



SÖKANDE

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

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

KONKURRENSVERKET	
2019-10-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

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.

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.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

DAB Dental AB (DAB) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering av delområdena Hygien, Mun-

hygienprodukter och Profylax ska ske varvid DAB:s anbud ska tas upp till prövning. Som grund för ansökan anför DAB bl.a. följande.

Munhygien och Profylax

Folktandvården har avseende delområdena Munhygienprodukter och Profylax förkastat DAB:s anbud på grund av att DAB skulle ha tillhandahållit en felaktig typ av förpackning. Det föreligger inget krav på viss typ av förpackning i upphandlingen för de aktuella positionerna varför Folktandvården felaktigt förkastat DAB:s anbud. För det fall att Folktandvården ansett att en viss typ av förpackning skulle gälla som obligatoriskt villkor så hade det ålegat Folktandvården att tydligt ange detta i förfrågningsunderlaget.

Avseende Munhygienprodukter har det inte funnits något krav på att det måste vara förpackningar med endast en tandborste i. Genom frånvaron av föreskrift om krav på viss förpackning har olika sätt för offert medgivits och DAB har bedömt att det mest förmånliga för positionerna 10 och 11 har varit att offerera mixförpackning som innehåller samtliga av de föreskrivna storlekarna av den efterfrågade typen av tandborste. Skrivningen i prisbilagan om att vid olika storlekar ska en rad infogas för varje storlek samt att pris ska anges per styck visar inte att det är otillåtet att som DAB offerera en viss typ av förpackning. Det är den totalt uppskattade volymen som för respektive position som det offererade priset ska multipliceras med och ge det totala priset för positionen ifråga. Folktandvården har inte delat upp den uppskattade volymen mellan storlekarna så att anbudsgivaren har kunnat lämna ett pris per styck per storlek utan styckpriset för samtliga storlekar är med nödvändighet detsamma. Således en förutsättning för att sätta enskilda priser per styck för olika storlekar är att det funnits en verklig möjlighet till att sätta olika priser utifrån storlek. Denna möjlighet har emellertid inte funnits. DAB har vidare offererat pris per styck. Det förhållandet att DAB har offererat en viss förpackning har inte utgjort något hinder för DAB att offerera styckpriset och därmed det totala priset helt i enlighet med föreskrifter-

na. Det vore i direkt strid med proportionalitetsprincipen att utesluta ett anbud på grunden att en anbudsgivare inte fogat in en viss rad i ett anbud (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2391-12).

Avseende delområdet Profylax finns det inte heller någon föreskrift om typ av förpackning. Det åligger Folk tandvården att visa att det förelegat ett krav på viss typ av förpackning eller förbud mot viss typ av förpackning. Det finns andra kunder av samma kategori som Folk tandvården som inte önskar något annat än provtuber. Den förpackning som DAB har offererat är således inte på något sätt orimlig eller heller inte utanför kravställningen. Den produkt som DAB har offererat uppfyller samtliga av de ställda kraven i kravspecifikationen position 36 och 37. Om Folk tandvården önskat en viss storlek eller volym så hade det ålegat Folk tandvården att redovisa detta i förfrågningsunderlaget. De offererade produkterna uppfyller kraven i kravspecifikationen. Vidare förekommer den mindre volymen även på vuxensidan. Den offererade produkten är likvärdig med den som anges som exempel i kravspecifikationen och är således likvärdig med Sensodyne Clean & Fresh. Exempelprodukten visar på typen eller sorten av tandkräm men säger inget om storleken på tuben.

Hygien

Avseende delområdet hygien har DAB offererat en kravuppfyllande produkt varför DAB:s anbud borde ha antagits. DAB har offererat produkten "Förkläde skvättis 9 x 100 st 37 x 78 cm" vilken uppfyller de ställda kraven.

Skada

Om DAB:s anbud hanterats korrekt det vill säga utvärderats, skulle det innebära att DAB antagits som leverantör för delområdena Munhygienprodukter och Profylax. DAB har offererat lägre pris än de antagna leverantörerna och har följaktligen lidit skada. Avseende delområdet Hygien gäller att

inget anbud antagits, DAB:s anbud skulle rätteligen antas varför DAB har lidit skada.

Då det föreligger brott mot LOU och DAB lidit skada på grund härav föreligger skäl till ingripande enligt LOU.

Folktandvården anser att ansökan ska avslås och anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Delområdet Munhygienprodukter

DAB har offererat en mixförpackning för produkterna för position 10 och 11 vilket inte efterfrågats i kravspecifikationen. Mixförpackning är enligt Folktandvården inte detsamma som de efterfrågade produkterna, med anledning av att mixförpackningar innehåller flera olika storlekar av tandborstar i ett och samma paket. Så som DAB har offererat produkterna är det inte möjligt att beställa enbart en storlek av produkterna. Därmed uppfyller mixförpackningar inte kraven på efterfrågade produkter. DAB borde ha förstått att det som efterfrågats var att varje storlek skulle offereras var för sig, vilket DAB t.ex. har gjort för andra tandborstar i positionerna 14 och 15. Det framgår även av prisbilaga Munhygien att pris ska lämnas i enheten ”st”. Genom att DAB har offererat en mixförpackning med tandborstar i olika storlekar uppfylls inte kravet på att ange tandborstarnas pris per styck. Det framgår även av prisbilagan att för de positioner där mer än en produkt efterfrågas, ska anbudsgivaren infoga en rad för varje produkt och produkten ska inkluderas i totalpriset för positionen. Mot bakgrund av att produkterna efterfrågats i flera storlekar är det tydligt att DAB skulle ha infogat en rad för varje storlek och offererat en produkt för varje storlek istället för mixförpackning. Detta har DAB också uppfattat och gjort för positionerna 14 och 15, men inte för positionerna 10 och 11. Folktandvården ville genom att anbudsgivaren skulle infoga en rad för varje produkt, få tillräcklig informat-

ion för att kunna bedöma om offererade produkter uppfyller ställda krav på respektive produkt så att Folktandvården under avtalstiden kan köpa t.ex. en avtalsenligt ”Tandborste mellanrum”. Folktandvården angav också att anbudsgivarna skulle införa en rad för varje produkt det vill säga nio produkter för position 10 och sex produkter för position 11. DAB har angett två produkter för position 10 och en produkt för position 11. Det har inte framgått av anbudet att de erbjuder produkter för samtliga efterfrågade produkter. Ställda krav på nio respektive sex produkter är därmed inte uppfyllda. DAB har således inte offererat samtliga efterfrågade produkter för position 10 och 11. Det framgår också av Prisbilagan vad den uppskattade årsförbrukningen är för respektive produkt. En sådan uppskattning indikerar också hur produkterna ska offereras och skulle vara obetydlig för det fall mixprodukter kunde offereras.

Delområdet Hygien

DAB har offererat en produkt som saknar tejp runt mage för position 20, vilket inte uppfyller ställda krav. För det fall att Folktandvården hade accepterat en produkt som inte uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen hade Folktandvården brutit mot upphandlingslagstiftningen och likabehandlingsprincipen.

Delområdet Profylax

DAB har offererat rese-/provförpackningar för position 36 och 37, vilket inte efterfrågas i kravspecifikationen. I de nämnda positionerna efterfrågades en tandkräm med funktionen dagligt skydd mot ilningar i tänderna. Vidare skulle tandkrämen ha utformningen ”Ska innehålla fluor (1450 ppm), Ska kunna användas mot ilningar i tänder dagligen, Ska inte innehålla SLS, Ska vara av typ Colgate Pro-Relief eller likvärdig”. Av kravspecifikationen framgår inte att offererade tandkrämer ska vara i resestorlek eller provför-

packning. Standardstorleken på tandkrämsprodukter är 75 ml och hade Folk tandvården avsett att upphandla en liten tandkrämsprodukt hade detta framgått av upphandlingen antingen genom en annan exempelprodukt eller genom att två olika produkter efterfrågats så att den lilla tandkrämsprodukten särskiljer sig från standardstorleken. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör skulle inte ha tolkat uppgifterna som att en provförpackning efterfrågas, se Mål C-19/00, SLAC Construction. Att tolka kraven i position 36 och 37 som att rese- och provförpackningar kan offereras är inte rimligt med anledning av att dessa inte kan användas av Folk tandvården i deras arbete. En etablerad leverantör bör rimligtvis känna till detta. Provförpackningar är prover som används i exempelvis marknadsföringssyfte eller för att få kunder att prova produkterna. Med hänsyn till Folk tandvårdens verksamhet och syfte med upphandlingen framstår det som orimligt att Folk tandvården skulle ha behov av provförpackningar. Vidare indikerar de angivna exempelprodukterna att det avser produkter av normal storlek (i förekommande fall ca 75 ml) och inte provförpackningar då det hade benämnts annorlunda. DAB har för position 37 offererat Colgate pro-Relief men angivit en storlek som inte överensstämmer med exempelprodukten. För position 36 har DAB offererat Zendium Tandkräm Sensitive. Angiven exempelprodukt är Sensodyne Clean & Fresh. DAB har avseende denna produkt inte angivit rätt storlek som överensstämmer med exempelprodukten samt inte visat att den offererade produkten är likvärdig med den typ av produkt som angivits som exempel, det vill säga Clean & Fresh då DAB har angivit Sensitive. Med typ av exempelprodukt i kravställningen avses dels vilken sort av tandkräm som efterfrågas, dels att det ska utgöras av en produkt i standardstorlek.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 bestämmelser i lagen och , på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

Delområde Munhygienprodukter position 10 och 11

10	Tandborste mellanrum
	10.1 Funktion
	Rengöring mellan tänder
	10.2 Utformning/Material
	Ska vara färdigmonterad, typ "flaskborste"
	Ska erbjudas som mjuk i storlekarna 0,4; 0,45; 0,5; 0,6; 0,7; 0,8; 1,1; 1,3 och 1,5 mm
11	Tandborste mellanrum
	11.1 Funktion
	Rengöring mellan tänder
	11.2 Utformning/Material
	Ska vara färdigmonterad, typ "flaskborste"
	Ska erbjudas som extra mjuk i storlekarna 0,45; 0,5; 0,6; 0,7; 0,8; 1,1 mm

Av prisbilaga Munhygien framgår bl.a. följande:

Priset som ska anges per enhet är **ett totalpris för hela positionen**. Följande information ska, beroende på position, inkluderas i totalpriset:

* För de positioner där mer än en produkt (t.ex. storlek, färg, modell etc.) efterfrågas, ska anbudsgivaren infoga en rad för varje produkt och produkten ska inkluderas i totalpriset för positionen.

* För de positioner som innefattar produkter med olika enheter (t.ex. ml, gr, st etc.) och olika priser/produkt, ska ett medelvärde utgöra priset.

* Om flera fabrikat får offereras per position, gäller ovan för respektive fabrikat. Priset (medelvärdet) för varje fabrikat adderas sedan och divideras med antalet fabrikat vilket ger priset för positionen. Ange respektive pris under Anbudsgivarens produktnamn.

För vidare information se Kravspecifikation Prisberäkning.

Delområde Profylax, position 36 och 37

36	Tandkräm
	36.1 Funktion
	Dagligt skydd mot ilningar i tänderna
	36.2 Utformning/Material
	Ska innehålla fluor (1450 ppm)
	Ska kunna användas mot ilningar i tänder dagligen
	Ska inte innehålla SLS
	Ska vara typ Sensodyne Clean & Fresh eller likvärdig
37	Tandkräm
	37.1 Funktion
	Dagligt skydd mot ilningar i tänderna
	37.2 Utformning/Material
	Ska innehålla fluor (1450 ppm)
	Ska kunna användas mot ilningar i tänder dagligen
	Ska vara typ Colgate Pro-Relief eller likvärdig

Delområde Hygien position 20

20	Stänkskydd
	20.1 Funktion
	Skydda vårdgivare mot stänk
	20.2 Utformning/Material
	Ska vara plastad baksida
	Ska vara minst 37x78cm
	Ska vara tejpfastsättning vid axlar och mage

Förvaltningsrättens bedömning

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av Förfrågningsunderlaget ska det framgå vilka krav

som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas.

Delområdet Hygien

DAB gör gällande att de har offererat en kravuppfyllande produkt. Folk- tandvården anför att den offererade produkten inte har tejpfastsättning vid axlar och mage. Det har inte enligt förvaltningsrättens mening visats att Folk- tandvården i denna bedömning avvikit från förfrågningsunderlaget, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU. DAB kan därmed inte anses ha uppfyllt det obligatoriska kravet i position 20 i delområdet Hygien om att stänkskyddet ska ha tejpfastsättning vid axlar och mage. Folk- tandvården har därmed rätteligen uteslutit DAB avseende delområde Hygien.

Delområde Munhygienprodukter

DAB gör gällande att det inte förelegat något krav på viss typ av förpackning i upphandlingen för de aktuella positionerna varför Folk- tandvården felaktigt förkastat DAB:s anbud. Vidare har det enligt DAB inte funnits något krav på att det måste vara förpackningar med endast en slags mellan- rumstandborste i. Oavsett detta så har enligt förvaltningsrätten grunden för att inte anta DAB:s anbud i denna del stöd i förfrågningsunderlagets krav. Det som efterfrågas är att varje storlek ska offereras var för sig, vilket fram- går av prisbilagan för de positioner där mer än en produkt efterfrågas. An- budsgivaren ska infoga en rad för varje produkt, dvs. 9 respektive 6 rader, som ska inkluderas i totalpriset för positionen. Genom att DAB har offererat en mixförpackning med tandborstar i olika storlekar uppfylls inte kravet på hur i anbudet tandborstarna ska redovisas.

Delområde Profylax

DAB gör gällande att det inte förelegat något krav på viss typ av förpackning i upphandlingen för de aktuella positionerna varför Folktandvården felaktigt förkastat DAB:s anbud. Den produkt som DAB har offererat uppfyller enligt DAB samtliga av de ställda kraven i kravspecifikationen position 36 och 37. Om Folktandvården önskat en viss storlek eller volym så hade det ålegat Folktandvården att redovisa detta i förfrågningsunderlaget. Den offererade produkten i position 36 är enligt DAB likvärdig med den som anges som exempel i kravspecifikationen och är således likvärdig med Sensodyne Clean & Fresh.

Oavsett hur att se på kravet rörande storlek på tandkräm anser förvaltningsrätten att DAB avseende position 36 inte mot Folktandvårdens invändning förmått visa att den offererade produkten är likvärdig med exempelprodukten i kravspecifikationen. DAB har därmed inte förmått visa att bolaget uppfyller samtliga obligatoriska krav i delområdet Profylax. Sammanfattat har Folktandvården, avseende detta delområde, i sin bedömning inte avvikit från förfrågningsunderlaget, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU.

Förvaltningsrätten har dag som ovan även meddelat dom i mål nr 4705-18 och 4712-18 och beslutat att avslå ansökan om ingripande enligt LOU i målen.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.

