



SÖKANDE

AB Nordenta, 556049-4899

Ombud: Advokaterna Hermina Grozdanic Kelly och Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB

MOTPART

Region Västerbotten

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2019-10-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Västerbotten (Regionen) genomför genom öppet förfarande en upphandling avseende Tandtekniska förbrukningsmaterial (dnr HSN 374-2019). Upphandlingen avser tio olika anbudsområden och Regionen avser att teckna avtal med en leverantör per anbudsområde.

Beträffande anbudsområde 1 har två anbud ingetts, från Nordenta och Forstec Dental AB (Forstec). Regionen har beslutat att anta det anbud som ingetts av Forstec. Anbudsutvärdering har skett enligt grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet.

AB Nordenta (Nordenta) ansöker om överprövning av den del av upphandlingen som avser anbudsområde 1 Proteständer. I första hand yrkar Nordenta att rätten ska besluta att upphandlingen avseende anbudsområde 1 får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom ny utvärdering och i andra hand yrkas att upphandlingen i aktuell del ska göras om.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Nordenta anför bl.a. följande.

Utvärderingen

Regionen har räknat upp Nordentas anbudspris i strid med vad som angetts i utvärderingsmodellen. Forstecs anbudspris har dock inte räknats upp, trots att Nordenta har offererat likvärdig eller bättre produkt än Forstec på denna position.

Regionens agerande har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Nordenta.

Regionen anför nu att Nordenta fått det samlade påslaget 115 % avseende anbudsområdet i dess helhet, då den produkt Nordenta offererat avseende incisiver har bedömts hålla en lägre kvalitet. En sådan hantering av anbudet skulle ha legat inom ramen för utvärderingsmodellen. Om utvärderingen hade skett på det sätt som Regionen nu gör gällande hade Nordenta därför inte haft några synpunkter på utvärderingen. Nordenta har emellertid inte fått ett påslag om 115 % på hela anbudsområdet, som Regionen nu påstår, utan ett påslag om 230 % på hela anbudsområdet.

Utvärderingsmodellen

Utvärderingsmodellen brister i transparens. Regionen har i praktiken förbehållits en fri prövningsrätt. Anbudsgivarna har inte kunnat förutse vad som skulle komma att premieras vid utvärderingen.

Ingen närmare ledning ges i upphandlingsdokumentet för vad som fördras för att en produkt ska anses ha ”god estetik”, ”bra anatomisk överensstämmelse”, ”naturtroget intryck”. Vidare saknas ledning för vad som fördras för att en produkt ska anses vara ”mindre bra”, ”bra” eller ”mycket bra”. Utvärderingskriterierna är så otydligt utformade att anbudsgivarna inte kunnat bilda sig en uppfattning om vad Regionen kommer att premiera och därmed inte kunnat förutse hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas.

EU-domstolen har slagit fast att utvärderingskriterier ska vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. Detsamma har fastslagits även av Högsta förvaltningsdomstolen, se bl.a. RÅ 2010 ref.78.

Nationella domstolar har vid flera tillfällen haft att bedöma om de utvärderingskriterier som tillämpats i en upphandling är förenliga med LOU eller ej.

Kammarrätten i Göteborg hade t.ex. i mål 5823-12 att ta ställning till en upp-handling av röntgenutrustning till Folktandvården. Den upphandlande myndigheten hade i upphandlingsdokumentet angett att Funktion skulle utvärderas och viktas med 60%. Utvärderingen av Funktion skulle baseras på en sammantagen bedömning av uppfyllnaden av 31 angivna bör-krav. Kam-marrätten konstaterade att det av upphandlingsdokumentet inte gick att på ett tillräckligt tydligt sätt utläsa vad som skulle ligga till grund för fördel-ningen av de olika poängen. Kammarrätten fann därför att principerna för poängsättning gav för stort utrymme för godtycke och fick anses innebära en i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Kammar-rätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. Den modell som Kam-marrätten underkände får anses vara mer tydlig än den nu aktuella, då det av upphandlingsdokumentet i den nu aktuella upphandlingen överhuvudtaget inte kan utläsas vad Regionen anser ska medföra ett högt eller lågt prispåslag.

De otydliga utvärderingskriterierna har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Nordenta.

Regionen anför bl.a. följande.

Utvärderingen

Anbuden har bedömts i enlighet med LOU och upphandlingsdokumenten. Anbudsområde 1 omfattar tre positioner; två tandprodukter och en färgkarta. Det finns endast ett utvärderingskriterium, en samlad bedömning av er-bjudna produkter görs i utvärderingen.

Forstec har erbjudit samma fabrikat för båda tandprodukterna (diatorer och incisiver). Kvaliteten på dessa produkter bedöms som mycket god och lik-värdig med den produkt Nordenta erbjudit gällande diatorer. För incisiver har dock Nordenta erbjudit en produkt som bedöms hålla en lägre kvalitet.

Vid en samlad bedömning har Nordentas produkter fått betyget Bra, dvs. ett påslag om 115 procent av anbudspriset för anbudsområdet, med motiveringen:

Erbjudet sortiment består av produkter av två olika fabrikat. Sortiment avseende diatorer har god estetik och bra anatomisk överensstämmelse. Sortiment avseende incisiver brister i estetik då tanden upplevs glansig och livlös i strukturen. Regionen bedömer att estetik och färgåtergivning inte överensstämmer mellan fabrikaten, vilket medför att estetiken inte blir optimal för en patient som har behov av både incisiver och diatorer.

Nordentas totala anbudspris för anbudsområde 1 är 237 092 kr. Ett påslag om 115 procent blir då 272 655 kr att addera till anbudspriset, vilket ger ett jämförelsetal på 509 747 kr.

Samtliga anbud har behandlats likvärdigt och i enlighet med upphandlingsdokumenten.

Utvärderingsmodellen

Upphandlingsdokumenten beskriver tydligt hur utvärdering av anbuderna kommer att ske. Av kriterium 1.0.7 framgår vad som ska bedömas (anatomiskt och estetiskt) och vad som ligger till grund för bedömningen (varuprover och färgprover). Påslaget beräknas för hela anbudsområdet, inte per prisfråga.

Utvärderingskriteriet som sådant är av subjektiv art vilket innebär att bedömarens uppfattning av offererade produkter är avgörande. Det är därför inte möjligt att närmare beskriva exakt vad som ska vara uppfyllt för att uppnå en viss nivå. För patienter med behov av proteser är det av stor vikt att proteser har god estetik och god anatomisk överensstämmelse, helt enkelt att tänderna ger ett naturtroget intryck. Utvärderingskriteriet är befogat och av sådan art att det saknas anledning till ytterligare precision i utform-

ningen. Bedömning har utförts av en referensgrupp med sakkunniga representanter från Regionens tandtekniska laboratorium. Gruppen har mångårig erfarenhet av att arbeta med proteständer. Utvärderingen har således skett på professionella grunder av erfarna medarbetare. Utvärderingsmodellen är transparent och Regionen har inte haft obegränsat utrymme för godtycke vid bedömningen.

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)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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 § första stycket LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Nordenta anför att de i upphandlingen uppställda utvärderingskriterierna är otydliga samt att det egna anbudet rätteligen bör värderas högre och därmed erhålla ett lägre jämförelsetal.

I upphandlingsdokumentens Utvärderingsmodell anges bl.a. följande avseende bedömning av produkter i Anbudsområde 1:

1.0.7 Bedömning

ESTETIK OCH ANATOMI

Produkt bör ha god estetik och bra anatomisk överensstämmelse.

Produkt bör ge ett naturtroget intryck.

Bedömning sker utifrån anbudsprover i form av tandprover och färgprover.

Definition

Vid noll poäng uppräknas jämförelsetalet med 230 % av anbudspriset. Full poäng ger ingen procentuell uppräkning.

<u>Poäng</u>	<u>Beskrivning</u>	<u>Påslag %</u>
0	Mindre bra	230,00
1	Bra	115,00
2	Mycket bra	0,00

I punkten 3.4 *Kontroll och utvärdering av anbud* i upphandlingsdokumentens Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

Utvärdering av anbudAnbudsområde 1:

Jämförelsetal för anbud med bästa förhållande mellan pris och kvalitet beräknas genom att lägga ihop:

- Summering av lämnade prisuppgifter i utvärderingsmodellens prisfrågor
- Summering av värdet av uppfyllelse av utvärderingsmodellens börkriterier.

Av upphandlingsdokumenten framgår således att Regionen beträffande kriteriet Estetik och anatomi avser att göra en samlad bedömning av de produkter som omfattas av anbudsområdet.

Förvaltningsrätten noterar att kriteriet är av subjektiv art då det handlar om bedömning av vad som ser naturtroget ut, estetik m.m. utan närmare precisering. Denna typ av kriterier kan ofta ifrågasättas. Det går emellertid inte att bortse från vilken typ av produkt som avses införskaffas. Med hänsyn till att föremålet för denna del av upphandlingen är proteständer och att det är angeläget att sådana ser naturtrogna ut och har god estetik m.m. måste kriteriet därför anses befogat. Att närmare precisera vad som exempelvis utgör ett naturtroget intryck låter sig svårligen göras. Det har vidare inte framkommit annat än att bedömningen avses göras på ett opartiskt och professionellt sätt. Oaktat det subjektiva inslaget anser förvaltningsrätten därför att utform-

ningen av kriteriet måste anses förenlig med de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Vidare ifrågasätter Nordenta poängsättningen, då man menar att det saknas tydlig information om vad som krävs för att få en viss poäng. Eftersom bedömningen har subjektiva inslag, anser förvaltningsrätten det naturligt att poängsättningen är enkel och stabil. Utifrån vad Regionen anför anser förvaltningsrätten att leverantörer i branschen bör kunna förstå vad som avses tillmätas betydelse.

Anbudsutvärderingen

Nordenta kan genom sin i denna del tämligen vaga argumentation inte anses ha visat att det egna anbudet rätteligen borde ha värderats högre. Vidare har påslaget beräknats på ett korrekt sätt.

Slutsats

På grund av det ovan anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Nordenta medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



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 nyårs-afton, 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.