



SÖKANDE

Nya Ulmbrants Dentallaboratorium AB, 556333-8036
Box 26
573 21 Tranås

Ombud: Advokaten Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokat Thomas Svedberg
c/o Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 JÖNKÖPING

SAKEN

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

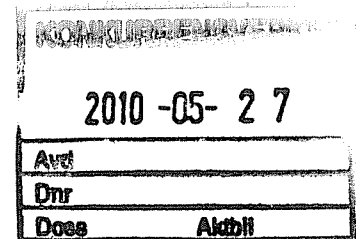
DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Nya Ulmbrants Dentallaboratorium AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.

Förvaltningsrättens beslut den 12 februari 2010 gäller inte längre.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

I skrivelse den 15 december 2009 meddelade landstinget att Nya Ulmbrants Dentallaboratorium AB:s anbud inte hade kvalificerats till utvärdering och att ett antal företag hade tilldelats ramavtal.



Nya Ulmbrants Dentallaboratorium AB (härefter bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska upphäva landstinget tilldelningsbeslut och besluta om rättelse av upphandlingen på det sättet att anbudsutvärderingen ska göras om med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska upphäva landstingets tilldelningsbeslut och förordna att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till ansökningen.

Förvaltningsrätten förordnade i beslut den 12 februari 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget anför i huvudsak följande.

Allmänt

Landstinget bryter i den pågående upphandlingen mot bestämmelserna i LOU och direktiv 2004/18/EG och särskilt mot de grundläggande principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och icke-diskriminering. Om felaktigheterna inte hade förekommit, skulle bolaget ha tilldelats ramavtal eller i vart fall haft goda möjligheter att tilldelas ramavtal. Bolaget riskerar att lida skada genom felaktigheterna i upphandlingen. Prismässigt har bolaget lämnat det för landstinget näst förmånligaste anbudet.

B-tjänster

Landstinget har felaktigt bedömt att den aktuella upphandlingen rör tjänster, förmodligen B-tjänster, och därvid felaktigt tillämpat 15 kap. LOU. Rätteligen är det fråga om upphandling av varor, vilket bl.a. medför att annonsering ska ske i Europeiska unionens officiella tidning.

Upphandlingens värde om ca 10 miljoner kr per år och ca 30,5 miljoner kr för hela avtalsperioden överstiger med råge tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen styrs således av direktivbestämmelserna och inte av de nationella bestämmelserna som återfinns in 15 kap. LOU. Landstinget skulle ha tillämpat ett selektivt eller öppet förfarande. Landstinget har tillämpat en anbudstid på 41 dagar, vilket är en betydligt kortare tid än vad som anges i LOU och bakomliggande EU-direktiv.

Av anbudsinfordran framgår att priser ska lämnas på varor. Om det skulle finnas inslag av tjänster, är de under alla förhållanden av underordnad betydelse. I bl.a. förfrågningsunderlagets kravspecifikation, avsnitt B.1.1.2. anges att ”behov föreligger att tandtekniker *bistår med medicintekniska produkter* i form av tandtekniska arbeten”. Vidare anges att ”Leverantör ska efter tandläkares avrop tillhandahålla en produkt.”

Av förfrågningsunderlaget, särskilt prisbilagorna, kravspecifikation och ramavtalet framgår tydligt att fråga är om upphandling av varor. De CPV-koder som torde vara hänförliga till upphandlingen hänför sig till varor och täcker de områden som efterfrågas i prisbilagornas huvudgrupper.

Vad de kontrakterade leverantörerna ska leverera till landstinget är varor som visserligen specialanpassas efter patientens behov. Det är alltså fråga om specialbeställda varor men inte tjänster. Landstingets val av CPV-koder

är felaktigt. Landstinget efterfrågar inte utförande av tandreglering och inte heller annan tandläkarvård. I stället efterfrågar landstinget produkter/varor som tandimplantat, produkter för tandproteser, tandproteser och tänder etc. En stor del av de varor som återfinns under aktuell CPV-grupp klassificeras som medicintekniska varor. Specialanpassade varor är t.ex. benproteser och hörselapparater. Sådana upphandlingar anses regelmässigt avse anskaffning av varor. Registreringsbevis för bolaget från Läkemedelsverket visar att bolaget tillhandahåller produkter. Landstinget har fel i sin slutsats att arbetet/tjänsten är den dominerande delen. Lönekostnaden för i upphandlingen efterfrågade produkter ligger i genomsnitt mellan 30 – 40 procent. Trenden i branschen är att i ökad utsträckning automatisera i varje fall delar av tillverkningen. I den aktuella upphandlingen har landstinget inkluderat ännu mer av materialkostnader i det fasta priset, dvs. vad som kallas arvode.

Krav på underleverantörer

Landstinget har felaktigt bedömt att bolaget anlitar underleverantörer i sådan utsträckning att det är relevant att begära information om dessa. Dessa krav går utöver vad som är relevant i den aktuella upphandlingen.

I bolagets anbud anges att för vissa typer av arbeten används underleverantörer. Det poängteras att för underleverantörer ställs samma krav som bolaget har. Bolaget använder sig av två underleverantörer och dessa anlitas i mycket begränsad omfattning (mindre än två respektive en procent av den totala omsättningen). All produktion av levererade varor sker i bolagets eget laboratorium. Att landstinget bedömt bolagets anbud annorlunda än de anbud där anbudsgivare anger att några underleverantörer inte anlitas strider mot likabehandlingsprincipen. Kravet på redovisning av underleverantörer är inte relevanta och strider mot proportionalitetsprincipen.

Det strider mot proportionalitetsprincipen att uppställa så långtgående krav på redovisning och dokumentation gällande underleverantörer. Vidare saknas skäl att göra åtskillnad mellan underleverantörer som är tandtekniska laboratorier och underleverantörer som inte är det. Bolagets underleverantörer är komponentleverantörer.

En upphandlande myndighet får inte ställa andra krav på redovisning beträffande underleverantörer än vad som framgår av 6 kap. 11 § LOU. De krav som landstinget ställt utöver vad som anges i den bestämmelsen strider mot proportionalitetsprincipen.

Otillåtet ramavtal

Landstingets aktuella upphandling avser ramavtal. Ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla någon form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelning sker på ett objektivt sätt. Om detta inte anges, krävs en ny konkurrensutsättning inför tilldelning av kontrakt. Som framgår av ramavtalets reglering för avrop kan den enskilde tandläkaren avvika från i upphandlingen fastställd rangordning. Ramavtalet ger ett oacceptabelt stort utrymme för den avropande tandläkaren att fritt välja vilken av ramavtalsleverantörerna som avrop ska verkställas från. Den enskilde leverantören kan därmed inte förutse hur tilldelningen kommer att ske.

Kombinationer av urvalsmodeller i ett och samma ramavtal strider mot principerna om förutsebarhet och transparens, varför detta inte kan godtas även om det skulle anses kostnadseffektivt.

Landstinget anför i huvudsak följande.

B-tjänster

Upphandlingen avser tandtekniska arbeten som utformas i samarbete mellan tandteknikern och tandläkaren. Samtliga arbeten anpassas individuellt för varje patients behov. Det som i prisbilagorna anges som ”produkt” är rätteligen endast en benämning på de arbeten som tandteknikern ska utföra för att tillverka varje produkt. För varje arbete ska anges en kostnad, som i huvudsak utgör ett arvode. Värdet av materialet är betydligt mindre än värdet av utfört arbete. Det är korrekt att anse att upphandlingen avser tjänster, som faller under hälso- och sjukvård.

En upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster är en B-tjänst. Förenklad upphandling är det korrekta förfarandet och det finns inga gränsvärden. Tröskelvärden ska inte tillämpas. Det beställda arbetet utförs av tandtekniker, vilket är ett hantverk och däri ligger den tjänsteutövande och kostnadsdrivande delen, vilken sedan blir den utfärdade tandtekniska/medicintekniska produkten. Om förvaltningsrätten finner att det är fråga om upphandling av varor, har bolaget inte lidit skada då det hittat annonsen och lämnat anbud.

Underleverantörer

Den upphandlande myndigheten har rätt att begära uppgifter om underleverantörer. Om kravet är utformat som ett skall-krav måste det naturligtvis upprätthållas i upphandlingen.

Landstinget har inte värderat i vilken utsträckning underleverantörer använts utan strikt konstaterat vad anbudsgivarna själva svarat i sina anbud. Bolaget har inte uppfyllt skall-kraven. Landstinget har ställt krav i enlighet

med gällande regler för tandtekniska laboratorier. Det är i allra högsta grad rimligt och relevant att ställa samma krav på underleverantören som på huvudleverantören. Upphandlingen avser kvalificerade arbeten där kvaliteten är avgörande för att landstinget ska kunna tillgodose patienternas behov. De krav som ställs på att anbudsgivaren ska beskriva sin organisation m.m. är väsentliga för att säkerställa kvaliteten. Eftersom eventuella underleverantörer är en del av det beställda arbetet, är det relevant att ställa samma krav för dessa. Då det är kvaliteten som efterfrågas saknar det betydelse om underleverantören används i större eller mindre utsträckning.

DOMSKÄL

Bestämmelser

Av 1 kap. 2 § andra stycket p. 1 LOU sägs att endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster).

Enligt 15 kap. 2 § tillämpas vid offentlig upphandling enligt detta kapitel även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 11 kap. 6 §, 13 kap. och 16 kap.

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

I 5 kap. 6 § LOU sägs följande. Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer enligt 5 § 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 har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som anges i ramavtalet.

I 6 kap. 11 § LOU anges att i förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I 2 § anges att 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 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 förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster), bilaga 3, anges bl.a. hälsovård och socialtjänst.

Förvaltningsrättens bedömning

B-tjänster

Landstinget har i meddelande om upphandling rubricerat föremålet för upphandlingen som tandtekniska tjänster. I förfrågningsunderlaget, avsnitt A.4, anges att upphandlingen avser att efter beställning/avrop utföra och tillhandahålla tandtekniska arbeten inom tilldelningsgrupperna avtagbar protetik, fast protetik, bettfysiologi och implantatprotetik. Av prislistor framgår att häri ingår både arbeten och material. Av förfrågningsunderlaget framgår enligt förvaltningsrättens mening att föremålet för upphandlingen är tjänster inom tandvårdsområdet, som får anses utgöra en B-tjänst enligt

bilaga 3 till LOU. Upphandlingen ska därför genomföras enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Underleverantörer

Av kravspecifikationen framgår bl.a. att anbudsgivarens avtal med underleverantörer ska bifogas (B.1.1.2.3). Med anbud ska bifogas en beskrivning av anbudsgivaren, dess verksamhet, resurser och kapacitet för uppdraget m.m. Om anbudsgivaren avser att lägga ut vissa delar av avropade uppdrag på underleverantör ska samma uppgifter lämnas som för anbudsgivaren samt en organisationsbeskrivning (B 1.1.5).

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de unionsrättsliga principer som bär upp lagen.

Av skallgranskningsprotokoll följer att bolaget inte har lämnat beskrivning av underleverantörs organisation eller dokumentation härom. Bolaget har således inte uppfyllt skall-kravet i förfrågningsunderlaget. Kravet kan med hänsyn till att upphandlingen rör tandtekniska tjänster som är individuellt utformade efter patientens behov och till de höga krav på kvalitet som måste ställas på tjänster inom hälso- och sjukvården anses vara proportionerligt.

Ramavtal

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 12 april 2010 i mål nr 229-10, som rör nu aktuell upphandling, uttalat att den rör tandtekniska tjänster. Med beaktande av den upphandlande tjänstens art samt kravet enligt 3 §

andra stycket tandvårdslagen (1985:125), att vård och behandling så långt det är möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten, bör det vara förenat med särskilda svårigheter att kräva att samtliga avrop ska ske utifrån en given rangordning. Landstinget får således anses ha rätt att under vissa omständigheter frångå huvudprincipen att avrop ska ske utifrån lägsta pris. Tilldelning av kontrakt grundat på ramavtal ska enligt 5 kap. 6 § andra stycket LOU ske till den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Aktuella villkor för avrop mot aktuella ramavtalet är tydligt angivna i avtalet. Villkoren utgår, förutom från lägsta pris, från varje enskild patients förutsättningar och behov. I de fall avrop inte kan ske till leverantören med lägsta pris är bästa anbud den leverantörs anbud som bäst uppfyller patientens behov. Bestämmelsen i 5 kap. 6 § andra stycket LOU får därmed, enligt kammarrätten, anses tillgodosedd. Någon risk för att myndigheten godtyckligt kan använda ramavtalet på ett otillbörligt sätt föreligger inte.

Vad kammarrätten uttalat i den nu nämnda domen är tillämpligt även för bolagets invändning avseende ramavtalet.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda och då det inte i övrigt har visats att det aktuella förfarandet strider mot de principer som anges i LOU finner förvaltningsrätten att det inte finns förutsättningar vidta åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1D)


Anders Poulsen