



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2013-06-18  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
3876-13  
4205-13  
Enhet 2:6

**SÖKANDE**

1. Plandent Forssbergs Dental AB, 556347-1076  
Box 90193  
120 22 Stockholm

Ombud: Advokat Jon Dal  
W&P Advokatbyrå KB  
Grev Turegatan 13 B  
114 46 Stockholm

2. AB Nordenta, 556049-4899  
Verkmästaregatan 1  
745 85 Enköping

Ombud: Jur. kand. Lars Engell  
Sjarp Stockholm Advokatbyrå AB  
Box 7467  
103 92 Stockholm

**MOTPART**

Västra Götalands läns landsting, 232100-0131  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

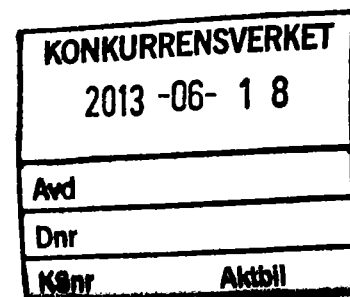
Ombud: Regionjurist Linda Stalfors  
Västra Götalandsregionen  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen av dentala förbruknings-  
produkter, diarienummer SN399/2012, ska göras om.



Dok.Id 211305

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 2  
3876-13  
4205-13

**BAKGRUND**

Västra Götalands läns landsting (nedan landstinget) har genomfört en upphandling av dentala förbrukningsprodukter, diarienummer SN399/2012. Av förfrågningsunderlaget framgår att varje anbudsgivare ska bifoga sin offererade prislista och att ramavtalet därefter tilldelas den anbudsgivare som har det lägsta utvärderingspriset baserat på maximalt 120 produkter som ingår i en av landstinget sammansatt hemlig varukorg. I de fall en anbudsgivare saknar en produkt används det högsta priset som de andra kvalificerade anbudsgivarna har lämnat avseende den aktuella produkten. Av tilldelningsbeslutet framgår att samtliga anbud har kvalificerats för utvärdering och att anbudet från DAB Dental AB kommer att antas.

**YRKANDEN M.M.**

**Plandent Forssbergs Dental AB** (nedan Plandent Forssbergs) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om samt anför i huvudsak följande. Landstinget har ställt krav på att produkterna i varukorgen ska offereras i en viss förpackningsstorlek, vilket utgör ett oproportionerligt krav som snedvrider konkurrensen och strider mot såväl 6 kap. 4 § LOU som de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § samma lag. Produkterna i varukorgen har vidare specificerats genom hänvisning till tillverkare och varumärke. En hänvisning till viss tillverkare eller visst varumärke gynnar därvid alltid vissa leverantörer och missgynnar andra eftersom anbudsgivare som har utvecklat egna produkter eller som köper produkter direkt från en tillverkare kan erbjuda bättre priser på dessa produkter än på likvärdiga produkter. Vidare har anbudsgivare som säljer mycket av en viss vara i regel mer förmånliga inköpsvillkor. Enligt 6 kap. 4 § LOU får en hänvisning till viss tillverkare eller visst varumärke ändå förekomma i specifikationerna om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Detta har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM**Sida 3  
3876-13  
4205-13

dock inte varit fallet i den aktuella upphandlingen utan i likhet med andra upphandlingar inom området kan de efterfrågade produkterna beskrivas genom att den upphandlande myndigheten anger produktens funktion och vilket vårdbehov som den ska svara mot (jfr. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 1388-12). En upphandlande myndighet måste dessutom alltid acceptera likvärdiga produkter från andra tillverkare och klargöra detta genom att hänvisningen följs av orden "eller likvärdigt" (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-359/93 UNIX, Kammarrätten i Stockholms dom i mål 6163-06 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 2193-10). Landstinget har dock istället klargjort att det inte har varit tillåtet att offerera likvärdiga produkter. Det kan därvid noteras att landstinget inte har bestritt att det finns likvärdiga produkter utan istället har motiverat beslutet med att det inte finns någon metod för att avgöra om en produkt är likvärdig. Det finns dock flera vedertagna metoder för att visa om en produkt är likvärdig bl.a. att enligt artikel 23.4. i direktiv 2004/18/EG tillhandahålla teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. Landstinget har följaktligen brutit mot 1 kap. 9 § LOU och 6 kap. 4 § samma lag. Om de ovan angivna kraven inte hade uppställts skulle Plandent Forssbergs ha kunnat offerera andra likvärdiga egentillverkade produkter samt likvärdiga produkter från tillverkare som Plandent Forssbergs har samarbete med och köper direkt från. Detta skulle ha resulterat i ett lägre anbud från Plandent Forssbergs, varför bolaget har lidit skada.

Utvärderingsmodellen är vidare inte utformad så att den leder till ett rättvisande resultat och säkerställer att anbudet med lägst pris vinner upphandlingen. Produkterna i varukorgen är slumpmässigt utvalda och hänsyn tas inte till förväntad inköpsvolym utan endast till pris per enhet. Det kan därvid noteras att Plandent Forssbergs anbud är cirka 3 400 000 kr lägre än anbudet från den vinnande leverantören om förväntad inköpsvolym beaktas. Utvärderingen baseras vidare på ett mycket litet antal produkter som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 4  
3876-13  
4205-13

inte ger en representativ bild av anbudsgivarnas priser. Eftersom det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilka produkter som kommer att utvärderas har det inte heller varit möjligt att vända sig till tillverkare för att förhandla fram bra priser. Med hänsyn till att det dessutom inte har varit möjligt att offerera likvärdiga produkter har Plandent Forssbergs möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud minskat. Eftersom endast några få procent av de artiklar som kommer att upphandlas faktiskt har utvärderats rör det sig även om en otillåten direktupphandling. Upphandlingen strider följaktligen även i dessa avseenden mot bestämmelserna i LOU, inklusive de grundläggande principerna i 1 kap. 9 LOU. Plandent Forssbergs har därför lidit skada.

**AB Nordenta** (nedan Nordenta) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om samt anför i huvudsak följande. Landstinget har inte tillåtit anbudsgivarna att offerera likvärdiga produkter och har nästan uteslutande hänvisat till produkter med angivna varunamn. Nordenta har inte heller erbjudits möjlighet att offerera produkter av angivet varumärke i en annan förpackningsstorlek. Nordenta skulle ha kunnat erbjuda väsentligt lägre priser om likvärdiga produkter skulle ha kunnat bli föremål för utvärdering. Detta skulle ha resulterat i ett utvärderingspris som understiger det lägsta utvärderingspriset som erhållits. Utvärderingsmodellen strider även i övrigt mot tanken på att tillvarata konkurrensen på bästa sätt eftersom systemet med belastningspriser inbjuder till att osedvanligt höga anbud lämnas i syfte att få till stånd höga belastningspriser för konkurrenter. Oriktligt höga belastningspriser kommer därvid att gälla på ett ytterst slumpartat sätt. Landstingets agerande har sammanfattningsvis inneburit att landstinget inte har fått lägsta möjliga priser och att upphandlingen har genomförts i strid med 6 kap. 4 § LOU. Nordenta har lidit eller riskerat att lida skada på grund av landstingets agerande.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 5  
3876-13  
4205-13

Västra Götalands läns landsting anser att ansökningarna ska avslås och anför i huvudsak följande. Anbudsgivarna har fått offerera sina produkter genom att lämna in sina egna prislistor. Det har inte uppställts några krav på vilka eller hur många produkter som offereras. Utvärderingen har gjorts utifrån en varukorg som landstinget har bestämt. Varukorgen har skapats innan tiden för anbudsinvändan har löpt ut och har bestått av produkter som erbjuds av de flesta leverantörer på marknaden. Det har rört sig om ett representativt urval av ekonomiskt och volymmässigt viktiga produkter. Urvalet har bedömts ge en representativ bild av prisnivån hos anbudsgivarna. Landstinget har efterfrågat pris per enhet eftersom pris i förhållande till tidigare inköpt volym skulle ge fel information om framtida behov och missgynna leverantörer som inte redan har förmånliga avtal. En utvärdering av varje produkt per enhet har därmed bäst tillgodosett kravet på likabehandling och transparens. Produkterna i varukorgen har angetts med hänvisning till namn, varumärke, tillverkare eller liknande. Eftersom det inte är ekonomiskt försvarbart att upphandla stora volymer som inte används har även efterfrågad förpackningsstorlek angetts. För det fall en anbudsgivare inte har kunnat erbjuda den aktuella produkten har denne tilldelats ett belastningspris. Modellen med belastningspriser har tidigare varit föremål för prövning och bedömts vara godkänd (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 7080--7081-07). Antalet produkter, belastningspriser och tillvägagångssättet för utvärderingen framgår av förfrågningsunderlaget och har varit väl känt för alla deltagande anbudsgivare. Anbudsgivarna har däremot inte känt till innehållet i varukorgen i förväg, vilket skulle ha kunnat resultera i högre priser på de produkter som inte inkluderats och att endast leverantörer med stora inköpsvolymer skulle ha kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Upphandlingen avser produkter som har som syfte att användas i patienters mun och i den dagliga driften på kliniker. Med hänsyn till patientsäkerheten ställs mycket höga krav på produkterna utifrån hälso- och miljöperspek-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 6  
3876-13  
4205-13

tiv. Eftersom flera av produkterna är sammansatta av en mängd olika material, kemiskt verksamma ämnen och patenterade lösningar saknas inte sällan identiska produkter på marknaden. Vid upphandling av sådana produkter är det inte möjligt att beskriva produkten i detalj och ett försök skulle kunna medföra en överträdelse av principerna om likabehandling, proportionalitet och diskriminering. Det kan därför inte anses vara skäligen att landstinget skulle behöva beskriva det som efterfrågas på annat sätt än genom hänvisningar till varumärken (jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 1903—1913-11). Flera av produkternas varumärken har dessutom blivit den benämning som används i branschen eftersom likvärdiga alternativ saknas. Undantaget i 6 kap. 4 § LOU bör följaktligen anses vara tillämpligt.

Vad gäller skyldigheten att ange att likvärdiga produkter accepteras bör det anses vara av stor vikt att värden ges möjlighet att välja de produkter som bedöms vara de mest lämpliga med hänsyn till patienternas behov och säkerhet. Hänsyn måste även tas till att vissa maskiner bara får underhållas med produkter från maskinens tillverkare för att landstinget ska kunna göra service- och garantiåtaganden gällande. Likvärdiga produkter skulle i övrigt kunna utgöra ett alternativ för landstinget under förutsättning att det skulle gå att visa att produkterna är likvärdiga. Det finns dock ingen metod för att på ett överskådligt sätt visa om en produkt har samma funktion och sammansättning samt har genomgått samma tester och uppfyller samma säkerhetskrav som den efterfrågade produkten. Genom att istället efterfråga specifika produkter med hänvisning till varumärke och tillverkare har alla anbudsgivare behandlats lika utan att kraven på kvalitet och säkerhet har påverkats. Med hänsyn till att en utvärderingsmodell med belastningspriser har använts har alla anbudsgivare kunnat delta oavsett innehåll i bolagets sortiment.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM**Sida 7  
3876-13  
4205-13

Vad gäller frågan om skada på grund av landstingets val att efterfråga specifika produkter kan konstateras att samtliga efterfrågade produkter i rätt förpackningsstorlek ingår i såväl Plandent Forssbergs som Nordentas sortiment. Frågan om likvärdiga produkter har därför inte varit aktuell för bolagen och de har inte heller försökt offerera likvärdiga produkter. Oavsett om de skulle ha tilldelats belastningspriser eller lämnat sina egna priser på samtliga positioner skulle de dessutom inte ha kunnat erbjuda lägre priser än den vinnande leverantören. För Nordenta skulle det inte heller ha gjort någon skillnad om bolaget istället för gällande belastningspris skulle ha fått använda sig av det lägsta beloppet som någon anbudsgivare offererat beträffande de positioner där bolaget inte angett några priser. Varken Plandent Forssbergs eller Nordenta har följaktligen lidit skada till följd av eventuella brister i denna del eftersom avståndet till vinnande anbudsgivare har varit för stort (jfr. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2579-10).

Sammanfattningsvis kan konstateras att landstinget inte har agerat i strid med LOU och att anbudsgivarna inte heller har lidit skada till följd av landstingets agerande. Vid bedömningen bör beaktas att upphandlingen rör ett stort antal produkter av en komplicerad art och att det därför av naturliga skäl har kunnat finnas brister i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet bör dock även förfrågningsunderlag och undervärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds förnär (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

**DOMSKÄL**

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 8  
3876-13  
4205-13

Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

De tekniska specifikationerna får inte 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" (6 kap. 4 § LOU).

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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (16 kap. 6 § LOU).

*Utredning i målet*

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation, punkt 1, anges bl.a. att alternativa produkter som uppfyller funktionskraven inte accepteras.

På förfrågan från en anbudsgivare har landstinget den 12 februari 2013 bl.a. angett att det är de efterfrågade produkterna i den hemliga varukorgen som utvärderas och att inga alternativa produkter accepteras.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 9  
3876-13  
4205-13

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökandena har anfört i målet finns förutsättningar att vidta åtgärder enligt LOU.

Det är ostridigt i målet att produkterna i den hemliga varukorgen har specificerats genom hänvisningar till bl.a. varumärken. En sådan hänvisning är endast tillåten i undantagssituationer. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en sådan hänvisning ska vara tillåten (jfr. Falk, Lag om offentlig upphandling- en kommentar, andra upplagan s. 246). En sådan hänvisning ska dessutom alltid följas av orden "eller likvärdigt". Landstinget har istället förtydligat i såväl yttrande som i tidigare svar till anbudsgivare att likvärdiga produkter inte accepteras. Landstinget har följaktligen brutit mot 6 kap. 4 § LOU.

Såväl Plandent Forssbergs som Nordenta har anfört att de skulle ha kunnat lämna mer konkurrenskraftiga anbud om likvärdiga produkter skulle ha accepterats. Det kan därvid konstateras att frågan om likvärdiga produkter inte nödvändigtvis enbart skulle aktualiseras för de leverantörer som saknar vissa av de angivna produkterna utan även för de leverantörer som har likvärdiga egentillverkade produkter eller mer förmånliga inköpsvillkor för andra likvärdiga produkter. Möjligheten att offerera likvärdiga produkter skulle därför även kunna komma att påverka belastningspriserna. Det är följaktligen svårt att bedöma i vilken utsträckning möjligheten att offerera likvärdiga produkter skulle ha påverkat utfallet, men Plandent Forssbergs och Nordenta får i vart fall anses ha visat att de har riskerat att lida skada. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad Plandent Forssbergs och Nordenta har anfört i övrigt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 10  
3876-13  
4205-13

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



Rickard Salsten

Rådman

Föredragande i målet har varit Kristin Palm.



## 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