



KONKURRENSVERKET	
2011-08-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**KLAGANDE**

1. Kalmar kommun, Box 611, 391 26 Kalmar
2. Borgholms kommun, Box 52, 387 21 Borgholm
3. Emmaboda kommun, Box 54, 361 21 Emmaboda
4. Högsby kommun, 579 80 Högsby
5. Mönsterås kommun, Box 54, 383 22 Mönsterås
6. Mörbylånga kommun, 386 80 Mörbylånga
7. Nybro kommun, 382 80 Nybro
8. Oskarshamns kommun, Box 706, 572 28 Oskarshamn
9. Torsås kommun, Box 503, 385 25 Torsås
10. Västerviks kommun, 593 80 Västervik
11. Vimmerby kommun, Stadshuset, 598 81 Vimmerby

Ombud för 1-11: Advokat Henrik Seeliger  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Procurator AB, 556002-1387  
Box 9504  
200 39 Malmö

Ombud: Advokat Martin Dell  
Martin Dell Advokatbyrå  
Rödhakegatan 10  
254 50 Helsingborg

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Växjö dom den 11 maj 2011 i mål nr 4942-10, 4945-10, 5082-10, 5092-10, 5093-10, 5094-10, 5096-10, 5097-10, 5098-10, 5099-10 och 5100-10, se bilaga A

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

**SAKEN**

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

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning.

---

## YRKANDEN M.M.

### *Kommunerna*

De ovan som klagande angivna kommunerna (kommunerna) yrkar att Procurator AB:s (Procurator) ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

6 kap. 4 § LOU och bakomliggande direktivsbestämmelse syftar till att förhindra att upphandlande myndigheter begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Bestämmelsen syftar inte till att tvinga myndigheter att anskaffa varor som inte uppfyller myndigheternas krav. Upphandlingen omfattar 142 produkter av varierande slag. Det har inte varit praktiskt möjligt att beskriva varje enskild produkt på ett sådant klart och tydligt sätt att anbudsgivarna kunnat avgöra vad som efterfrågas utan hänvisning till referensprodukter. Kommunerna har inte experter avseende varje produkttyp som uttömmande kan beskriva varje produkts funktionella, tekniska och kemiska egenskaper. Ingen kommun förfogar över sådana resurser. Däremot förfogar de potentiella leverantörerna över den kunskap som behövs för att göra bedömningar om en produkt är likvärdig med en referensprodukt eller inte. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna upprätthålls genom att kommunerna angett att även likvärdiga produkter får offereras. Såvitt kommunerna känner till, sker i princip inga omfattande upphandlingar av förbrukningsartiklar, livsmedel eller liknande, utan hänvisning till referensprodukter. Hänvisningen till referensprodukter motiveras av föremålet för upphandlingen. Redan på grund härav har det varit tillåtet att hänvisa till referensprodukter.

Även om föremålet för upphandlingen inte skulle motivera hänvisning till referensprodukter, är hänvisningarna ändå tillåtna eftersom de inte gynnat visst företag eller vissa produkter eller medfört att vissa produkter inte kan komma i fråga. Kommunerna har i stället vid likvärdighetsbedömningen

endast beaktat relevanta egenskaper hos produkterna. Under alla förhållanden har Procurator inte missgynnats av hänvisningarna till referensprodukter. Procurator har huvuddelen av referensprodukterna i sin produktportfölj, vilket innebär att Procurator haft möjlighet att offerera dessa samt synnerligen goda förutsättningar att bedöma vilka produkter som kan anses likvärdiga.

Det har heller inte varit praktiskt möjligt för kommunerna att beskriva samtliga de efterfrågade produkterna på ett tillräckligt tydligt och begripligt sätt utan hänvisning till referensprodukter. Hänvisningarna har således varit tillåtna även om kammarrätten skulle finna att hänvisningarna gynnat visst företag eller vissa produkter.

Varken direktivet eller LOU innehåller någon bestämmelse om att en upphandlande myndighet måste beskriva hur likvärdighetsbedömningen ska gå till. Det ligger i sakens natur att det är svårt, ofta omöjligt, att i förväg förutse alla möjliga avseenden på vilka en vara kan avvika på, jämfört med en annan. Det är just därför som möjligheten att ange ”eller likvärdig” har införts i direktivet och LOU. Om en upphandlande myndighet skulle vara tvungen att i förväg beskriva hur likvärdighetsbedömningen ska gå till, skulle tillägget ”eller likvärdig” helt sakna mening. En annan sak är att den upphandlande myndigheten vid likvärdighetsbedömningen inte får bryta mot principen om transparens genom att bedöma en egenskap som objektivt saknar betydelse för den upphandlande myndigheten. Vilka egenskaper som är relevanta får avgöras från fall till fall. Sker bedömningen inte objektivt och proportionellt, kan bedömningen anses felaktig av förvaltningsdomstol. Egenskaper som rimligen kan anses vara relevanta för den upphandlande myndigheten måste givetvis kunna tillmätas betydelse vid bedömningen av om en vara är likvärdig eller inte.

Kommunerna har utförligt redogjort för varför de 16 aktuella produkterna inte tagits upp till utvärdering och varför 15 av dessa inte bedömts som

likvärdiga med referensprodukterna. Avseende i vart fall huvuddelen av dessa 15 produkter måste det vara uppenbart för t.o.m. en lekman att de inte är likvärdiga. För ett företag i branschen har detta varit mer än uppenbart. Procurator synes ha satt i system att offerera lågprisprodukter med andra egenskaper än efterfrågade och därefter hävda att dessa måste tas upp till utvärdering. Procurator har, eller borde i vart fall ha, insett att de aktuella produkterna inte kan anses som likvärdiga med referensprodukterna och inte har de egenskaper som kommunerna önskat.

Eftersom Procurator insett eller borde ha insett att offererade produkter inte kan anses likvärdiga, kan det ifrågasättas på vilket sätt Procurator lidit skada. Utfallet av upphandlingen hade ju blivit exakt detsamma om upphandlingen i stället hade genomförts som Procurator förespråkar, dvs. med specificerade egenskaper i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har inte gjort någon reell bedömning av om Procurator lidit eller riskerat lida skada, utan synes ha utgått från att en leverantör alltid lider eller riskera lida skada p.g.a. en otillåten hänvisning till en referensprodukt. Procurator har vidare inte ens gjort gällande att det inte haft tillgång till information om referensprodukterna. Alla potentiella anbudsgivare har lätt kunnat inhämta relevant information. Procurator har således inte lidit eller riskerat lida skada p.g.a. utebliven information i förfrågningsunderlaget.

Procurator har offererat produkter på samtliga 142 efterfrågade produktpositioner. På 74 av positionerna har Procurator offererat referensprodukten, på resterande 68 positioner annan produkt. 27 av de produkterna har inte offererats i enlighet med förfrågningsunderlaget. En produkt (position 79) fanns vid anbudstillfället inte på Procurators hemsida, i produktblad eller katalog. De övriga 26 produkterna var inte likvärdiga med referensprodukterna. Parterna är överens om att 11 av produkterna inte är likvärdiga. Övriga 16 produkter anser Procurator är likvärdiga. För att Procurator ska uppfylla kravet om att minst 90 % av produkterna (minst 128 av efterfrågade 142) ska offereras, måste Procurator således visa att

kommunerna gjort en felaktig bedömning avseende 12 av de 16 produkter om vilka fråga är i målen. Kommunerna har i förvaltningsrätten noga redogjort för skillnaderna mellan de offererade produkterna och referensprodukterna. I vart fall avseende flertalet av dessa produkter måste det vara helt uppenbart t.o.m. för en lekman att produkterna inte kan anses likvärdiga med referensprodukterna. Även om endast krav som uttryckligen framgår av sortimentsförteckningen skulle beaktas vid likvärdighetsbedömningen, skulle de produkter som Procurator offererat på positionerna 10, 13, 100, 101, 102 och 107 ändå inte ha ansetts som likvärdiga.

*Procurator AB*

Procurator motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom och anför bl.a. följande.

Såväl 6 kap. 4 § LOU som bakomliggande direktivsbestämmelse innehåller särskilda regleringar om hänvisningar till varumärken. Såväl den europeiska som den svenska lagstiftaren har således funnit det nödvändigt att införa ett särskilt förbud mot just detta sätt att olikbehandla anbudsgivare, eftersom hänvisningar till vissa varumärken i princip alltid innebär en ökad risk för en omotiverad olikbehandling. Dessa hänvisningar ska därför i princip förbjudas, förutom i extrema undantagssituationer. Kommunernas argumentation bygger i stället på att undantaget rättfärdigas eftersom man inte har de nödvändiga resurserna, vilket inte är ett giltigt argument.

Angivelsen "eller likvärdigt" är inte ett sätt att läka en otillåten hänvisning till ett varumärke, utan ett kompletterande krav för de fall då en sådan hänvisning är tillåten. En hänvisning till vissa varumärken leder i princip alltid till att andra produkter missgynnas. Den som inte vill eller kan erbjuda referensprodukten "A", måste identifiera de relevanta "likvärdighetskraven", hitta en produkt "B" som är "likvärdig" samt bevisa likvärdigheten. Detta leder till att produkt "B" aldrig kan erbjudas på

samma villkor. Producenter och leverantörer av produkt "B" missgynnas redan genom själva hänvisningen till produkt "A". Procurator har konkret drabbats av detta hinder. Procurator har dessutom missgynnats respektive lidit skada eller riskerat lida skada p.g.a. diskvalificeringen.

"Föremålet för upphandlingen" avser inte vilka resurser som krävs för en upphandling utan refererar i stället till vad som ska upphandlas och vilka krav den upphandlande myndigheten ställer på leverantören. Själva föremålet för upphandlingen kan göra att en neutral beskrivning skulle innebära att upphandlingens syfte inte uppnås. Det är naturligtvis möjligt att objektivt neutralt beskriva en papperstallrik eller en soppåse. Procurator ställer sig dessutom frågande till att kommunerna vidhåller att det skulle föreligga en objektiv, och inte subjektiv, omöjlighet trots att det finns exempel på upphandlingar där de i målen relevanta produkterna specificerats utan referens till visst varumärke. Det handlar vidare om elva kommuner som gått samman för att med samlade resurser kunna upphandla produkterna. Det måste anses rimligt att förutsätta att denna samlade inköparstyrka har de resurser som krävs.

Om kommunernas påstående att inte de själva men däremot anbudsgivarna hade möjlighet att identifiera de för likvärdigheten relevanta kraven skulle vara korrekt, skulle kommunerna över huvud taget inte kunna genomföra en upphandling med beaktande av likabehandlings- och transparensprincipen. De skulle nämligen inte objektivt kunna bedöma om en anbudsgivare eller en produkt ska diskvalificeras eller inte. Kommunerna har dock i praktiken gjort just en sådan prövning. Att denna prövning genomfördes bevisar att kommunerna faktiskt har de resurser som krävs för att identifiera de relevanta egenskaperna.

Procurator har missgynnats även om företaget har referensprodukterna i sin produktportfölj. Det är just Procurators affärsidé att kunna erbjuda alternativa produkter till lägre priser, dvs. Procurator vill inte erbjuda

referensprodukterna. Detta skulle också missgynna den konkurrens som LOU vill skapa. En leverantör måste ha möjlighet att – inom ramen för myndighetens objektiva, icke-diskriminerande beskrivning – offerera de produkter denne vill och att detta ska kunna ske utan den inskränkning som blir resultatet av att produkterna definieras genom referens till särskilt varumärke.

Procurator har i förvaltningsrätten utförligt redovisat att de offererade produkterna är likvärdiga med referensprodukterna.

### **SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

*Frågan i målen m.m.*

Frågan i målen är i första hand om kommunerna haft rätt att i förfrågningsunderlaget hänvisa till referensprodukter (särskilda varumärken) på sätt som skett. Eftersom såväl LOU som bakomliggande direktiv särskilt reglerar denna typ av hänvisningar, måste enligt kammarrättens mening prövningen i första hand göras enligt denna särskilda reglering. Först i andra hand kan det bli aktuellt att direkt tillämpa de unionsrättsliga principer som ligger till grund för upphandlingsregleringen, t.ex. likabehandlings- och transparensprinciperna.

Kammarrätten konstaterar vidare att det som huvudregel är den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa – göra sannolikt – att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. I de fall det kan presumeras att snedvridning av konkurrens skett, kan sökanden dock få en viss lättnad i bevishänseende, varvid det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa t.ex. att de unionsrättsliga principerna inte åsidosatts (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010, mål nr 6986-09; jfr



även Leffler, Om bevisbörda och ”jäv” i upphandlingsmål, FT 2010 s. 121 ff.).

*Tillämplig reglering*

Av artikel 23.8 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster framgår följande. Om det inte motiveras av föremålet för upphandlingen, får tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, ej heller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om det får till följd att vissa företag eller produkter gynnas eller att andra inte kan komma ifråga. Sådana uppgifter eller hänvisningar ska i undantagsfall vara tillåtna, om en tillräckligt tydlig och begriplig beskrivning av föremålet för upphandlingen inte är möjlig genom tillämpning av punkterna 3 och 4. Sådana uppgifter eller hänvisningar ska följas av orden "eller likvärdigt".

Direktivsbestämmelsen har implementerats i 6 kap. 4 § LOU, av vilken framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

*Har kommunernas hänvisningar till referensprodukter lett till att vissa företag gynnas eller missgynnas?*

Frågan i denna del är om de aktuella hänvisningarna till referensprodukter lett till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Härvid konstaterar

kammarrätten att den aktuella regleringen ger uttryck för huvudregeln att krav som ställs i upphandlingar ska beskrivas i så neutrala termer som möjligt. De tekniska specifikationerna i en kravspecifikation får därför i princip inte hänvisa till visst varumärke, eftersom sådana specifikationer normalt blir handelshindrande och därmed också ett hindrande eller begränsande av den inre marknadens funktion. Det kan t.ex. handla om att tidigare leverantörer eller kända varumärken favoriseras (jfr Pedersen, Upphandlingens grunder, 2011, s. 91 f.).

Enligt kammarrättens mening är det normalt sett svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till visst varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 september 2010, mål nr 2193-10, och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 216). Kommunernas hänvisningar har således lett till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

*Har det inte varit möjligt för kommunerna att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt?*

Frågan i denna del är om det varit möjligt eller inte för kommunerna att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Kammarrätten konstaterar att det redan av ordalydelsen i LOU och bakomliggande direktivsbestämmelse framgår att fråga ska vara om undantagssituationer.

I förarbetena anges att situationer som avses är då en upphandlande myndighet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte (jfr prop. 2006/07:128 s. 193 f.; jfr även Forsberg, Upphandling enligt LOU, LUF och LOV, 2009 s. 141 f.). Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning t.ex. till visst varumärke är alltså inte att den upphandlande myndigheten, t.ex. p.g.a. kompetens- eller resursbrist, ska slippa beskriva

föremålet för upphandlingen. Syftet är i stället att underlätta för leverantörerna att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att de därmed kan utforma sina anbud så att de motsvarar myndighetens behov (jfr Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2011, s. 91, och Sundstrand, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, 2010, s. 146 f.). Det ska således vara i princip objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt, för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 september 2010, mål nr 2193-10, och Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2009, s. 216).

Mot bakgrund av det nu anförda, bör enligt kammarrättens mening avgörande för frågan om det varit möjligt eller inte för kommunerna att beskriva föremålet för upphandlingen vara om en sådan beskrivning, t.ex. av krav på funktion och egenskaper, hade inneburit att det blev mer tydligt och begripligt för leverantörerna vad myndigheterna efterfrågade. Härvid konstaterar kammarrätten att en långtgående precisering av krav på funktion och egenskaper, antingen direkt i kravspecifikationen eller genom hänvisning t.ex. till bifogade produktblad, rimligen inte gjort föremålet för upphandlingen mer tydligt och begripligt. En sådan precisering hade enligt kammarrättens mening i stället riskerat begränsa utrymmet att offerera likvärdiga produkter. Inte heller hade mer allmänna beskrivningar av krav på funktion och egenskaper tillfört särskilt mycket utöver det som redan framgått av främst sortimentsförteckningen och i vart fall inte gjort föremålet för upphandlingen mer tydligt och begripligt.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att det inte varit möjligt i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU för kommunerna att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Kommunerna har därmed haft rätt att hänvisa till visst varumärke med tillägget ”eller likvärdigt” på sätt som skett. Att kommunerna sedermera i vissa delar gjort

en prövning av vilka funktioner och egenskaper som varit relevanta föranleder inte någon annan bedömning.

*Har likabehandlings- och transparensprinciperna åsidosatts?*

Kammarrätten har ovan funnit att kommunerna med stöd av 6 kap. 4 § LOU haft rätt att hänvisa till visst varumärke med tillägget ”eller likvärdigt” på sätt som skett. Frågan i denna del blir om upphandlingen likväl – som förvaltningsrätten funnit – kan anses ha skett i strid med LOU.

Kommunerna har i förfrågningsunderlaget även angett att likvärdiga produkter accepteras. Det är därmed inte möjligt att förkasta ett anbud enbart p.g.a. att varorna inte överensstämmer med specifikationer som det hänvisas till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att dess lösningar på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven i den tekniska specifikationen (jfr t.ex. Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010, s. 146 f.). Normalt uppfylls således genom tillägget ”eller likvärdigt” grundläggande krav på icke-diskriminering och dörren hålls öppen för leverantörer med i princip likvärdiga varor (jfr prop. 2006/07:128 s. 193 f. och Forsberg, Upphandling enligt LOU, LUF och LOV, 2009 s. 141 f.; jfr även EU-domstolens domar i mål C-359/93 och C-328/96, ”Unix I och II”). Att det kan vara enklare för en anbudsgivare att offerera referensprodukten kan därmed inte i sig innebära att upphandlingen skett i strid med likabehandlingsprincipen, i vart fall inte i situationer som den förevarande där hänvisningen är förenlig med den särskilda regleringen i 6 kap. 4 § LOU.

Om undantagssituation enligt 6 kap. 4 § LOU och bakomliggande direktivsbestämmelse föreligger och tillägg ”eller likvärdigt” gjorts, kan det vidare enligt kammarrättens mening inte med stöd av transparensprincipen krävas att upphandlande myndighet fullständigt redogör för hur

likvärdighetsbedömningen avses gå till, eftersom den särskilda regleringen i 6 kap. 4 § LOU då inte skulle fylla något syfte.

Vidare kan konstateras att en upphandlande myndighet måste acceptera produkter som är likvärdiga om den offererade produkten erbjuder samma eller högre nivå på produktstandard än den som anges i specifikationen (jfr t.ex. EU-domstolens dom i mål C-45/87, ”Dundalk”, och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 213). Upphandlande myndighets likvärdighetsbedömning kan vidare bli föremål för domstolsprövning, t.ex. genom ansökan om överprövning enligt bestämmelserna i 16 kap. LOU.

Mot bakgrund härav anser kammarrätten att det som kan krävas i nu aktuellt hänseende är att en potentiell anbudsgivare får information som är tillräcklig för att denne i sitt anbud ska kunna visa att eventuella alternativa produkter är likvärdiga med referensprodukterna. Härvid konstaterar kammarrätten att det i förfrågningsunderlaget hänvisats till sortimentsförteckning med en kort beskrivning av respektive produkt under ”Varugrupp” och ”Produktnamn”. Förteckningen har vidare kompletterats med nuvarande leverantörers artikelnummer för att underlätta artikelidentifikationen. Kommunerna har dessutom i förfrågningsunderlaget uttryckligen angett att det är den upphandlande myndigheten som gör bedömningen om offererad produkt är likvärdig med efterfrågad produkt. Sammanfattningsvis anser kammarrätten att utformningen av förfrågningsunderlaget med hänvisning till referensprodukter inte inneburit att transparensprincipen åsidosatts, i vart fall inte i en situation som den förevarande där hänvisningen är förenlig med den särskilda regleringen i 6 kap. 4 § LOU.

*Sammanfattning*

Kammarrätten har ovan funnit att kommunerna inte brutit mot LOU eller bakomliggande unionsrättsliga principer genom att hänvisa till referensprodukter på sätt som skett. Förvaltningsrätten har därmed inte haft fog för att på angivna grunder bestämma att upphandlingen ska göras om. I stället ska en prövning göras av om kommunerna haft fog för att förkasta Procurators anbud på den grunden att bolaget inte offererat likvärdiga produkter på tillräckligt många positioner. Parterna har i denna del argumenterat mycket utförligt, främst i förvaltningsrätten. Prövningen bör därför enligt instansordningsprincipen lämpligen ske i förvaltningsrätten som första instans. Målen ska därför visas åter dit för fortsatt prövning.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Christer Abrahamsson

  
Bodil Stelzer

  
Jesper Blomberg  
referent

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I VÄXJÖ**

Föredraganden Helene Larsson

**DOM**

2011-05-11

Meddelad i

Växjö

Mål nr

4942-10, 5082-10, 5092-10,

5093-10, 5094-10, 5096-10,

5097-10, 5098-10, 5099-10,

5100-10, 4945-10

**SÖKANDE**

Procurator AB, 556002-1387

Box 9504

200 39 Malmö

Ombud: Advokat Martin Dell

Martin Dell Advokatbyrå

Rödhakegatan 10

254 50 Helsingborg

**MOTPART**

Se partsförteckning, bilaga 1

Ombud: Advokat Henrik Seeliger

Advokatfirman Lindahl KB

Box 11911

404 39 Göteborg

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 26797

**Postadress**

Box 42

351 03 Växjö

**Besöksadress**

Kungsgatan 8

**Telefon**

0470-868 00

**E-post:** forvaltningsrattenivaxjo@dom.se**Telefax**

0470-869 50

**Expeditionstid**

måndag – fredag

08:00-16:30

## YRKANDEN M.M.

Kommunerna i Kalmar, Borgholm, Emmaboda, Högsby kommun, Möns-  
terås, Mörbylånga, Nybro, Oskarshamn, Torsås, Västervik och Vimmerby  
(kommunerna) har gemensamt genomfört en upphandling av bl.a. rengö-  
ringsmedel och städartiklar. Upphandlingen har administrerats av Kalmar  
kommun och har skett i form av ett öppet förfarande och varit delbar på två  
ramavtal. Enligt tilldelningsbeslutet inkom fyra anbud varav alla utom Pro-  
curator AB (Procurator) kvalificerade sig till utvärdering. Nybloms papper  
AB bedömdes ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende bäg-  
ge delarna och tilldelades därför kontrakten.

Förvaltningsrätten beslutade den 18 november 2010 att upphandlingen inte  
får avslutas i avvaktan på att domstolen beslutar något annat.

Den 18 november 2010 överlämnades mål avseende Vimmerby och Väs-  
terviks kommuner genom beslut från förvaltningsrätten i Linköping.

**Procurator** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första  
hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget ska kvalificeras och  
att utvärderingen ska göras om. I andra hand yrkar Procurator att upphand-  
lingen görs om.

Som grund för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Procurators  
anbud har förkastats på felaktiga grunder vilket strider mot principerna om  
proportionalitet och likabehandling. Kommunerna har anmärkt på 27 offe-  
rerade produkter. Procurator medger enbart att 11 av dessa har offererats  
på felaktigt sätt. De övriga 16 produkterna (under positionerna 2, 10, 13,



15, 16, 17, 18, 20, 21, 64, 71, 79, 100, 101, 102 och 107) måste anses likvärdiga med de efterfrågade.

Kommunerna bryter mot likabehandlingsprincipen genom att hänvisa till referensprodukter i underlaget. Detta har delvis medfört att endast en tillverkares produkter kan erbjudas, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Hänvisning är tillåten endast om förutsättningarna i 6 kap. 4 § LOU är uppfyllda. Det hade varit objektivt möjligt för kommunerna att beskriva föremålen för upphandlingen tydligt och begripligt på ett annat sätt. Egenskaperna hade kunnat definieras med hjälp av uppgifterna från produktdata-bladen. Kommunerna påstår att de inte har kompetens att specificera produkterna på annat sätt. Detta stämmer inte eftersom de med egna resurser analyserat varenda alternativ produkt.

Bolaget har lämnat lägsta pris på upphandlingens båda delar. Dessutom har offererats 0-5 respektive 0-10 leveransdagar samt innehav av certifierat kvalitets- och miljöledningssystem. Högsta poäng ska därför tilldelas även vid utvärderingen i dessa delar.

Kravet att det ska offereras likvärdiga produkter strider mot principen om transparens eftersom det ingenstans i underlaget informeras om vilka krav som måste vara uppfyllda för att en vara ska anses som likvärdig referensprodukterna. Det enda som framgår är ett artikelnummer och en kort beskrivning av referensprodukten. Kommunerna har inte gett någon instruktion om vilka informationskällor som anbudsgivarna ska använda.

**Kommunerna** bestrider bifall till överklagandet och har i huvudsak anfört följande. I underlaget har angetts att minst 90 % av efterfrågade produkter ska offereras d.v.s. 128 av 142. Det har även angetts att likvärdiga produk-

ter accepteras. Om så inte har skett diskvalificeras anbudsgivaren. En hänvisning görs till tillverkarnas artikelnummer i underlaget. Underlaget innehåller dock begränsad information. Det är alltså inte enbart information från denna som avgör om en produkt kan anses likvärdig eller inte. Anbudsgivarna kan läsa på tillverkare och nuvarande leverantörers hemsida om produkternas egenskaper. På marknaden finns en mängd produkter som är likvärdiga och många leverantörer har därför haft möjlighet att lämna anbud.

Utformningen av underlaget står inte i strid med LOU. Upphandlingen omfattar många produkter av varierande slag. Det är inte praktiskt möjligt att beskriva varje enskild produkt på ett sådant klart och tydligt sätt att anbudsgivarna kan avgöra vad som efterfrågas utan att hänvisa till referensprodukter. Kommunerna har inte experter avseende varje produkttyp som uttömmande kan beskriva varje produkts relevanta egenskaper. Det är även ett väldigt tidskrävande arbete. Dessutom förfogar de potentiella leverantörerna över den kunskapen. Resterande anbudsgivare i upphandlingen har inte haft några problem att avgöra vad som är likvärdigt.

Ställda krav har inte varit för snäva. Ett stort antal av anbudsgivarnas offererade produkter har accepterats som likvärdiga. I tveksamma fall har man valt att acceptera produkten i stället för att diskvalificera den. Det finns ingen skyldighet för en upphandlande myndighet att specificera i vilka avseende en vara är likvärdig. Produkten ska vara likvärdig i alla relevanta delar och individuell bedömning görs avseende varje produkt. Procurator har mycket god kännedom om flertalet av referensprodukterna. LOU uppställer inga krav på beställaren att specificera i förfrågningsunderlaget vilka egenskaper en produkt ska ha för att anses likvärdig den efterfrågade. Detta får i stället avgöras från fall till fall i den konkreta situationen. Det har

även angetts i underlaget att det är kommunerna som avgör vad som är likvärdigt. Det är riktigt att kommunerna i efterhand har tvingats göra bedömningen av om offererade produkter är likvärdiga med angivna referensprodukter.

Offererade produkter under positionerna 2, 10, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 64, 71, 79, 100, 101, 102 och 107 är inte likvärdiga med de efterfrågade. Enligt kommunerna har Procurator de efterfrågade produkterna eller motsvarande i sitt sortiment men har ändå valt att offerera andra billigare icke likvärdiga varor. Bolaget har inte ens påstått att andra produkter skulle offererats om underlaget formulerats annorlunda. Procurator har inte heller visat att bolaget lider eller riskerar att lida skada.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Domstolen har enbart att pröva vad som omfattas av parternas yrkanden samt åberopade handlingar.

#### Transparensprincipen

Ett förfrågningsunderlag uppfyller principen om transparens bl.a. om de obligatoriska kraven är så pass tydliga och förutsebara att anbudsgivaren har möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Av utredningen i målet framgår att de efterfrågade varorna och dess krav ska läsas ut ur en sortimentssammanställning av nuvarande leverantörs produkter. I sammanställningen finns information under respektive produkt (bl.a. nuvarande leverantörs artikelnummer, produktnamn och förpackningsstorlek). Det anges att även likvärdiga produkter får offereras. I un-

derlaget framgår inte var anbudsgivaren inhämtar information om vilka övriga krav som ställs på varje produkt. Kommunerna har i yttrande angett att uttömmande information om efterfrågade varor inte enbart kan utläsas av underlaget samt att myndigheterna i efterhand har bedömt om en offererad vara kan anses vara en likvärdig produkt med en i sortimentsbeskrivningen.

Förvaltningsrätten konstaterar att även om en anbudsgivare skulle ha god kännedom om konkurrerande producenters och grossisters produkter kan de inte utifrån informationen i förfrågningsunderlaget utröna vilka egenskaper hos de efterfrågade varorna kommunerna tillmäter betydelse och vilka andra produkter som myndigheterna därför anser vara likvärdiga. Detta innebär att oavsett om Procurator marknadsför de i underlaget namngivna produkterna har inte utrymme funnits för bolaget att kalkylera med likvärdiga billigare produkter.

Kommunerna har i yttrande bl.a. angett att efterfrågade varor inte kunnat specificeras bättre med hänsyn till tidsbrist eller att det saknas kompetent personal. Detta kan inte anses vara godtagbara skäl att frångå kraven i LOU. Dessutom framgår av kommunernas yttrande att kommunerna utgått från nuvarande leverantörers produktblad under utvärderingen när bedömning gjorts om varorna uppfyller ställda krav. Dessa hade med lätthet kunnat bifogas underlaget.

Det sagda innebär att de obligatoriska kraven i underlaget inte kan anses tydliga och förutsebara på ett sätt att potentiella anbudsgivare haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunerna har därför brutit mot principen om transparens.

Principen om likabehandling

Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer och de produkter som erbjuds ska behandlas lika. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett sätt som gör det svårt för anbudsgivarna att bedöma vilka produkter som kan bedömas som likvärdiga angivna märken. Det är därför enklare att offerera den redan namngivna varan. Angivandet av specifikt varumärke torde därför i aktuellt mål gagna det varumärket vilket får anses strida mot likabehandlingsprincipen.

---

Förvaltningsrättens samlade bedömning är därför att förfrågningsunderlaget inte kan anses uppfylla principerna om transparens eller likabehandling som myndigheterna enligt 1 kap 9 § LOU är skyldiga att följa.

Enligt 16 kap 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget och därför är inte rättelse en tillräcklig åtgärd. Procurator får anses lida skada eftersom kommunernas otydliga underlag förhindrat bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Procurators ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att den aktuella upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)

Göran Lundahl

**Partsförteckning**

1. Kalmar kommun  
Box 611  
391 26 Kalmar

2. Borgholms kommun  
Box 52  
387 21 Borgholm

3. Emmaboda kommun  
Box 54  
361 21 Emmaboda

4. Högsby kommun  
579 80 Högsby

5. Mönsterås kommun  
Box 54  
383 22 Mönsterås

6. Mörbylånga kommun  
386 80 Mörbylånga

7. Nybro kommun  
382 80 Nybro

8. Oskarshamns kommun  
Box 706  
572 28 Oskarshamn

9. Torsås kommun  
Box 503  
385 25 Torsås

10. Västerviks kommun  
593 80 Västervik

11. Vimmerby kommun  
Stadshuset  
598 81 Vimmerby

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I VÄXJÖ	
INKOM:	2011-05-09
MÅLNR:	4942-10
AKTBIL:	33

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.