



**LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN**

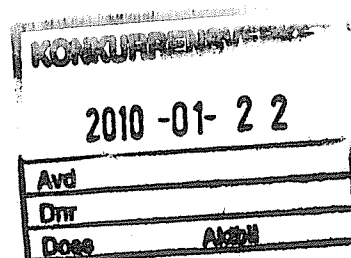
DOM
2010-01-21
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
2837-09 E
Rotel 5

SÖKANDE

Teknodont AB, 556561-7031
Box 40021
214 10 Malmö

Ombud: Jan-Eric Gyllenram
Sveriges Tandteknikersförbunds Service AB
Box 833
101 36 Stockholm



MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Landstingets kansli
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokat Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Det interimistiska beslutet gäller inte längre.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Jönköpings län företar upphandling av ramavtal avseende tandtekniska arbeten, dnr LK09-0137. I tilldelningsbeslut rangordnades därvid Teknodont AB (Teknodont) avseende 'avtagbar protetik' som nr 9,

avseende 'fast protetik' som nr 8, avseende 'bettfysiologi' som nr 7 och avseende 'implantat-protetik' som nr 9.

Teknodont ansöker om omprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om och anför härvid bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget finns angivet i bilaga 1.1.2.2 att anbudsgivarens avtal med underleverantörer ska bifogas. Den leverantör (bolaget) som rangordnats som nr 1 på alla fyra områdena 'avtagbar protetik', 'fast protetik', 'bettfysiologi' och 'implantat-protetik' har uppgivit att man inte anlitar någon underleverantör, vilket accepterats av landstinget. För att 'leverantör 1' ska kunna leverera tandtekniska tjänster krävs dock att bolaget använder sig av underleverantörer. Värdet på upphandlingen beräknas till cirka 10 miljoner kr per år. Bolaget omsätter idag cirka 31 miljoner kr, varav 80 procent produceras i Kina. I princip innebär detta att man från dagens produktion i Sverige om 6 miljoner kr ska göra för ytterligare 10 miljoner kr per år med start om en dryg månad. Bolaget ifråga har också på sin hemsida angivit att de "är ett nordiskt fullservicelaboratorium inom tandteknik med såväl egen tillverkning som import" dvs. underleverantörer. Bolaget borde därför inte ha kommit ifråga, då det borde vara uppenbart för landstinget att bolaget kommer att anlita underleverantörer. I vart fall har landstinget inte visat att de har en kontrollfunktion för att kontrollera om leverantörerna använder sig av underleverantörer. Teknodont som har en tillräcklig produktion utan underleverantörer har lidit skada. Vidare finns en skrivning i förfrågningsunderlaget A.5.10 sista stycket som säger "Rangordning av antagna leverantörer kommer att ske efter lägsta pris. Avrop av leverantörer sker enligt annan fördelningsnyckel, vilket framgår av detta dokument punkt A3, A5.3 och ramavtalet, C.5." I C.5 anges i tredje stycket "Uppdragsgivaren kan, enligt principen om annan fördelningsnyckel, välja den uppdragstagare som kan tillgodose den enskilde tandläkarens förutsättningar att tillgodose patientens behov." Frågan inställer sig om det är så att alla leverantörer med denna skrivning kan komma ifråga som nr 1. Tilldelningsbeslutet an-

ger en annan avropsrangordning. Teknodont har härvid lidit skada. Transparensen om vilka leverantörer som ska avropas synes oklar och kan i sig utgöra grund för att upphandlingen ska göras om. Ytterligare åberopas att tillämpningen av maxprismetod hindrar leverantörer från att lämna de bud som de anser rimliga och hindrar småföretag att lämna bud, varför metoden strider mot likhetsprincipen.

Landstinget bestrider Teknodonts yrkanden och anför bl.a. följande. Teknodont har i samtliga upphandlade områden rangordnats som antingen nr 8 eller 9. Oavsett om den leverantör som rangordnats som nr 1 inte skulle uppfylla samtliga skall-krav, så skulle Teknodont på grund av sin låga rankning med största sannolikhet inte erhålla något uppdrag. Landstinget har inte uppställt något krav på att underleverantörer inte får användas utan endast på att om underleverantörer ska användas, så måste vissa underlag bifogas och vissa förutsättningar vara uppfyllda. Den leverantör som rangordnats som nr 1 uppgav att man inte avsåg att nyttja någon underleverantör. Den leverantören har också valt att plocka hem produktion som tidigare skett utomlands. Hur rangordning och avrop ska ske framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och ramavtalet som innehåller samtliga avtalsvillkor. Tilldelning av kontrakt kan ske utan förnyad konkurrensutsättning. Landstinget har naturligtvis inte möjlighet att välja fritt mellan de antagna leverantörerna utan ska vid varje avrop välja den leverantör som har det bästa anbudet. Rangordningen är det primära sättet att uppnå detta på. Annan ordning på grundval av villkoren i ramavtalet kan dock i vissa fall användas, förutsatt att den följer kraven på öppenhet och likabehandling. Landstinget menar att den ordning som föreskrivs i förevarande ramavtal följer dessa krav och är förenlig med bestämmelsen i 5 kap. 6 § LOU. Det föreligger därför inte bristande transparens. De maxpriser som angivits i förfrågningsunderlaget är kopplade till de priser som gäller på marknaden. Modellen med maxpriser har inte hindrat Teknodont från att lämna anbud.

Länsrätten har den 23 december 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 5 kap. 6 § framgår följande. Om ett ramavtal ingåtts med flera leverantörer får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I propositionen har beträffande här aktuell typ av ramavtal (prop. 2006/07:128 s. 174ff) anförts bl.a. följande.

Om ramavtal har ingåtts med flera leverantörer och samtliga villkor för tilldelning av enskilda kontrakt är fastlagda i avtalet, kräver direktivet inte att någon förnyad konkurrensutsättning sker. Tilldelningen av enskilda kontrakt skall ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet. Bestämmelser härom föreslås i 5 kap. 6 § klassiska lagen. Direktivet innehåller inga särskilda bestämmelser om vad som skall iakttas av en

upphandlande myndighet vid tilldelning av enskilda kontrakt. De leverantörer som är parter i ramavtalet har emellertid ett berättigat intresse av att tilldelningen av kontrakt görs med iakttagande av de principer som styr den offentliga upphandlingen, t.ex. principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet. Även från mer allmänna utgångspunkter finns det ett intresse av att dessa principer iakttas vid tilldelningen av kontrakt. Möjligheterna att välja leverantör på grunder som inte är objektiva strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen och skapar osäkerhet hos leverantörerna.

Regeringen delar utredningens uppfattning att det krävs, i det fall tilldelning av kontrakt görs utan att det i direktivet ställs upp krav på förnyad konkurrensutsättning, att en faktisk konkurrens mellan leverantörer utnyttjas så att beslut om tilldelning av kontrakt inte fattas godtyckligt. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivet sätt. Direktivet innehåller visserligen inte något sådant krav på avtalsinnehållet, men det kan, enligt regeringens mening, inte anses strida mot direktivet att på angivet sätt understryka vikten av att de grundläggande principerna för den offentliga upphandlingen respekteras.

En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll.

Det anförda innebär, enligt regeringens mening, inte att det är motiverat att avstå från att kräva att ramavtal skall innehålla en fastlagd rangordning. I de fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör dock avtalet innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna skall ha möjlighet att leverera. Dessa grunder måste tillgodose kraven på icke-diskriminering osv. Kraven kan t.ex. uppfyllas genom att det i ramavtalet anges att de leverantörer som är parter i avtalet fortlöpande skall tillhandahålla tillräckliga uppgifter om sortiment, priser, leveransvillkor m.m. på ett sådant sätt att den upphandlande myndigheten vid varje tillfälle har möjlighet att välja den leverantör som bäst kan tillgodose myndighetens behov. En sådan metod förefaller

kunna tillämpas framför allt när det gäller upphandling av homogena varor med priser som förändras snabbt.

Vad nu sagts gäller bl.a. om en kommun har ingått ett ramavtal med flera leverantörer om leveranser av dagligvaror. För att fastställa en rangordning i det enskilda fallet skulle i ett sådant fall en prisjusteringsklausul kunna användas. Det innebär att lägsta pris kan utgöra grund för tilldelning av kontrakt. De olika leverantörernas priser på olika produkter kan variera mycket snabbt och det ligger därför i kommunens intresse att utnyttja de konkurrensmöjligheter som föreligger.

Sammanfattningsvis bör krävas att ett ramavtal med flera leverantörer och som innehåller samtliga villkor för tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet genom en rangordning eller i övrigt genom utformningen av innehållet i ramavtalet tillhandahåller objektiva grunder för att fastställa i vilken ordning leverantörerna skall ha möjlighet att leverera. För att den upphandlande myndigheten skall kunna frångå den i ramavtalet fastställda ordningen mellan leverantörerna bör särskilda skäl föreligga med hänsyn till föremålet för upphandlingen; t.ex. att det är fråga om upphandling av produkter vars priser ofta ändras eller om en jävssituation föreligger. Det bör framgå av ramavtalet att särskilda skäl av sådant slag som nu nämnts kan komma att åberopas.

Länsrätten gör följande bedömning.

Det ifrågavarande ramavtalet är fogat till förfrågningsunderlaget och reglerar samtliga villkor för avrop under avtalsperioden. Uppdragsgivaren ska genom sina tandläkare inom Folktandvården lämna individuella uppdrag i form av avrop vid behov för patient. Ramavtalet punkten C.5 ”Avrop mot ramavtalet” har följande lydelse:

Uppdragsgivaren ska avropa tandtekniska arbeten från den uppdragstagare som vid upphandling av uppdragstagare rangordnats utifrån lämnat lägsta pris på efterfrågade tandtekniska arbeten per tilldelningsgrupp.

Uppdragsgivaren äger rätt att ställa särskilda krav på arbetets utförande. Kraven ställs utifrån patientsäkerhet och med patienten i fokus för det tandtekniska arbete som ska utföras till patienten.

Uppdragsgivaren kan, enligt principen om annan fördelningsnyckel, välja den uppdragstagare som kan tillgodose den enskilde tandläkarens förutsättningar att tillgodose patientens behov.

Här avses och kommer att ställas krav på kvalitet och patientsäkerhet samt arbetets utförande som kan leda till ett för patienten estetsikt utseende.

Samma förutsättning gäller, när uppdragsgivaren måste beakta hänsyn till patienters möjligheter, att påverka valet av tandtekniskt arbete. Liksom utförande utifrån sjukdom, ålder, akuta behov och liknandebrådskande karaktär, där tillgänglighet och närhet erfordras. Dessutom när nära samarbete behövs vid komplicerade arbeten och en nära relation är viktig mellan tandläkare och tandtekniker för ett kvalitativt bra slutresultat.

För att förutsättningen att samtliga villkor för avrop enligt ett ramavtal ska föreligga får krävas att man på ett rimligt enkelt sätt kan konstatera att avrop sker objektivt enligt de angivna villkoren. I detta fall kan, såvitt kan utläsas av avtalet, den enskilda tandläkaren avvika från den rangordning som gjorts utifrån lägsta pris för respektive tilldelningsgrupp, 'avtagbar protetik', 'fast protetik', 'bettfysiologi' och 'implantat-protetik'. Avrop ska härvid ske enligt vad som anges i ramavtalet punkten C.5 styckena tre och fyra. Enligt länsrättens mening ger avtalet ett betydande utrymme för fritt val hos den avropande tandläkaren som inte låter sig objektivt bedömas. Upphandlingen strider härvid mot de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU och Teknodont härigenom lider skada. Felet är sådant att upphandlingen bör göras om. Ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR; se bilaga (DV 3109/1D)


Svante Stroh

