dominerande delen av det som VGR köper, utan att denna andel blir föremål för utvärdering. Det rör sig i varje fall inte om något ringa värde på produkterna i övrigt sortiment. Utvärderingsmetodik likt den som VGR använder har Kammarrätten i Göteborg (den 8 juli 2013 i mål nr 1336–13) ansett vara i strid med LOU. Att inte utvärdera denna andel, som måste antas ha ett värde på minst sju miljoner kronor (20 procent av 35 miljoner), innebär att VGR varje år kommer att göra en direktupphandling på samma belopp. Det finns inget stöd i LOU för att VGR ska kunna göra sådana direktupphandlingar. Ett direkt bevis för att den metod som VGR använder för utvärdering inte är i linje med LOU är att det förekommer en stor andel nollprissättning i anbuden. Den vinnande anbudsgivaren, Plandent, har för ett stort antal positioner offererat ett pris om noll kronor. Det är inte rimligt att tro

principen p.g.a. att samtliga förutsättningar inte varit kända för anbudsgivarna från början.

Skada

En så grundläggande felaktighet i utvärderingsmodellen avseende övrigt sortiment innebär i sig att det föreligger en risk för skada för såväl DAB som övriga anbudsgivare eftersom modellen inte är avsedd att ge det lägsta möjliga priset på samtliga produkter.

Avseende valuta brister förfrågningsunderlaget i transparens och har därmed påverkat utformningen av anbudet. Det föreligger en risk för samtliga anbudsgivare, inklusive DAB. Att VGR:s metod för utvärdering inte varit ägnad att välja det bästa anbudet innebär också en risk för skada för samtliga anbudsgivare.

Nordenta

Nordenta yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Övrigt sortiment

Värdet av de artiklar som ingår i utvärderingen, kan med hänvisning till den statistik över förbrukningsartiklar som finns för år 2012, beräknas till ca 36 procent av det totala värdet i upphandlingen. Cirka 64 procent ligger i den del som ligger utanför utvärderingen i övrigt sortiment. I praktiken kommer andelen av värdet för övrigt sortiment att vara ännu högre, beroende på de brister i VGR:s nuvarande utvärderingsmodell som får anbudsgivare att dumpa priserna för de positioner som utvärderas i syfte att få bli ensam leverantör till övrigt sortiment. De positioner som år 2012 omsatte cirka 36 procent av det totala avtalsvärdet kommer med den nuvarande bristande utvärderingsmodellen att omsätta ett betydligt lägre belopp, vil-

ring under punkten 6 i avtalsvillkoren skulle vid en sådan tolkning inte fylla någon funktion. För en produkt som köps in i EUR och offereras i EUR behövs inte någon justering för valutaförändringar. Upphandlingen genomförs i Sverige av en svensk upphandlande myndighet. I avsaknad av en uttrycklig angivelse i förfrågningsunderlaget om vilken valuta priserna ska offereras i kan det inte vara aktuellt att offerera i annan valuta än SEK. VGR:s yttrande om att anbudsgivarna offererat priser i olika valutor är inte korrekt utifrån de ansökningar om överprövning som lämnats. Det framgår med tillräcklig tydlighet att priserna ska offereras i SEK och att kolumnen valuta avser inköpsvaluta. Utvärdering av anbuderna har skett i enlighet med det.

Övrigt sortiment

En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma utvärderingsmodellen. Även inte optimalt utformade utvärderingsmodeller får godtas så länge de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga systemet inte träds förmär (RÅ 2002 ref. 50). Genom det urval som VGR har gjort av produkter i bilaga 8 har de täckt in en stor del av de produkter (såväl till antal som ekonomisk betydelse) som handlades upp av VGR under 2012. Utvärderingsmodellen syftar härmed till att identifiera det anbud som har det lägsta totalpriset. Den är vidare tydlig och har inte lämnat något utrymme för missförstånd eller tolkningsproblem. Den uppfyller därmed kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Skada

Även om förfrågningsunderlaget skulle anses vara otydligt vad gäller vilken valuta priserna ska offereras i och vad som ska anges i kolumnen "Valuta" har ingen anbudsgivare lidit eller riskerat att lida skada. Samtliga anbudsgivare har fått sina anbud utvärderade i den valuta som man lämnat priserna.

som eventuellt kommer att upphandlas i form av produkter i bilaga nio, som inte tilldelats annan leverantör, handlar endast om en ringa del av det beräknade inköpsvärdet. Utvärderingsmodellen syftar till att identifiera anbud med lägst pris.

DOMSKÅL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § LOU).

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 de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Är det tydligt i vilken valuta priser skulle offereras i upphandlingen?

Av punkten 6 i Avtal gällande Dental förbrukning, bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, framgår följande.

förfrågningsunderlaget har inneburit en väsentlig osäkerhet i om de av-
givna buden uppfattats korrekt av VGR. Förfrågningsunderlaget har där-
med brustit i både transparens- och likabehandlingshänseende.

Skaderekvisit i valutadelen

De oklarheter som finns i förfrågningsunderlaget och som lett till väsent-
liga osäkerhetsfaktorer i utvärderingen är sådana att de potentiellt påverkat
samtliga anbudsgivares anbud. Det har därmed funnits en risk för skada för
samtliga. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen.

Eftersom felaktigheterna i denna del rör förfrågningsunderlaget och VGR
dessutom, efter utvärderingen, gått ut med frågor till anbudsgivarna vilket
givit möjlighet att svara efter att ha tänkt över konsekvenserna av svaret
anser förvaltningsrätten att det inte är tillräckligt att rätta utvärderingen.
Upphandlingen måste därför göras om.

Är utvärderingsmodellen avseende övrigt sortiment felaktig?

Det är den som ansöker om överprövning av en upphandling som har att
visa att upphandlingen bryter mot de upphandlingsrättsliga principerna. Av
det som framkommit avseende utvärderingsmodellen, att tilldela övrigt
sortiment till den som tilldelats flest positioner i övrigt, är det högst oklart
vad värdet av de produkter som återfinns i bilaga 9 egentligen är. Ingen av
parterna har visat att det rör sig om att dessa produkter kan förväntas ha ett
högt värde. Det stämmer dock att VGR genom att välja denna princip inte
har full kontroll över kostnaderna i denna del då produkterna inte utvärde-
ras position för position. Inte heller VGR har genom sitt yttrande lyckats
belägga sitt påstående om att det är en ringa andel som avses.

Det kvarstår dock att det är den som ansöker om överprövning som har att
visa att upphandlingen bryter mot de upphandlingsrättsliga principerna.

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.

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.