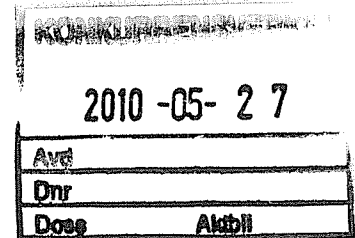
	FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING Enhet Jönköping Richard Manderhjelm	DOM 2010-05-26 Meddelad i Jönköping	Sida 1 (8)	
			Mål nr	
			3561-10 E	
			Rotel 1:6	

SÖKANDE

Teknodont AB, 556561-7031
 Box 40021
 214 10 Malmö

Ombud: Jan-Eric Gyllenram
 Sveriges Tandteknikersförbunds Service AB
 Box 1024
 551 11 Jönköping



MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
 Box 1024
 551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg
 Gärde Weslau Advokatbyrå
 Box 684
 551 19 Jönköping

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Kammarrättens interimistiska beslut gäller inte längre.

Yrkandet om jämkning av villkor i ramavtalet avvisas.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sedan Teknodont AB begärt överprövning av Landstingets i Jönköpings län upphandling avseende tandtekniska arbeten (dnr LK09-0137) förordnade

Dok.Id 5639

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

		Sida 2
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

Länsrätten i Jönköpings län i dom den 21 januari 2010 i mål nr 2837-09 att upphandlingen skulle göras om. Länsrättens dom överklagades till Kammarrätten i Jönköping, som i dom den 12 april upphävde länsrättens dom samt återförvisade målet till förvaltningsrätten för prövning av de grunder vilka i länsrätten åberopades av Teknodont AB men som inte prövades då Kammarrätten fann att den aktuella regleringen för tilldelning av kontrakt genom avrop innebar att landstinget inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon bestämmelse i LOU.

I Teknodont ABs ansökan om överprövning av upphandlingen framgår, utöver vad som prövats genom ovan nämnda dom från länsrätten respektive kammarrätten, följande (förvaltningsrättens uppställning).

- 1.1. I förfrågningsunderlaget finns angivet i bilaga 1.1.2.2 att anbudsgivarens avtal med underleverantörer ska bifogas. Den leverantör (bolaget) som rangordnats som nummer ett på alla fyra områden fast protetik, avtagbar protetik, bettfysiologi och implantatprotetik har enligt beslutet från landstinget angivit att det inte anlitar någon underleverantör, vilket accepterats av landstinget i tilldelningsbeslutet. För att leverantör ett ska kunna leverera tandtekniska tjänster krävs dock att bolaget använder sig av underleverantörer. Värdet på upphandlingen beräknas till cirka 10 Mkr per år. Bolaget omsätter idag cirka 31 Mkr varav 80 procent produceras i Kina. I princip innebär detta att man från dagens produktion i Sverige på 6 Mkr ska göra ytterligare 10 Mkr/år. 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 stå uppenbart för landstinget att bolaget kommer att anlita underleverantörer. I vart fall har landstinget i Jönköpings län inte visat att de har en kontrollfunktion för att kontrollera om ramleverantörerna använder sig av underleverantörer eller inte. Teknodont som har en tillräcklig produktion utan underleverantörer har lidit skada.
- 1.2. Av ingivet intyget från Artilabs anges i sista stycket att "Artilabs ser fram emot att vara Jönköpings läns leverantör av tandtekniska tjänster och undertecknad kan gå i god för att ingen ej godkänd underleverantör kommer att användas för att fullfölja Artilabs åtaganden i upphandlingen (dnr LKO9-0137)". Frågan inställer sig vad som menas med "ej godkänd underleverantör".
- 1.3. Alla leverantörer som kvalificerat sig och kan teckna ramavtal har uppgivit att de inte använder sig av underleverantörer. Flertalet av de

		Sida 3
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

övriga leverantörerna har angivit att de kommer att anlita underleverantörer. Dessa har alla blivit diskvalificerade bl.a. på grund av att dokumentation saknas för underleverantörer. Det är märkligt att i en bransch som den tandtekniska laboratoriebranschen där bruket av underleverantörer är mycket utbrett så har alla som kvalificerat sig angivit att de inte kommer att använda sig av underleverantörer med anledning av landstingets upphandling. Det är därför en avgörande brist i upphandlingen att landstinget inte har angivit en trovärdig kontrollmekanism för att efterleva att avropade tandtekniska tjänster inte har åstadkommit genom bruket av underleverantörer. Om underleverantörer kommer att användas så har de som antagits som ramleverantörer diskvalificerat sig då de inte uppfyllt skallkraven angående anlitan av underleverantörer.

- 2.1. Om ovanstående grund enligt punkt ett inte räcker som grund för att landstinget ska göra om upphandlingen återopas att tillämpningen att maxprismetoden hindrar leverantörer från att lämna de bud de anser rimliga samt hindrar småföretag att lämna bud, varför maxprismetoden strider mot likhetsprincipen.
- 2.2. Angående maxpriser så hindrar det företag, stora som små, från att lämna in anbud speciellt om de är för lågt satta och då maxprissystemet i sig skapar färre alternativ bl.a. med tanke på om landstinget ska använda sig av annan fördelningsnyckel enligt förfrågningsunderlaget C5 sista stycket "Här avses bra slutresultat".
3. Om länsrätten är rätt forum begärs att länsrätten (nuvarande förvaltningsrätten) också förklarar att ramavtalsvillkoren i C.24.1. 3 stycket angående Priser och prisförändring ska jämkas med stöd av § 36 i avtalslagen på så sätt att följande mening utgår. Meningen som bör utgå lyder "Accepterar inte part begärd prisjustering trots en dokumenterad kostnadsförändring upphör avtalet att gälla med sex (6) månaders uppsägningstid. Under uppsägningstiden gäller de ursprungliga priserna".

Landstinget bestrider bifall till Teknodont AB:s ansökan och anför i huvudsak följande. Det är inte så att landstinget har uppställt något krav på att underleverantörer inte får användas. Vad det handlar om är att om underleverantör ska användas måste vissa underlag bifogas. Leverantören Artilabs har uppgett att det inte avser att nyttja någon underleverantör. Artilabs har under en period valt att ta hem produktion till Sverige. – Modellen för maxpris är inte unik och till grund för maxpriserna ligger ett urval av prislistor och motsvarande från leverantörerna på marknaden och de kostnader som landstinget faktiskt har debiterats. Det måste också beaktas att lands-

		Sida 4
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

tinget arbetar utifrån en budget med allmänna medel. Med hänsyn till hur maxpriserna har tagits fram och till att det kommit in 15 anbud som hållit sig till maxpriserna finns inga omständigheter som kan leda till ingripande enligt LOU.

DOMSKÄL

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.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Av förarbetena till bestämmelsen (prop. 2006/07:128 s. 155) framgår bl.a. följande. I beaktandesats 2 i det klassiska direktivet nämns proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde skall därför beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså skall kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbuds-förfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art.

		Sida 5
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

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.

Av förarbetena till denna bestämmelse (prop. 2006/07:128 s. 350) framgår följande. Bestämmelsen innebär att den upphandlande myndigheten får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man. Likaså får myndigheten begära att anbudsgivaren anger vilka underentreprenörer som föreslås. Efterkommer inte anbudsgivaren den upphandlande myndighetens begäran kan detta utgöra grund för att förkasta anbudet. Bestämmelsen utgör inte grund för den upphandlande myndigheten att förbjuda eller begränsa användningen av underleverantör. Av EG-domstolens praxis framgår att en leverantör har rätt att använda sig av ett annat företag eller andra företags kapacitet för att fullgöra ett kontrakt (C-314/01, Siemens AG Österreich och ARGE Telekom & Partner mot Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger, REG 2004 I-2549). Vidare framgår av bestämmelserna i 11 kap. 12 § att en leverantör har rätt att vid kontroll av dennes lämplighet åberopa andra företags ekonomiska respektive tekniska kapacitet. Anbudsgivaren skall då förete bevis över åtagandet eller på annat sätt visa att han förfogar över nödvändiga resurser från dessa företag. Är anbudsgivaren beroende av en underentreprenör och dennes kapacitet för att hans ekonomiska ställning eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska räcka till för kontraktet, riskerar anbudsgivaren att hans anbud inte godtas om underleverantören och dennes kapacitet inte redovisas i anbudet när det i förfrågningsunderlaget har ställts upp krav på sådan redovisning.

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

		Sida 6
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

I korthet framgår följande av Landstingets i Jönköpings län förfrågningsunderlag.

A.5.5.1 Allmänt om anbudet

Anbudet **ska** uppfylla de krav och anvisningar som ställs i detta förfrågningsunderlag, vari ramavtalets villkor ingår. För att LJ ska ha möjlighet att utvärdera anbudet är det av stor vikt, att det innehåller samtliga begärda uppgifter.

Anbudet bör upprättas i lika ordningsföljd och enligt samma struktur som förfrågningsunderlaget och avtalet och skall hänvisa till de punkter som anges i detta. Utelämnas uppgifter kan det komma att tolkas som att kraven inte kan uppfyllas. Allt för att granskning och utvärdering av anbuderna ska kunna ske på ett effektivt och rättvist sätt.

B.1.1.2.3 Krav på anbudsgivaren – avtal med underleverantör

Anbudsgivarens avtal med underleverantörer **ska** bifogas.

B.1.1.5 Information om anbudsgivarens företag

Med anbud **ska** bifogas en beskrivning av anbudsgivaren, dess verksamhet, resurser och kapacitet för uppdraget, historik, ägarförhållanden och anställda, ledningsorganisation samt inriktning. Om anbudsgivaren avser att lägga ut vissa delar av avropade uppdrag på underleverantör **ska** samma uppgifter lämnas som för anbudsgivaren samt en organisationsbeskrivning. --- LJ kommer, när avtalet är på plats, att vilja ha möjlighet att godkänna eventuella underleverantörer inom avtalets ram.

B.1.1.11 God finansiell och ekonomisk stabilitet

Anbudsgivare som avser att anlita underleverantör för att utföra det fysiska arbetet **ska** inge samma dokumentation som för sig själv.

Bilaga 1 Anbudspriser

I priserna skall samtliga moment och allt material som krävs för att färdigställa produkterna oavsett fabrikat eller framställnings-sätt förutom angivna undantag under rubriken tillägg. Fasta priser skall anges för grundprodukten och för eventuella tillägg förutom ädelmetallkostnad. --- Beställaren kommer inte att acceptera högre priser på implantatkostnader än vad beställarens gällande avtal med implantatföretagen är plus en hanterings-/lagerkostnad på 5 % av bruttopriset. ---

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

		Sida 7
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

I alla upphandlingar ska den upphandlande enheten beakta de grundläggande principer som kan härledas ur det EU-rätten. Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande följer av såväl 1 kap. 9 § LOU som av unionsrätten.

36 § avtalslagen

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den av Teknodont AB åberopade grunden att ramavtalsvillkoren i C.24.1. tredje stycket angående Priser och prisförändring ska jämkas med stöd av § 36 i avtalslagen inte kan bli föremål för prövning av en förvaltningsdomstol. Denna sak kan enbart prövas enligt förutsättningarna för tvistemål i de allmänna domstolarna.

Maxprismetod

Fråga här är om den i förevarande upphandling använda metoden för ”maxprismetod” strider mot LOU eller mot de unionsrättsliga principer som bär upp LOU. Ett förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt formulerat och modellen utformad så att det vid utvärderingen leder till ett för alla inblandade parter rättvisande resultat.

De maxpriser som använts i förevarande upphandling är klart och tydligt angivna i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget och anbudsgivarna har därvid kunnat förutse vilka krav som ställs på dem. Tillvägagångssättet har inte uteslutit andra företag att delta på samma villkor, vilket t.ex. visas genom att samtliga 15 anbudsgivare hållit sig inom det föreskrivna maxpriset. Ett angivande av maxpris kan också vara ett sätt för ett landsting att förebygga ett eventuellt överskridande av landstingets budget (jfr t.ex. RÅ 2009 ref. 43 där Regeringsrätten ansåg att en kommuns beslut att avbryta en upphandling vila på sakligt godtagbara skäl då inkomna anbud översteg kommunens budget för tjänsten). Förvaltningsrätten anser därför inte att till-

		Sida 8
FÖRVALTNINGSRÄTTEN I JÖNKÖPING	DOM 2010-05-26	3561-10 E
Enhet Jönköping		

lämpningen av maxprismetoden medför att likabehandlingsprincipen eller någon av de övriga unionsrättsliga principerna för upphandling åsidosatts.

Underleverantör

Vad härefter gäller förfrågningsunderlagets beskrivning av kvalifikationskrav anser förvaltningsrätten inte heller i denna del att den kritik som Teknodont AB anfört ge stöd för att upphandlingen ska göras om. Skallkraven i förfrågningsunderlaget tar sikte på de fall då anbudsgivaren avser att anlita underleverantör för utförande av delar av de avropade tjänsterna. Artilabs har vid anbudsgivningen och landstinget har vid bemötande av överklagandeskriften anfört att Artilabs inte avser att använda sig av underleverantörer. Förvaltningsrätten har inte funnit skäl att ifrågasätta vad landstinget anfört. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att det inte framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten eller bestämmelser i LOU åsidosatts. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU föreligger således inte.

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


Anders Poulsen



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

