



**SÖKANDE**

AB Nordenta, 556049-4899  
Verkmästaregatan 1  
745 85 Enköping

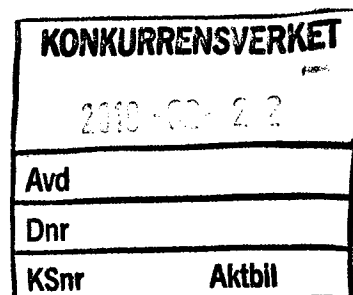
Ombud: Hanna Lundqvist och Henrik Seeliger  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Västerbottens läns landsting  
901 89 Umeå

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser anbudsområde A och B, ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan såvitt avser Övrigt sortiment.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerbottens läns landsting (Landstinget) har infordrat anbud avseende ramavtal på dentala förbrukningsmaterial (dnr VLL 1735-2016). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Upphandlingen är indelad i elva anbudsområden. Landstinget har, såvitt nu är av intresse, beslutat att avseende anbudsområde A (Fyllnadsmaterial, cement) teckna avtal med AB Nordenta och Plandent AB och beträffande anbudsområde B (Avtrycksmaterial) teckna avtal med AB Nordenta, Plandent AB och Dentalringen AB. Vidare har Landstinget avseende Övrigt sortiment beslutat att teckna avtal med Plandent AB, AB Nordenta och DAB Dental AB, då dessa leverantörer har tilldelats flest positioner.

AB Nordenta (Nordenta) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avser anbudsområdena A och B samt Övrigt sortiment, ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

## PARTERNAS ANFÖRANDE

### **Nordenta anför bl.a. följande.**

Avropsmodellen står i strid mot såväl 7 kap. 6 § andra stycket LOU som mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens, eftersom den medför att godtyckliga bedömningar kommer att ske och möjliggör för Landstinget att fritt välja vilken leverantör som ska tilldelas avropskontrakt.

När en upphandlande myndighet har ingått ett ramavtal med flera leverantörer – och inte avser att tilldela kontrakt som grundas på ramavtalet genom förnyad konkurrensutsättning – ska myndigheten tillämpa objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet, se 7 kap. 6 § andra stycket LOU. Den omständigheten att myndigheten ska tillämpa

objektiva villkor innebär att avropsmodellen inte får lämna utrymme för godtyckliga bedömningar från myndighetens sida. Bestämmelsen syftar helt enkelt till att tilldelningen av avropskontrakt ska göras objektivt, transparent och i övrigt i enlighet med de grundläggande principerna, se prop. 2015/16:195 s. 518.

I den aktuella upphandlingen har Landstinget avseende anbudsområde A och B endast angett att avrop kommer att ske med beaktande av patientens behov, klinisk situation och behandlarens bedömning. Inledningsvis kan konstateras att de produkter som omfattas av dessa två anbudsområden inte är av sådan karaktär att patientens behov, klinisk situation och behandlarens bedömning normalt sett borde påverka valet av produkt. Därtill kommer att de produkter som de olika antagna leverantörerna offererat är likvärdiga. (Landstinget har efterfrågat de varumärken och modeller som omfattas av nuvarande ramavtal men accepterar att anbudsgivarna offererar produkter som är likvärdiga de angivna produkterna.) Detta innebär rimligen per definition att samtliga leverantörers produkter på ett likvärdigt sätt svarar mot patientens behov, klinisk situation och behandlarens bedömning. Det är oklart hur Landstinget avser att beakta patientens behov, klinisk situation och behandlarens bedömning för att avgöra vilken av de likvärdiga produkterna som ska bli föremål för avrop i det enskilda fallet. I alla, eller i vart fall i de allra flesta, fall kommer således de olika leverantörernas produkter att vara utbytbara på så sätt att det även efter att det gjorts en medicinsk bedömning av patientens behov kan finnas mer än en produkt som kan avropas. Avropsmodellen innehåller ingen som helst ledning för hur avrop kommer att ske i sådana situationer.

En avropsmodell som tar hänsyn till den enskildes val kan exempelvis anses vara tillräckligt transparent och objektiv om den enskilde får tydlig information om möjliga alternativ och därefter väljer vilken leverantör som ska tillhandahålla en personlig tjänst. Så är dock inte fallet i den aktuella upp-

handlingen. I stället är det i praktiken den upphandlande myndigheten som efter eget skön avgör vilken leverantör som ska erhålla ett visst avropskontrakt. Det saknas exempelvis ledning för vilka av patientens behov som ska vara styrande vid val av leverantör.

#### *Övrigt sortiment*

Landstinget menar i förvaltningsrätten att Övrigt sortiment inte utgör ett självständigt anbudsområde. Påståendet är i och för sig korrekt då varken specifika produkter, priser eller rabattsatser efterfrågats. Övrigt sortiment är dock ett område som upphandlas och där tilldelning sker genom separat tilldelningsbeslut.

Av upphandlingsdokumenten framgår endast att beställaren vid beställningstillfället avgör från vilken leverantör denne ska göra ett avrop, beroende på vilka produkter som beställs. Det framgår överhuvudtaget inte vilka grunder Landstinget avser att tillämpa för att bestämma vilken leverantör som ska tilldelas kontrakt vid ett specifikt avrop. Avropsmodellen medför därmed att Landstinget enligt helt godtyckliga bedömningar – och helt utan förutsebarhet för leverantörerna – kan välja vilken leverantör som ska tilldelas avropskontrakt. Landstinget gör inte ens gällande att avropsordningen avseende Övrigt sortiment är baserad på objektiva grunder som inte lämnar utrymme för godtyckliga bedömningar.

Vidare är utvärderingsmodellen avseende Övrigt sortiment inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Det är istället en ren sinkadus vilken leverantör som tilldelas det upphandlingsområdet. Att ha en utvärderingsmodell som inte garanterar att den leverantör som antas kan leverera ens någon av de produkter som Landstinget kan komma att behöva är inte förenlig med rättspraxis.

*Skada*

Nordenta har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada på grund av felen i upphandlingen. Bolaget riskerar nämligen, på grund av avropsmodellens icke-transparenta och olikbehandlande utformning, att inte tilldelas avropskontrakt. Detta trots att Nordenta har offererat det lägsta priset och tilldelats ramavtal inom anbudsområdena A och B samt Övrigt sortiment. Nordenta riskerar i vart fall att tilldelas avropskontrakt i en lägre utsträckning än vad som hade varit fallet om Landstinget hade tillämpat transparenta och objektiva villkor för tilldelning.

*Ytterligare grunder*

Om förvaltningsrätten skulle finna att avropsmodellen är förenlig med LOU ska upphandlingen göras om då utformningen av upphandlingsdokumenten vad gäller produkters likvärdighet, alternativt Landstingets tillämpning av dessa bestämmelser, varit alltför oförutsebar för anbudsgivarna.

**Landstinget anför bl.a. följande.**

I propositionen till 2016 års LOU beskriver lagstiftaren att den tidigare lagstiftningen och de uttalanden som gjorts i förarbetena har kritiserats för att avrop enligt rangordning har kommit att bli huvudprincip för hur tilldelningen av kontrakt får gå till. Det uppfattas som mindre flexibelt än nödvändigt (prop. 2015/16:195). I lagstiftningen, förarbetena och i det bakomliggande direktivet anges istället att tilldelning av kontrakt ska ske på objektiva grunder. Objektiva grunder kan vara rangordning men det kan också vara andra faktorer som är av vikt vid tilldelningen av kontrakt (fördelningsnyckel). En fördelningsnyckel ska göra det möjligt att förutse enligt vilka grunder och hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Det ska också kunna gå att konstatera i efterhand vilka faktorer som gjorde att en viss leverantör valdes som utförare framför en annan. Se prop. 2015/16:195 s. 519. Särskilt enskilda fysiska personers val eller behov

anges som grund för en fördelningsnyckel, valet får dock aldrig ske godtyckligt.

Vad gäller avropsmodellen för anbudsområde A och B har Landstinget valt att ange de tre objektiva grunderna Patientens behov, Klinisk situation och Behandlarens bedömning som grund för tilldelningen av kontrakt. Av upphandlingsdokumenten framgår att med ovanstående menas den medicinska professionens bedömning avseende patientsäkerhet, behandlingsmetod, vårdbehov och/eller patienters speciella behov av medicinska och/eller odontologiska skäl. Avropsmodellen baseras således på objektiva kriterier som kan kontrolleras i efterhand. Bedömningen av produkternas likvärdighet har utgått från sådana aspekter som konsistens, stelningstid, typ av konsistens, utformning. Även om produkterna ska vara likvärdiga är de inte av sådan beskaffenhet att olika fabrikat är helt och fullt utbytbara i alla situationer. Material kan t.ex. vara olika lämpliga beroende på handhavande, var i munnen materialet ska användas, patientens val baserat på exempelvis skillnader i estetiskt uttryck m.m. Syftet med kriterierna i fördelningsnyckeln är att säkerställa ett långsiktigt hållbart resultat för patienten, inte fördyra kostnaden för Landstinget på grund av exempelvis omgörningar av fyllningar och vid avtryckstagning och cementering av kronor och broar. Tilldelningsgrunden i upphandlingen är lägst pris vilket också kommer att tillämpas i de undantagssituationer då fördelningsnyckeln inte är tillämplig vilket får anses framgå av tilldelningskriterierna om än inte detta anges specifikt i avropsordningen.

#### *Övrigt sortiment*

Övrigt sortiment utgör inget självständigt anbudsområde utan tilldelas de tre leverantörer som tilldelats flest positioner sammanlagt utifrån tilldelade anbudsområden. De elva anbudsområdena är utformade på så sätt att de täcker huvuddelen av Landstingets behov av dentala förbrukningsmaterial. Övrigt sortiment avser produkter med lägre köpfrekvens och som inte omfattas av

kravspecifikationen. Syftet med att avtala om ett övrigt sortiment är att säkerställa att Landstinget får ett heltäckande sortiment även på de produkter som inte används mest frekvent. Övrigt sortiment ska endast användas i undantagsfall då behov uppstår av en produkt som inte omfattas av något anbudsområde. På detta sätt säkerställer Landstinget att leverantörerna förbinder sig att leverera även de produkter som inte omfattas av anbudsområdena, något som är av vikt för verksamhet och patientsäkerhet.

Landstinget bedömer att övrigt sortiment är en så liten del av behovet att avrop endast kommer att ske i samband med avrop från anbudsområdena. Därför har fördelningsnyckeln för avrop från övrigt sortiment kopplats till de beställningar som görs från det avtalade sortimentet i anbudsområdena. Marknaden är strukturerad så att de leverantörer som har kapacitet och förmåga att erbjuda upphandlade produkter som omfattas av anbudsområdena även har stora övriga sortiment.

Övrigt sortiment utgör, enligt statistik som legat till grund för upphandlingen, en så liten del av Landstingets behov att även en inte helt optimal utvärderingsmodell måste accepteras för denna del av upphandlingen.

#### *Skada*

Avropsmodellen bygger på transparenta och objektiva kriterier. Nordenta har vidare tilldelats ramavtal för såväl anbudsområde A och B samt övrigt sortiment. Nordenta har inte lidit eller riskerat att lida skada.

#### **TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER**

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket utan en förnyad konkurrensutsättning enligt villkoren i ramavtalet. Myndigheten ska tillämpa objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet. De objektiva villkoren ska anges i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet (7 kap. 6 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Nordenta ifrågasätter bl.a. den i upphandlingsdokumenten angivna avropsmodellen för anbudsområde A och B. Avropsmodellen framgår av Landstingets anförande. Därtill kan tilläggas att det i upphandlingsdokumenten anges att avrop kommer att ske utifrån landstingets behov i det enskilda fallet med beaktande av de tre bedömningsgrunderna.

I förarbetena (prop. 2015/16:195 s. 1013) till tillämplig bestämmelse i LOU (7 kap. 6 §) anges bl.a. följande:

Syftet med kravet på objektiva villkor, en fördelningsnyckel, är att utesluta att valet av leverantör vid ett avrop styrs av den upphandlande myndighetens godtycke eller ovidkommande hänsyn. Om en myndighet tilldelar kontrakt genom avrop från ett ramavtal av det aktuella slaget är bestämmelserna avsedda att vara garantier för att frågan vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift avgörs på ett objektivt sätt, med iakttagande av de grundläggande principerna som likabehandlings- och transparensprincipen.

Vilken fördelningsnyckel som kan respektive bör användas i ett visst ramavtal får avgöras utifrån förhållandena i det enskilda fallet. I många fall torde en rangordning av leverantörerna, som fastställs i samband med tilldelning av ramavtalet, vara den bästa och effektivaste metoden för att helt eller delvis styra tilldelningen men så länge villkoren tillgodoser kraven på förutsebarhet och objektivitet kan den utformas på valfritt sätt från myndighetens sida.

När det gäller varor eller tjänster avsedda att användas av fysiska personer får villkoren i fördelningsnyckeln innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val (se skäl 61 i direktivet). Att t.ex. en enskild person – utifrån sina personliga behov eller preferenser – får tydlig information om möjliga alternativ och därefter väljer vilken leverantör som ska få



tillhandahålla en viss personlig tjänst eller vara innebär inte att valet styrs av den upphandlande myndighetens godtycke. Det är därför möjligt att använda detta som en objektiv metod för val av utförare. Om det kan ifrågasättas om ett sådant avrop i praktiken styrs av den upphandlande myndighetens godtycke måste den berörda personens behov vara klarlagt och definierat och kunna matchas mot villkoren i fördelningsnyckeln. Om det finns fler än en leverantör som kan tillgodose behovet får valet dem emellan inte ske godtyckligt, utan genom exempelvis en rangordning.

Den i upphandlingsdokumenten angivna avropsmodellen utgör enligt förvaltningsrättens mening inte någon objektiv och förutsebar fördelningsnyckel eller fördelningsprincip. Det anges t.ex. inte någon viktning för respektive bedömningsgrund eller på vilket sätt de rent faktiskt avses användas. Avgörande synes vara Landstingets behov i det enskilda fallet utan att det ges någon ytterligare förklaring eller vägledning för hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Modellens utformning ger därmed ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar från Landstingets sida. Det bör noteras att hänvisningen till patientens behov inte avser patientens val utan Landstingets bedömning av behovet. Därtill kommer att offerrade produkter enligt upphandlingsdokumenten ska vara likvärdiga med de efterfrågade specificerade produkterna, varför produkterna i allt väsentligt torde vara utbytbara. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att avropsmodellen för de aktuella anbudsområdena strider mot 7 kap. 6 § LOU.

Den fråga som då uppkommer är om Nordenta lidit eller kan komma att lida skada till följd av felaktigheten. Nordenta är avseende bägge anbudsområdena en av antagna ramavtalsleverantörer. Det kan noteras att Nordenta lämnat lägst pris, vilket utgjort utvärderingsgrund i upphandlingen. Trots detta riskerar Nordenta, på grund av avropsmodellens icke-transparenta och olikbehandlande utformning, att inte tilldelas avropskontrakt. Nordenta har härigenom lidit, eller riskerat att lida, skada till följd av avropsmodellens felaktiga utformning.

Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därmed. Eftersom bristen hänför sig till upphandlingsdokumenten, och därmed till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen, såvitt avser anbudsområde A och B, göras om. Med denna utgång finns inte någon anledning att pröva de grunder som hänför sig till ”likvärdiga produkter”.

Nordenta ifrågasätter även utvärderingsmodellen och avropsordningen för *Övrigt sortiment*.

I upphandlingsdokumenten anges följande avseende *Övrigt sortiment*:

Övrigt sortiment avser produkter med lägre köpfrekvens och som inte omfattas av kravspecifikationen. Vid behov av dessa produkter kommer de tre (3) leverantörer som tilldelats flest positioner sammanlagt utifrån tilldelade anbudsområden att kontaktas.

Beställande enhet lägger skriftliga avrop för varje enskild leverans till leverantör. Val av leverantör avgörs av beställare vid beställningstillfället beroende på vilka produkter som beställs från det avtalade sortimentet.

Förvaltningsrätten noterar att övrigt sortiment inte utgör ett anbudsområde och inte avser specificerade produkter. Det har inte framkommit annat än att det rör sig om produkter som sällan efterfrågas. I enlighet med vad Nordenta anfört finns brister såväl i utvärderingsmodell som avropsordning beträffande *Övrigt sortiment*. Att utforma en objektiv och förutsebar modell torde dock svårligen låta sig göras då det handlar om att försöka tillgose ett behov av produkter som kanske endast undantagsvis kommer att efterfrågas. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att modellen, trots sina brister, bör godtas varför ansökan i denna del ska avslås.

*Sammanfattningsvis* finner förvaltningsrätten således att

- upphandlingen ska göras om avseende anbudsområde A och B
- ansökan ska avslås avseende *Övrigt sortiment*.

*Upplysningsvis* kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag bifallit en ansökan från DAB Dental AB (mål nr 2190-17) avseende anbudsområde B, C

och H i samma upphandling och förordnat att upphandlingen ska göras om i de delarna.

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

  
Lena Bergsdorf  
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

---

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

*Forts. nästa sida*

## **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

