



SÖKANDE

Plandent AB, 556347-1076
Box 90193
120 22 Stockholm

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

MOTPART

Folktandvården Skåne AB, 556936-0828
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud: Sophia Kjellberg och Lotta Olsson
AffärsConcept i Stockholm AB
Baltzarsgatan 16
211 36 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2019-04-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Folktandvården i Skåne AB (Folktandvården) genomför upphandling av dentala förbrukningsprodukter (dnr FTV/170129). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Upphandlingen omfattar följande delområden:

- Avtrycksmaterial och tillbehör
- Endodonti
- Handstycke och injektion
- Instrument och tillbehör
- Rengöring och desinfektion
- Sprutsystem injektion
- Munhygienprodukter
- Hygien
- Profylax
- Fyllnadsmaterial

Enligt tilldelningsbeslut daterat den 18 april 2018 beslutade Folktandvården att anta följande leverantörer:

- Avtrycksmedel och tillbehör – DAB Dental AB
- Endodonti – Plandent AB
- Handstycke och injektion – Unident AB
- Munhygienprodukter – Gama Dental AB
- Profylax – Gama Dental AB
- Rengöring och desinfektion – Nordenta AB
- Sprutsystem injektion – DAB Dental AB

Övriga områden, dvs. Instrument och tillbehör, Hygien och Fyllnadsmaterial, kommer enligt tilldelningsbeslutet att återannonseras då inga giltiga anbud inkommit.

Plandent AB har inte lämnat anbud avseende Handstycke och injektion.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Plandent AB (Plandent) ansöker nu om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse av utvärderingen har skett avseende följande delområden:

- Instrument och tillbehör
- Hygien
- Fyllnadsmaterial

Rättelse ska ske genom att ny utvärdering av Plandents anbud genomförs och att Plandent utses till vinnare för dessa delområden.

Plandent yrkar vidare att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett avseende följande delområden:

- Avtrycksmaterial och tillbehör
- Profylax
- Rengöring och desinfektion
- Munhygienprodukter
- Sprutsystem injektion

Rättelse ska ske genom att ny utvärdering görs av Plandents anbud och vinnande anbudsgivares anbud och att Plandent utses till vinnare för dessa delområden.

Plandent yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen görs om avseende följande delområden:

- Avtrycksmaterial och tillbehör

- Proylax
- Rengöring och desinfektion
- Munhygienprodukter
- Sprutsystem injektion

Utredningsskyldighet och edition

Plandent begär med stöd av 8 § FPL att förvaltningsrätten från Folkandvården kräver in kopior på vinnande anbudsgivares produkt- och prisbilagor (det vill säga uppgifter om offererade produkter och priser) för följande delområden: Avtrycksmaterial och tillbehör, Profylax, Rengöring och desinfektion, Munhygienprodukter och Sprutsystem injektion, enligt följande grunder. Plandent har begärt ut vinnande anbudsgivares produkt- och prisbilagor från Folkandvården men de handlingar som lämnats ut har varit helt maskade. Det finns anledning att tro att i utvärderingen har vinnande anbudsgivare offererat andra produkter än de varumärkesspecifika produkter som efterfrågats eller produkter som av annan anledning inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Plandent hänvisar i denna del till fel och brister i utvärderingen av Plandents anbud. I andra hand yrkar Plandent att förvaltningsrätten förelägger Folkandvården att utge kopior av vinnande anbudsgivares produkt- och prisbilagor i enlighet med bestämmelserna om edition i 20 § FPL. Materialet har som framgår ovan bevisbetydelse och rättslig relevans. De efterfrågade handlingarna är tillräckligt preciserade.

Som grund för sin ansökan och yrkandet att upphandlingen ska göras om anför Plandent bl.a. följande.

Brister i förfrågningsunderlaget

Upphandlingsunderlaget har varit behäftat med stora fel och brister. Så mycket som 129 frågor har ställts, framförallt vad gäller kraven på produk-

terna. Folk tandvården har vidare angett att produkterna ska erbjudas i ”befintliga färgsortiment” eller ”samtliga förekommande viskositeter” utan att specificera vad som avses med befintligt färgsortiment respektive förekommande viskositeter. Det går inte att veta för en anbudsgivare om befintligt respektive förekommande syftar på tillverkarens sortiment, anbudsgivarens generella sortiment eller anbudsgivarens sortiment för denna upphandling. Felen och bristerna i förfrågningsunderlaget har gjort att anbudsgivarna inte haft rätt förutsättningar för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Detta framgår tydligt av utvärderingsunderlaget där man kan utläsa att för tre av tio av delområden lyckades inte någon leverantör uppfylla alla obligatoriska krav, för tre delområden var det endast en leverantör som uppfyllde alla obligatoriska krav och för ett delområde var det enbart två leverantörer som uppfyllde alla obligatoriska krav.

Felaktig hänvisning till visst varumärke/tillverkare

Härutöver har Folk tandvården på många positioner hänvisat till en viss varumärkesspecifik produkt. För att en produkt från en annan tillverkare ska anses likvärdig har Folk tandvården ställt krav på att fullständig dokumentation redovisas avseende likvärdighet mellan efterfrågat varumärke och offererat. Likvärdigheten ska vara, men är inte begränsad till: kemisk sammansättning, mikrostruktur, partikelstorlek och mängd, gränsskikt och eventuella gränsskiktsbeläggningar, funktionella komponenter samt fysikaliska egenskaper. Detta krav gör det i praktiken omöjligt att offerera en produkt från en annan tillverkare. Med en så snäv definition på likvärdighet är det omöjligt att offerera ett alternativ eftersom inget alternativ kan överstämja med den definitionen. Detta gör det i praktiken omöjligt att offerera en produkt från en annan tillverkare och strider mot LOU.

Kravet är oproportionerligt och Plandent har missgynnats av hänvisningen till visst varumärke då andra anbudsgivare haft möjlighet att offerera bättre

priser på de produkter som efterfrågas varumärkesspecifikt. Om hänvisning till visst varumärke inte funnits eller om likvärdiga produkter accepteras eller om det varit tydligt att likvärdiga produkter accepterats och på vilket sätt utvärderingen skulle göras hade Plandent haft helt andra förutsättningar att utforma sitt anbud. Plandent hade då vunnit eller haft goda möjligheter att vinna följande delområden:

- Avtrycksmedel och tillbehör
- Profylax
- Rengöring och desinfektion
- Munhygienprodukter
- Sprutsystem injektion

Det har inte varit omöjligt för Folk tandvården att beskriva produkterna för upphandlingen tillräckligt tydligt och begripligt utan att hänvisa till ett visst varumärke. Folk tandvården hade, vid behov kunnat utveckla den beskrivning som finns för produkterna istället för att hänvisa till visst varumärke. Hänvisningen till visst varumärke strider mot LOU och det föreligger skäl att göra om dessa delområden (se Kammarrätten i Sundsvall mål nr 669-18).

Felen och bristerna i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivarna inte haft rätt förutsättningar för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Till stöd för att upphandlingen ska rättas gör Plandent gällande följande omständigheter.

Delområde Avtrycksmaterial och tillbehör

Plandent uteslöts på grund av att bolaget inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav för följande positioner:

Position 5: erbjuds ej i samtliga viskositeter

Position 10: offererad produkt innehåller aktivt tillsatta miljöstörande ämnen

Position 13: offererad produkt innehåller aktivt tillsatta miljöstörande ämnen

Position 14: ej erbjuden i samtliga färger (blå)

Kravet på position 5 är att den ska erbjudas i samtliga förekommande viskositeter. Plandent har tolkat detta som att produkten ska erbjudas i samtliga viskositeter som finns för det fabrikat som anbudsgivaren offererar. Plandent har offererat de två viskositer som finns hos tillverkaren. Uteslutningen är därmed inte korrekt.

Det finns inget krav i position 10 och 13 som säger att produkten inte får innehålla något miljöstörande ämne. I prisbilagan för delområdet hänvisar Plandent för såväl position 10 som 13 under kolumnerna Materialinnehåll som CMR-ämnen till den av Plandent ingivna bilaga SDB. I bilagan hänvisas till aktuella säkerhetsdatablad för positionerna 10 och 13 och i dessa säkerhetsdatablad återfinns den information som efterfrågas gällande (miljöstörande ämnen) materialinnehåll och CMR-ämnen för positionerna 10 och 13. Säkerhetsdatabladen är uppställda enligt gällande lagstiftning och praxis. Det är vanligt i upphandlingar att information i säkerhetsdatablad görs tillgängliga via länk till leverantörens webbsida. Det kan inte ha varit någon tvekan om vilken produkt säkerhetsbladen avser och att efterfrågad information återfinns i säkerhetsdatabladen. Plandent uppfyller därmed de obligatoriska kraven avseende positionerna 10 och 13. Det har inte ställts några krav på att produkterna ska uppfylla vissa miljökrav för att kunna godkännas. Att offererad produkt är fertilitetstoxisk är inte korrekt. Vid utvärderingen av Plandents anbud har Folkvandvården uppställt krav som inte framgår av förfrågningsunderlaget och också felaktigt utvärderat Plandents anbud.

Angående position 14 har Plandent offererat produkten i samtliga färger. Avseende kravet på färgen blå och grön har Plandent offererat färgen turkos, vilket är en blå och en grön färg. Det är fel att utesluta Plandent på denna grund. Under alla omständigheter strider det mot proportionalitetsprincipen att utesluta anbudsgivare på grund av att en färg inte har offererats på en position av väldigt många.

DAB (vinnaren i detta delområde) har inte uppfyllt alla obligatoriska krav. För det fall att DAB inte hade antagits hade Plandents anbud antagit då inga andra anbud kvalificerat sig. Plandent kan därvid anses ha lidit skada. Grund föreligger härmed för att besluta om ny utvärdering av Plandents och DAB:s anbud och där Plandent utses till vinnare av delområdet.

Delområde Fyllnadsmaterial

Delområdet ska göras om då ingen leverantör uppfyllde de obligatoriska kraven. Plandent uteslöts med motiveringen att anbudet inte uppfyllde alla obligatoriska krav.

Position 3: har ej offererat 3-stegsbonding

Position 30: har ej offererat samtliga färger

Vad gäller position 3 anger Folk tandvården att Plandent har offererat adhesiv och att det saknas primer. Plandent har offererat den hänvisade produkten. Om Folk tandvården har angivit en felaktig referensprodukt och egentligen efterfrågar en annan typ av produkt är de obligatoriska kraven för positionen otydliga och positionen ska strykas från upphandlingen. Plandent har uppfyllt de obligatoriska kraven för positionen.

Avseende position 30 har Plandent tolkat kravet så att det avser det sortiment som Plandent har valt att offerera i den aktuella upphandlingen. Plan-

dent har offererat produkten i samtliga färger som Plandent har tagit fram för den aktuella upphandlingen. Folk tandvårdens tolkning att kravet innebär att anbudsgivaren måste offerera samtliga färger som anbudsgivaren saluför, oavsett marknad, inköpspris och lagerhållningskostnad etc. strider mot lika-behandlingsprincipen. Olika leverantörer saluför olika många produkter och färger och det kan skilja i inköpspris mellan olika färger. Kravet missgynnar därmed leverantörer som saluför fler dyra färger. Ju fler färger en leverantör saluför desto större är risken att inte få med alla i anbudet. En leverantör med större färgsortiment missgynnas också då leverantören får högre lagerhållningskostnader. Plandent har ett av marknadens största sortiment och missgynnas om Folk tandvårdens tolkning av de obligatoriska kraven är korrekt. Det var felaktigt att förkasta Plandents anbud. Vid en korrekt utvärdering hade Plandent vunnit delområdet. Grund föreligger därmed för att besluta om att en ny utvärdering ska ske.

Delområde Hygien

Utvärderingen föll ut så att ingen anbudsgivare uppfyllde kraven. Plandents anbud förkastades på grund av att bolaget inte uppfyllde de obligatoriska kraven för följande position:

Position 2: endast offererat två storlekar

Plandent har offererat två av tre efterfrågade storlekar. Plandent menar att det är oproportionerligt att förkasta anbudet. En av tre storlekar för positionen är en försvinnande liten del av upphandlingen. Det bör i sammanhanget beaktas hur rörigt och hur många felaktigheter gällande produktkraven som förevarit. Vid en korrekt utvärdering hade Plandent vunnit delområdet. Plandent har därmed lidit skada och grund föreligger för att utvärderingen ska göras om.

Delområde Instrument och tillbehör

Utvärderingen utföll så att ingen anbudsgivare ansågs uppfylla samtliga obligatoriska krav och delområdet göras om.

Plandent anbud blev förkastat med anledning av att anbudet inte uppfyllde alla obligatoriska krav för följande positioner:

Position 21: går ej att tillfredställande läsa av graderingen

Position 25: har ej offererat komplett färgsortiment

Position 26: har ej offererat komplett färgsortiment

Position 27: har ej offererat komplett färgsortiment

Position 28: har ej offererat komplett färgsortiment

Position 29: har ej offererat komplett färgsortiment

Position 30: har ej offererat komplett färgsortiment

Position 49: har enbart erbjudit en storlek

Position 53: offererad produkt ej färgkodad

Plandent har för 21 offererat en produkt som är graderad på det sätt som föreskrivs. Folk tandvården anför att graderingen på Plandents produkt är otydlig. Plandent har offererat en produkt med 3 mm gradering. Produkten uppfyller därmed kravet på gradering. Det ställs inte något särskilt krav på tydlighet i förfrågningsunderlaget.

Kravet för position 25-30 är att produkterna ska erbjudas i befintligt färgsortiment som Plandent valt ut för upphandlingen. Plandent har offererat en färg på respektive position i enlighet härmed. Om kravet ska tolkas som att varje anbudsgivare ska offerera samtliga färger som anbudsgivaren saluför strider kravet mot likabehandlingsprincipen. Olika leverantörer saluför olika många produkter eller färger och det kan skilja i inköpspris mellan olika färger vilket missgynnar leverantörer som har ett brett sortiment. De obligatoriska kraven för positionen strider mot LOU och positionen borde utgå.

Kravet för 49 har Plandent offererat två storlekar vilket uppfyller kravet. Plandent råkade skriva samma produktnamn men det framgick tydligt i anbudet att det rör sig om två olika produkter då två olika artikelnummer angivits. Folk tandvården har begärt förtydliganden från olika anbudsgivare där Folk tandvården haft frågor kring olika positioner. Så har dock inte skett avseende Plandents anbud för denna position. Folk tandvården har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen. Plandent har uppfyllt de obligatoriska kraven för positionen och om så inte skulle anses vara fallet så har Folk tandvården utvärderat positionen i strid med likabehandlingsprincipen och positionen ska därmed strykas från upphandlingen.

Kravet för 53 har offererat en färgkodad produkt enligt den standard som gäller för dental borrh. Det uppställs inte något särskilt krav på hur produkten ska vara färgkodad. Trots detta menar Folk tandvården att Plandent inte uppfyller kravet för positionen för att Plandent inte inkommit med bevis eller särskild information gällande offererad produkts färgkodning. All information om de produkter som Plandent saluför finns inte med på Plandents hemsida. Att utvärdera anbudet baserat på information som finns på Plandents hemsida är fel. Att Folk tandvården inte begärt in varuprover från Plandent, vilket Folk tandvården gjort från andra anbudsgivare för att säkerställa att kraven uppfylls, strider mot likabehandlingsprincipen. Plandents anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i positionen. Folk tandvården har utvärderat produkten utifrån krav som inte framgår av upphandlingsunderlaget.

Eftersom Plandent uppfyller samtliga obligatoriska krav för delområdet var det felaktigt att förkasta bolagets anbud. Vid en korrekt utvärdering hade Plandent vunnit delområdet då inget annat anbud uppfyllde de obligatoriska kraven. Grund för att göra om utvärderingen föreligger därmed.

Delområde Profylax

Folktandvården har efter utvärdering antagit Gama Dental som leverantör. Plandents anbud har förkastats med hänvisning till att de obligatoriska kraven ej är uppfyllda avseende följande positioner:

Position 29: offererad produkt ej erbjuden i tre storklekar

Position 32: offererad produkt enbart erbjuden i en smak

Plandent anser att kravet i position 29 är motsägelsefullt då det anges att produkten ska erbjudas som barn, junior och vuxen av typ Proxident superb-rush. Denna typ av borste finns endast i två storlekar, vilket Plandent har offererat. Plandent har således uppfyllt det ställda kravet. Om Folktandvården har angett en felaktig referensprodukt och efterfrågar en annan produkt är de obligatoriska kraven otydliga och borde strykas från upphandlingen.

Vad gäller position 32 anser Plandent att det är oproportionerligt att uteslutas på grund av att man endast erbjudit en smak på tuggummi då detta utgör en försvinnande liten del av den totala upphandlingen.

Plandent hade lägre anbudspris än vinnaren och skulle vid en korrekt utvärdering ha vunnit delområdet. Plandent har därmed lidit skada och utvärderingen ska göras om.

Delområde Rengöring och desinfektion

Efter utvärdering antogs Nordentas anbud. Plandents anbud förkastades med hänvisning till att anbudet inte uppfyllde uppställda krav avseende följande positioner:

Position 9: offererad produkt uppfyller ej krav angående drivgas

Position 10: offererad produkt uppfyller ej krav angående drivgas

Prisbilagan stämmer inte överens med kravspecifikationen. I prisbilagan har man hoppat över position 9 och gått från 8 till 10. Folkvandvården har i frågor och svar bekräftat att det blivit fel och förklarat att prisbilagan ska läsas så att position 10 egentligen är position 9 i kravspecifikationen och position 11 egentligen är position 10 osv.

Plandent har i enlighet med Folkvandvårdens instruktioner offererat efterfrågad produkt i position 9 i kravspecifikationen samt i position 11 i prisbilagan och position 10 i kravspecifikationen samt i position 10 i prisbilagan. Plandent uppfyller därmed de uppställda kraven. Om Plandent inte skulle anses uppfylla de obligatoriska kraven för de aktuella positionerna har detta berott på att förfrågningsunderlaget och kompletteringarna varit felaktiga och otydliga. Positionerna ska i så fall strykas från upphandlingen.

Plandent gör gällande att Nordenta inte uppfyller de obligatoriska kraven. Om inte Nordentas anbud antagits hade Plandents anbud antagits då Plandents anbudspris var näst lägst. På så vis har Plandent lidit skada och utvärderingen ska därmed göras om varvid såväl Plandent som Nordentas anbud ska beaktas och Plandents anbud utses som vinnare av delområdet.

Delområde Munhygienprodukter

Efter utförd utvärdering antogs anbudet från Gama. Plandent hade näst lägsta anbudspris. Plandent gör gällande att Gama inte uppfyller de obligatoriska kraven avseende delområdet. För det fall att Gama inte antagits hade Plandent valts som leverantör.

Delområde Sprutsystem injektion

Utvärderingen utföll så att DAB antogs som leverantör. Plandents anbud var det näst lägsta. Plandent gör gällande att DAB inte uppfyller de obligatoriska kraven för delområdet. Hade DAB inte antagits så hade Plandents anbud antagits. Plandent har därmed lidit eller kan komma att lida skada.

Folk tandvården anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Utvärderingen av Plandents anbud är korrekt utförd enligt ställda krav avseende delområdena:

- Fyllnadsmaterial
- Hygien
- Instrument och tillbehör

Utvärderingen avseende Plandents anbud och vinnande anbud är korrekt utförd enligt ställda krav avseende delområdena:

- Avtrycksmaterial och tillbehör
- Profylax
- Rengöring och desinfektion
- Munhygienprodukter
- Sprutsystem injektion

Grund för att göra om upphandlingen föreligger inte.

Angående otydligheter i förfrågningsunderlaget

Plandent påstår enbart att det förekommit fel och brister, utan att vidare utveckla vad dessa fel och brister är. Att få eller ingen anbudsgivare har upp-

fyllt kraven visar snarare att Folktandvården har ställt höga krav på produkterna för att tillförsäkra sig god kvalitet.

Plandent har bl.a. gjort gällande att det varit otydligt avseende vilka färger som ska offereras, och att delområden därför ska göras om. Invändningen gäller endast delområdena Fyllnadsmaterial och Instrument och tillbehör, för vilka ingen tilldelats avtal. Att då kräva att upphandlingen ska göras om framstår som överflödigt.

Hänvisningar till varumärken

I upphandlingen finns hänvisningar till varumärken följt av ”eller likvärdigt”. Skälen till att en specifik funktion efterfrågas listas i 16.1. Dessa skäl är inte kumulativa, utan äger varierande tillämplighet i kravspecifikationen. Likvärdig har inte samma betydelse som identisk, vilket följer av dess direkta ordalydelse. Konsekvensen av att Folktandvården använder tillägget är att kravet inte är varumärkesspecifikt som Plandent gör gällande. Folktandvården har för andra anbudsgivare i de olika delområdena godkänt produkter som likvärdiga. Detta motsäger också Plandents påstående. De produkter som Folktandvården har refererat till är vedertagna i branschen och därmed inte att anse som orimliga. Plandent har haft möjlighet att erbjuda en likvärdig produkt. Således har Plandent haft möjlighet att erbjuda alternativa produkter på de positioner som Plandent anför. Det är självfallet så att om Plandent fått bestämma helt själv, vilka produkter de vill offerera, att de i så fall haft en större frihet. Folktandvården motsätter sig dock den urholkning av kraven som Plandent försökt få till stånd och som Folktandvården rimligen ställt upp baserat på de behov som Folktandvården har. Plandent utvecklar inte närmare vad som legat till grund för att det varit omöjligt för dem att erbjuda annat än en specifik produkt, än att kravformuleringen hindrat dem.

Plandent anför att kraven går utöver lagkrav på produkterna inom området. Det är den upphandlande myndigheten som själv har rätt att ställa högre krav än minimikrav i annan tillämplig lag. Då dentala förbrukningsprodukter är produkter som används inom patientvård är det av stor vikt för folktandvården att offererade produkter inkommer med fullständig dokumentation för att Folktandvården ska kunna avgöra om offererad produkt uppfyller ställda krav.

Plandent gör vidare gällande att Folktandvården inte har redogjort på vilket sätt utvärderingen skulle ske avseende bedömningen av likvärdighet. Beskrivningen av likvärdighet i upphandlingsdokumenten bl.a. gällande den kemiska sammansättningen, är avsedd att förtydliga vad Folktandvården beaktar i bedömningen av likvärdighet. En bedömning av likvärdiga produkter måste ske i varje enskilt fall och för varje enskild offererad produkt. Folktandvården har även under anbudstiden förtydligat att med likvärdig avses funktionell likvärdighet. Detta innebär att anbudsgivare kunde offerera en likvärdig produkt så länge anbudsgivaren bifogar en dokumentation som styrker detta och att produkten är funktionellt likvärdig som den efterfrågade produkten. Folktandvården har därmed i möjligaste mån förklarat hur bedömningen kommer att ske och Plandent har inte missgynnats i detta avseende.

När det gäller vad Plandent anført till stöd för att upphandlingen ska rättas har Folktandvården följande invändningar.

Delområde Avtrycksmaterial och tillbehör

Position 5: Plandent påstår att produkten endast finns i Plandents offererade viskositeter. Det stämmer inte utan det finns fler viskositeter men antalet varierar beroende på varumärke. Plandent har bl.a. offererat fyra viskositeter av märket Affinis. Affinis finns i sex viskositeter. Viskositeter är ett etablerat begrepp i branschen. Eftersom antalet viskositeter varierar har Folktand-

vården valt att ange att produkten ska erbjudas i samtliga förekommande viskositeter. Plandent har inte offererat samtliga viskositeter.

Position 10-13: framgår av prisbilagan not 5 och 6 att anbudsgivaren ska lämna information om produkten innehåller exempelvis miljöstörande ämnen. Det framgår inte direkt från Plandents anbud. Det har funnits en möjlighet att ange detta i ett separat dokument med en hänvisning till det separata dokumentet i produkt och prisbilagan. Plandent har hänvisat till en bilaga men av denna framgår dock inte vilka miljöstörande ämnen som produkten innehåller utan enbart vidare hänvisningar till internetsidor som Folkvandvården inte kan garantera är de samma från sista anbudsdag. Dessa länkar leder till sidor med ytterligare länkar. Folkvandvården anser därmed att anbudet inte innehåller den efterfrågade informationen och att det är förknädat med alltför långtgående utredningsbörda för upphandlande myndighet att få tillgång till den efterfrågade informationen.

Position 14: Kravet är tydligt formulerat, produkten ska offereras som blå och grön separat. Plandent har inte erbjudit blå och grön genom att erbjuda turkos. Att Plandent har valt att blanda två färger innebär inte att kravet är oproportionerligt. Trots att kravet inte är omfattande i förhållande till upphandlingen är det dock ett krav som inte uppfyllts. Plandent har valt att erbjuda en produkt istället för efterfrågade två produkter.

Delområde Fyllnadsmaterial

Position 3: Plandent har endast offererat adhesiv, det saknas primer. Den produkt som Plandent offererat saknar ett steg och är därmed inte en trestegsbonding.

Position 30: produkten ska erbjudas i befintligt färgsortiment hos anbudsgivaren. Av kravet framgår tydligt att kravet är kopplat till vad som är befintligt hos anbudsgivaren. Således ska samtliga hos anbudsgivaren befintliga färger offereras i anbudet. Det är tydligt att anbudsgivaren inte medges rätt att fritt välja vilka färger som kan offereras för att uppfylla kravet. Den extra lagerkostnad som eventuellt kommer med att ha fler produkter i befintligt sortiment får anses utjämnad med när den kostnaden fördelas på fler produkter. En eventuell ökning i kostnad per produkt får anses som försvinnande liten att det inte får någon direkt påverkan på anbudsgivares möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Folkvandvården kan inte beakta hur anbudsgivarna organiserar sin verksamhet utan måste utgå ifrån att en leverantör har kontroll över sitt eget sortiment.

Delområde Hygien

Position 3: Kravet är tydligt. Tre storlekar ska offereras. Det är inte proportionerligt att upprätthålla ett obligatoriskt krav.

Delområde Instrument och tillbehör

Kravet avseende position 21 uppfylls inte på grund av att expertgruppen, baserat på varuprov, bedömde att graderingen var för otydlig.

Kravet för position 25-30 är att respektive produkt ska erbjudas i befintligt färgsortiment. Kravet avser färg på produkten. Inte vilken färg anbudet har. Med befintlig avses således samtliga befintliga färger som produkten har. Folkvandvården har konsekvent upprätthållit denna tolkning av kravet för samtliga anbudsgivare och har således inte brutit mot likabehandlingsprincipen. Den extra lagerkostnad som eventuellt kommer med att ha fler produkter i befintligt sortiment får anses utjämnad när den kostnaden fördelas

på fler produkter. En eventuell ökning i kostnad per produkt får anses som försvinnande liten att det inte får någon direkt påverkan på anbudsgivares möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Folkvandvården kan inte beakta hur anbudsgivarna organiserar sin verksamhet utan måste utgå ifrån att en leverantör har kontroll över sitt eget sortiment.

Position 49: Plandent har offererat två produkter med identisk benämning. Artikelnumret skiljer sig åt. Dock går artikelnumret inte verifiera på Plandents hemsida. Baserat på lämnad information är det inte visat att det är fråga om två olika produkter. Folkvandvården är vidare inte skyldig att låta anbudsgivare förtydliga information i sina anbud. Anbudsgivare har efter sista anbudsdag inte möjlighet att ändra information i sitt anbud. Ett anbud som inte är komplett kan inte kompletteras med obligatoriska uppgifter (se KamR Göteborg mål nr 6248-11).

Position 53: Plandent har offererat en produkt som efter verifiering på Plandents hemsida inte visar att produkten var färgkodad på efterfrågat sätt. Folkvandvården har ingen skyldighet att låta anbudsgivare förtydliga information i sitt anbud så Folkvandvården bedömt att offererad produkt inte uppfyller ställda krav.

Delområde Profylax

Position 29: Folkvandvården bestrider Plandents påstående om att Proxident superbrush enbart finns i två storlekar. Produkten finns dock i minst tre storlekar barn, junior och vuxen. Plandent har inte varit tvungen att offerera produkter från Proxident utan hade kunnat offerera likvärdiga produkter i efterfrågade storlekar.

Kravet för position 32 är ett obligatoriskt krav. Det är inte oproportionerligt att upprätthålla ett obligatoriskt krav. Kravet är tydligt formulerat. Folk-tandvården har ett viktigt behov att säkerställa att brukare av produkten faktiskt använder produkten. Här har smaken en viktig och avgörande betydelse för att få ut den effekt som tuggummit syftar till.

Delområde Rengöring och desinfektion

Det är korrekt att numreringen inte stämde i det ursprungliga underlaget. Efter svar på denna fråga konstaterades dock just detta. Varför Plandent har kastat om ordningen på produkterna är dock oklart. Det framgår tydligt av omständigheterna att följdordningen i kravspecifikationen eller prisbilagan inte ändrats. Oavsett Plandents misstag har de ej lidit skada. Vinnande anbudsgivare uppfyller samtliga obligatoriska krav och har ett klart lägre pris. Plandents misstag har ej påverkat deras totalpris. De omkastade produkterna viktas båda till 1500 st.

Delområde Munhygienprodukter

Gamas anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Plandent har inte åberopat något som skulle föranleda en annan bedömning

Delområde Sprutsystem injektion

DAB:s anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Plandent har inte åberopat något som skulle föranleda en annan bedömning.

Utredningsskyldighet och edition

Till stöd för sin begäran anger Plandent summariskt att vinnande anbudsgivare inte uppfyller de obligatoriska kraven. Plandent menar bl.a. att ett 13

procent lägre pris skulle vara en indikation på att något är fel och att upphandlande myndigheter generellt är så bristfälliga i sina upphandlingar att detta ensamt utgör skäl. Detta utgör enligt Folkvandvården inte skäl för att tillmötesgå begäran. Därtill ska edition inte medges när syftet är att sökanden ska få möjlighet att bedöma vilka grunder som bör åberopas. Plandents påstående syftar endast till att Plandent ska få tillgång till handlingarna för att sedan försöka hitta en formell brist som de kan åberopa. De uppgifter som efterfrågas omfattas av sekretess.

Sammanfattning.

Plandent har inte visat att bolaget under något delområde uppfyller samtliga obligatoriska krav. Plandent har inte visat någon omständighet som föranleder att upphandlingen behöver göras om. Plandent har inte visat att denne lider skada eller kan lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 9 kap. 6 § första stycket 2 LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till varumärken, patent eller typ, om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Av andra stycket i bestämmelsen framgår att sådana hänvisningar dock får förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Förvaltningsrättens bedömning

Utformning av förfrågningsunderlaget och varumärken

Plandent har allmänt hävdad att förfrågningsunderlaget lider av brister bl.a. i tydlighet, vilket medfört ett stort antalet frågor till Folk tandvården om produkterna under upphandlingsförfarandet. Plandent menar att det förekommit felaktigheter i de produktspecifika kraven och att det varit svårt att få överblick över krav respektive positioner. Vidare har Plandent gjort gällande att det är oklart vad som avses med begreppen "samtliga förekommande viskositeter", t.ex. position 5 inom Avtryck och tillbehör, respektive "befintliga färgsortiment", t.ex. position 25 inom Instrument och tillbehör.

Vad gäller det Plandent mera allmänt hävdad om otydligheter i förfrågningsunderlaget och som lett till ett stort antal frågor, är det enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt preciserat för att kunna läggas till grund för ett ingripande. Förvaltningsrätten konstaterar därtill att någon utvärdering inte skett alls beträffande Instrument och tillbehör, utan detta område ska annonseras ut på nytt. Sak samma gäller i fråga om området Fyllnadsmaterial. Mot Folk tandvårdens invändning att kravet om färgsortiment endast hänför sig till de två nyss nämnda delområdena, kan Plandent därmed inte anses ha lidit skada i denna del med anledning av vad som åberopats till stöd för bristande transparens rörande "befintliga färgsortiment". Vad Plandent åberopat

till stöd för att kravställningen ”samtliga förekommande viskositeter” ger upphov till oklarheter, kan enligt förvaltningsrätten heller inte medföra ett ingripande enligt LOU. Att frekvensen av anbud, generellt sett, som godtagits inom respektive delområde är av viss mindre omfattning alternativt inget anbud godtagits ger inte stöd för detta.

Plandent gör vidare gällande att Folktandvården har agerat i strid med LOU och grundläggande upphandlingsrättsliga principer genom att i förfrågningsunderlaget hänvisa till varumärken/tillverkare avseende vissa produkter. Genom att hänvisningen till likvärdiga produkter har gjorts alltför snäv är det, enligt Plandent, i praktiken omöjligt att erbjuda en likvärdig produkt. Kravet hävdar Plandent vara oproportionerligt. Plandent anser sig ha lidit skada för områdena Avtrycksmaterial och tillbehör, Profylax, Rengöring och desinfektion, Munhygien och Sprutsystem injektion och att skäl finns för att göra om upphandlingen.

Frågan är här närmast om Folktandvården brutit mot 9 kap. 6 § LOU.

Även om det är svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling vare sig gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr. t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 februari 2018 i mål nr 4889-17) ställs krav på att den leverantör som hävdar att ingripande mot upphandlingen ska ske på grund av bestämmelsen i 9 kap. 6 § LOU kan visa att leverantören i fråga lidit eller kan komma att lida skada härav. I detta avseende konstaterar förvaltningsrätten att Plandent uppfyllt kraven beträffande områdena Munhygienprodukter och Sprutsystem injektion för att gå vidare till utvärdering. Att, i förekommande fall, Plandent inte har bedömts uppfylla produkt- eller tillverkarkrav eller likvärdiga sådana har inte visats. Den omständigheten att vinnande anbudsgivare erbjudit ett lägre pris kan i sammanhanget heller inte anses vara visat ha berott på förekomsten av viss produkt. Någon sådan skada i den bemärkelse som avses i LOU kan Plan-

Plandent därmed inte anses ha lidit eller riskerat att lida på grund av eventuella hänvisningar till varumärken i upphandlingen. Plandent har i och för sig inte uppfyllt kraven i upphandlingens områden Avtrycksmaterial och tillbehör, Profylax eller Rengöring och desinfektion. Grunderna för detta saknar emellertid direkt samband med att det beträffande vissa områden och positioner hänvisats till varumärken. Vad Plandent anfört att bolaget inte haft möjlighet att offerera ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud motsägs alltså av resultatet av anbudsprövningen och grunderna för detta. Plandent kan på grund härav eller av annat skäl inte anses ha visat sig ha lidit eller riskerat lida skada med anledning av att det i förfrågningsunderlaget eventuellt kan ha hänvisats till varumärken o.l. i strid med 9 kap. 6 § LOU. Skäl för ett ingripande av innebörd att upphandlingen ska göras om med hänvisning till brister avseende detta i det konkurrensuppsökande skedet saknas enligt förvaltningsrätten. Inte heller finns stöd för att kraven hänförliga till varumärken/tillverkare skulle vara oproportionerliga.

Prövning av om upphandlingen ska rättas

Infördrande av handlingar

Plandent gör gällande att Folk tandvården genom att anta anbuden från de leverantörer som skett inom områdena Avtrycksmaterial och tillbehör, Profylax, Rengöring och desinfektion, Munhygienprodukter och Sprutsystem injektion, har brutit mot LOU då de respektive leverantörerna inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

Officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (HFD 2009 ref. 69). Om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som han

önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om vissa uppgifter krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Rätten ska ta ställning till om den behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning med utgångspunkt i vad parterna anfört (HFD 2015 ref. 55).

Vad Plandent anfört till stöd för att förvaltningsrätten med stöd av 8 § förvaltningsprocesslagen, alternativt 20 § samma lag, ska infordra vinnande bolags uppgifter om erbjudna produkter och priser, kan förvaltningsrätten inte finna vara tillräckligt konkreta och preciserade påståenden för att det ska finnas skäl att ifrågasätta Folkvandvårdens förfarande och begära in handlingar för kontroll av anbudena. Mot bakgrund av detta föreligger enligt förvaltningsrättens mening inte skäl för att inom ramen för rättens utredningsskyldighet begära in de aktuella handlingarna. På samma grunder finner förvaltningsrätten inte heller skäl att bevilja yrkandet om edition.

Delområde Avtrycksmaterial och tillbehör

Plandent hävdar att bolaget felaktigt uteslutits med hänvisning till kravet i *position 5* att produkten ska erbjudas i samtliga förekommande viskositeter. Bolaget menar att kravet innebär att produkten ska erbjudas i samtliga viskositeter som finns för det fabrikat som anbudsgivaren offererar och att erbjudandet omfattar de viskositeter som anges på tillverkarens hemsida. Mot Folkvandvårdens invändning att det finns flera viskositeter för det varumärke Plandent erbjudit har enligt förvaltningsrätten Plandent inte visat att kravet skulle vara uppfyllt.

Vad Plandent invänt i fråga om *position 14* till stöd för ett ingripande i upphandlingen, dvs. att bolaget genom att erbjuda färgen turkos uppfyllt kravet

för färgerna blå och grön, motsägs av hur kravet utformats. Vidare ser förvaltningsrätten inte att Plandent genom sin talan har visat kravet vara oproportionerligt i den mening som avses i LOU.

Redan på grund härav uppfyller Plandent inte kraven för Avtrycksmaterial och tillbehör.

Delområde Profylax

Kravet innebär ostridigt att den efterfrågade produkten i position 29 ska erbjudas i tre storlekar. Plandent har inte uppfyllt kravet och vad bolaget invänt medför inte skäl för att Folk tandvården, i enlighet med Folk tandvårdens invändningar, ändå har haft att godta anbudet. Inte heller beträffande kravet på flera smaker avseende tuggummi i position 32 har funnits skäl för annat än att upprätthålla det ställda kravet. Vad Plandent anfört om att kravet i denna del skulle vara oproportionerligt medför inte annan bedömning.

Delområde Rengöring och desinfektion

Förvaltningsrätten bedömer att med anledning av vad som framkommit om de justeringar som gjorts i förfrågningsunderlaget genom Frågor och svar har Plandent inte uppfyllt ställda krav. Under alla förhållanden har Plandent inte visat sig lidit eller riskerat lida skada i förhållande till vinnande anbud.

Delområde Munhygien

Plandent har i anbudsprövningen godtagits för vidare utvärdering. Vinnande bolag har erbjudit lägre pris, varför Plandent inte har lidit skada eller riskerat detta.

Delområde Sprutsystem injektion

Plandent har i anbudsprövningen godtagits för utvärdering. Vinnande bolag har erbjudit lägre pris, varför Plandent inte har lidit skada eller riskerat detta. Vad Plandent anfört i fråga om att vinnande leverantör erbjudit onormalt lågt pris kan inte medföra annan bedömning.

Delområde Fyllnadsmaterial

I fråga om position 3 är inte visat annat än att Plandents anbud inte uppfyller ställt krav. Vad gäller position 30 ger ordalydelsen i kravet stöd för den tolkning Folk tandvården hävdar i fråga om det färgsortiment som avses. Vad Plandent i övrigt åberopat i denna del medför enligt förvaltningsrätten heller inte att skäl finns för ingripande mot upphandlingen i denna del.

Delområde Hygien

Kravet i position 2 är klart och tydligt och innebär ett krav på tre storlekar. Detta har Plandent inte uppfyllt. Vad Plandent anfört till stöd för att det är att anse som oproportionerligt att kräva tre storlekar i position 2 medför inte någon annan bedömning.

Delområde Instrument och tillbehör

Avseende position 21 har Plandent inte mot Folk tandvårdens bestridande visat att kravet är uppfyllt i denna del.

Vad gäller position 25–30 ger ordalydelsen i kravet stöd för den tolkning Folk tandvården hävdar i fråga om det färgsortiment som avses. Vad Plandent i övrigt åberopat i denna del medför enligt förvaltningsrätten heller inte att skäl finns för ingripande mot upphandlingen i denna del.

I fråga om position 49 har Plandent mot Folkvandvårdens bestridande inte visat att bolaget erbjudit två storlekar baserat på den information som getts vid anbudslämnandet. Vad Plandent i övrigt invänt om bristande likabehandling relaterat till andra anbudsgivare kan heller inte medföra ingripande.

När det gäller position 53 är det heller inte mot Folkvandvårdens bestridande visat att Plandent i sitt anbud redovisat färgkodning för produkten i fråga.

Sammanfattat har Plandent alltså inte visat att Folkvandvården i upphandlingen förfarit i strid mot de upphandlingsrättsliga principerna eller andra bestämmelser i LOU så att skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger för delområdena ovan. Vad Plandent i övrigt anfört och åberopat medför heller inte skäl för att ingripa mot upphandlingen med stöd av LOU.

Förvaltningsrätten har dag som ovan även meddelat dom i mål nr 4705-18 och 4707-18. I nämnda mål har förvaltningsrätten beslutat att avslå ansökan om ingripande i upphandlingen (dnr FTV/170129)

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Madeleine Westberg

Astrid Lindeskog har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.