



SÖKANDE

ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2015-05-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Folktandvården i Gävleborg AB, 556702-1836
Box 581
801 08 Gävle

Ombud: Björn Eriksson
c/o Region Jämtland Härjedalen
Box 654
831 27 Östersund

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Folktandvården i Gävleborg AB (folktandvården) upphandlar dentala förbrukningsartiklar (dnr LS/1256/2014). Upphandling sker genom öppet förfarande och med utvärderingsgrunden lägst pris. Den 2 december 2014 tilldelades Aktiebolaget Nordenta (Nordenta) kontraktet i upphandlingen. ApoEx ansökte om överprövning och yrkade, förutom annat, edition av handlingar som skulle visa Nordentas förpackningspriser. Förvaltningsrätten avslog yrkandet om edition i beslut den 2 februari 2015.

YRKANDEN M.M.

ApoEx Sverige AB (ApoEx) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att utvärderingen ska rättas genom att utvärderingen baseras på rätt enhetspriser, dvs. förpackningspriset i de fall utvärderingsenheten är ”förpackning” och på styckepriset i de fall utvärderingsenheten är ”st/ml/mg etc.” I andra hand yrkar ApoEx att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Folktandvården har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens genom att inte genomföra utvärderingen i enlighet med förfrågningsunderlaget.

En kontrollräkning av Nordentas anbudspris (dvs. totalsumman av respektive positions enhetspris) multiplicerat med positionens förbrukning ger inte den totalsumma som folktandvården angett i tilldelningsbeslutet. Av detta skäl är det således uppenbart att något har gått fel i utvärderingen. Folktandvården har också medgett att det uppstått fel vid beräkningen av Nordentas anbud.

Folktandvården har räknat med ett utvärderingspris som är lägre än det egentliga utvärderingspriset för de positioner vars förbrukning uttrycks i antal förpackningar per år. Skillnaden mellan det utvärderingspris folktandvården använt och det egentliga utvärderingspriset är en faktor som motsvarar det totala

antalet enheter i den för positionen offererade förpackningen. Det leder till en betydligt lägre utvärderingssumma för Nordentas anbud än vad som skulle ha blivit resultatet av en utvärdering i enlighet med förfrågningsunderlaget. ApoEx anbud har inte utvärderats på detta sätt. Om ApoEx anbud hade utvärderats utifrån samma förutsättningar, hade ApoEx totala utvärderingspris varit lägre än Nordentas och ApoEx skulle ha tilldelats kontraktet. ApoEx har till följd av det lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Kravet i upphandlingen är att priset ska anges i den enhet som volymen uttrycks i. Det framgår uttryckligen av förfrågningsunderlaget. I de fall enheten är angiven som "fp" (förpackning) ska förpackningspriset således vara detsamma som nettopriset/enhet. Att genomföra utvärderingen på något annat sätt är både ologiskt och strider dessutom mot förfrågningsunderlaget och därför även mot transparensprincipen. Det är riktigt som folktandvården anför att i de fall anbudsgivaren offererar en produkt som har en annan förpackningsstorlek än den som folktandvården har angett kommer nettopriset/enhet inte att vara lika med förpackningspriset. Det är också riktigt att detta har tagits upp i frågor och svar. Det som folktandvården anför avser dock en annan situation och andra positioner än de som ApoEx avser. Det som är väsentligt för ApoEx talan är i stället att i de fall offererad förpackningsstorlek faktiskt motsvarar folktandvårdens angivna förpackningsstorlek, dvs. då specialfallet som behandlats ovan och i frågor och svar, inte föreligger, ska enhetspriset vara lika med förpackningspriset. Det är dessa positioner, där offererad förpackningsstorlek motsvarar folktandvårdens angivna förpackningsstorlek och enhetspriset ska vara lika med förpackningspriset, som folktandvården har utvärderat felaktigt. ApoEx bifogar exempel avsedda att illustrera konsekvenserna av de fel som folktandvården gjort vid utvärderingen.

Dessutom har det inte framgått av förfrågningsunderlaget att utvärderingen skulle ske per styckepris i stället för den enhet som respektive position är uttryckt i. Om detta har varit folktandvårdens avsikt har denna avsikt inte kom-

municerats tillräckligt tydligt till anbudsgivarna. För det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att förfrågningsunderlaget ska tolkas på det sätt som folktandvården gjort och att folktandvården därför agerat korrekt vid utvärderingen, har förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt tydligt i fråga om hur utvärderingen skulle ske. Förfrågningsunderlaget har inte varit så klart och tydligt utformat att ApoEx på grundval av det kunnat avgöra vad folktandvården skulle komma att tillmäta betydelse vid utvärderingen (RÅ 2002 ref. 50). Det normala i branschen och den aktuella typen av upphandlingar är dessutom att "nettopris/enhet" är förpackningspriset dividerat med totala antalet ingående enheter i förpackningen. Bilagan anbudssortiment är därför utformad på ett sätt som avviker från branschpraxis, vilket gör att det är lätt hänt att anbudsgivarna anger priser som inte stämmer överens med instruktionerna i förfrågningsunderlaget.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att folktandvården gjort en korrekt bedömning och utvärdering av anbudet gör ApoEx gällande att folktandvården brutit mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta genom att använda sig av ett förfrågningsunderlag som är så bristfälligt och otydligt utformat att det inte på förhand gått att utläsa hur utvärderingen av anbudet skulle ske. Om dessa brister inte förelegat skulle ApoEx ha kunnat lämna ett mer ändamålsenligt anbud och därmed ha fått bättre möjligheter att tilldelas avtal.

Det följer av transparensprincipen att förfrågningsunderlag ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare tolkar krav och kriterier på samma sätt (EU-domstolens dom i mål nr C-19/00 *SIAC Construction* och RÅ 2002 ref. 50). Kraven på att den upphandlande myndigheten uttrycker sig noggrant, tydligt och transparent i alla delar är högt ställda. Endast vissa, dvs. begränsade brister och oklarheter, kan godtas. Om det hade framgått av förfrågningsunderlaget och själva utvärderingsmodellen hur utvärderingen skulle ske hade det varit möjligt för ApoEx att ut-

forma sitt anbud på ett annat sätt och lämna ett annat pris. ApoEx har således lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada av den bristfälligt och otydligt utformade utvärderingsmodellen.

Folktandvården bestrider ansökan om överprövning och yrkar att den avslås.

Anbudsutvärderingen har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Någon sådan felräkning som ApoEx gör gällande har inte förekommit vid utvärderingen. Resonemanget i ApoEx exempel om att folktandvården utvärderat fel "nettopris/enhet" saknar relevans för bedömningen om utvärderingen gjorts på rätt sätt. Nordentas anbud och den verkliga uträkningen på dessa positioner i Nordentas anbud bifogas för att visa hur utvärderingen gått till.

Emellertid har folktandvården vid genomgång av utvärderingen av Nordentas anbud upptäckt fel vid beräkningen av anbudssumman. En korrekt beräkning leder dock till en sänkning av Nordentas anbudssumma, vilket medför en större skillnad mellan Nordenta och ApoEx anbud. En ny utvärdering pga. detta leder dock inte till en ändring av vinnande anbudsgivare. ApoEx har därmed inte lidit skada av detta fel.

ApoEx har anfört att för de positioner där förbrukningen är angiven i antal förpackningar ska nettopris/enhet vara lika med förpackningspriset. Ett sådant krav finns inte angivet i förfrågningsunderlaget. I punkten 4.4.1. "Beräkning av pris 2.4 Anbudsspecifikation" i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget anges att folktandvården kommer att göra en värdering av pris enligt 2.3 anbudsspecifikation. Lägsta offererade pris per angiven enhet multipliceras med förbrukning och därefter räknas ett totalpris för huvudsortimentet samt för respektive rensningssystem fram. Detta har förtydligats i frågor och svar under anbudstiden. Eventuell otydlighet i förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen har därmed undanröjts. Utvärderingen har gjorts i enlighet med detta. I frågor och svar framgår hur förpackningsstorlek ska hanteras i

utvärderingen. Utvärderingen på denna punkt har således skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och givna svar på frågor. Svaret på frågan om förpackning och styckepris gäller samtliga positioner där enhet angetts på samma sätt som i den position som frågan avsåg.

Enligt administrativa föreskrifter, som förtydligats genom frågor och svar, ska anbudsgivare i anbudet ange sin förpackningsstorlek och pris för denna. Om anbudsgivarens förpackningsstorlek avviker från den som angetts i underlagets artikelspecifikation för utvärdering ska anbudsgivaren räkna om och ange sitt pris i den mängd som ska utvärderas. Den vinnande anbudsgivaren har lämnat sitt anbud i enlighet med detta. Förfrågningsunderlaget och utformningen av utvärderingsmodellen strider inte mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen eller LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna i målet är om folktandvården utvärderat Nordentas anbud på ett felaktigt sätt och om förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen strider mot transparens- och likabehandlingsprinciperna.

Av punkten 4.4.1. "Beräkning av pris Anbudsspecifikation" i administrativa föreskrifter i förfrågningsunderlaget framgår följande.

"Landstingen kommer att göra en värdering av pris enligt punkten 2.3 i Anbudsspecifikation. Lägsta offererat pris per angiven enhet multipliceras med förbrukning och därefter räknas ett totalpris för huvudsortiment samt för respektive rensningssystem fram."

Har folktandvården utvärderat Nordentas anbud felaktigt?

ApoEx har anfört att en kontrollräkning av Nordentas anbudspris inte ger den totalsumma som folktandvården angett i tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten anser inte att parternas utredning i denna del på ett tydligt sätt visar hur man anser att utvärderingen gått till. Om det beror på att folktandvården ursprungligen beräknat Nordentas anbudspris felaktigt eller om det beror på brister vid folktandvårdens tillämpning av utvärderingsmodellen på det sätt som ApoEx illustrerat med olika exempel, anser inte förvaltningsrätten framgår av parternas utredning. ApoEx har i målet inte visat att Nordentas totalsumma beräknats utifrån felaktiga nettopriser/enhet. Folktandvården har tillbakavisat att någon sådan felräkning skett i samband med utvärderingen av Nordentas anbud, utan den felräkning som förevarit har varit till Nordentas nackdel. Då ApoEx i målet har att visa att det förekommit fel i upphandlingen och bolaget inte visat att folktandvårdens utvärdering medfört att Nordenta vunnit upphandlingen med ett felaktigt beräknat anbudspris, medför inte vad ApoEx anfört på denna grund att det finns skäl att ingripa enligt LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Strider förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen mot principerna i LOU?

ApoEx har anfört att i de fall enheten uttrycks som fp ska pris anges som pris/fp i fältet "Nettopris/enhet". ApoEx hävdar att förfrågningsunderlaget varit otydligt på så sätt att det inte framgått att utvärderingen skulle ske per styckpris i stället för den enhet som respektive position är uttryckt i.

Folktandvården har hänvisat till punkten 4.4.1 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget och kommit in med illustration som visar hur beräkningarna genomförts samt hänvisat till att folktandvården under anbudstiden i frågor och svar redogjort för hur enheter ska anges och pris beräknas.

Förvaltningsrätten anser att höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Genom att folktandvården under anbudstiden förtydligat med svar angående de brister i transparens som ursprungligen funnits i förfrågningsunderlaget, kan dessa brister enligt förvaltningsrättens mening anses ha blivit läkta (jfr Kammarrätten i Göteborgs mål nr 6212-07). Tilläggas kan att förvaltningsrätten inte anser att det i samband med de förtydliganden som folktandvården gjort i frågor och svar varit fråga om väsentliga ändringar och att upphandlingen av den anledningen ska göras om (jfr Konkurrensverkets rapport, *Länsrätternas domar om offentlig upphandling*, 2007:2, s. 58; *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 193). Med beaktande av upphandlingsföremålets omfattning och att ApoEx i detta avseende inte hävdade att bolaget inte haft utrymme att anpassa bolagets anbud efter folktandvårdens förtydligande, så finner förvaltningsrätten att de ursprungliga bristerna inte fått till följd att folktandvården brutit mot principerna i LOU.

Beträffande utvärderingsmodellen anser förvaltningsrätten, på samma sätt som i frågan om förfrågningsunderlagets utformning, att det förtydligande som folktandvården gjort läkt de brister som funnits utifrån vilka värden som beräkningarna enligt punkten 4.4.1. i de administrativa skulle utvärderas. ApoEx borde därför ha kunnat göra sig en bild av vad folktandvården skulle tillmäta betydelse vid utvärderingen (RÅ 2002 ref. 50). ApoEx har i övrigt inte anfört något som visar att utvärderingsmodellen skulle stå i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

ApoEx har också anfört att utvärderingsmodellen strider mot branschpraxis. Frågan om valet av utvärderingsmodell faller under det som en upphandlande myndighet har rätt att besluta om. Förvaltningsrätten ska endast pröva om en utvärderingsmodell strider mot LOU. Förvaltningsrätten anser inte att vare sig utvärderingsmodell visats avvika från branschpraxis eller står i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det som kommit fram i målet inte utgör skäl för ingripande enligt LOU. ApoEx överklagande ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.