



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-07-18
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 3738-17

SÖKANDE

Kinnarps Sverige Försäljning AB, 556407-2964

Ombud: advokaten Pernilla Larsson
 Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
 Box 684
 551 19 Jönköping

MOTPART

Malmö stad

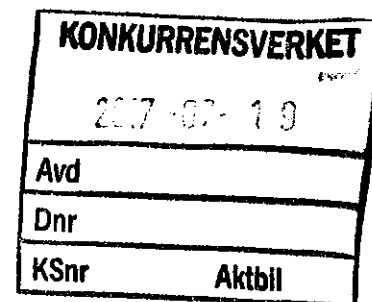
Ombud: advokaten Annika Andersson och jur. kand. Hanna Wackå
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen, del 1 (skolmöbler), ska göras om.



BAKGRUND

Malmö stad genomför upphandling avseende möbler och inredning till Gottorpsskolan. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och är uppdelad i fem delar. Del 1, som är i fråga i målet, avser skolmöbler.

Enligt tilldelningsbeslut den 30 mars 2017 tilldelades Input Interiör KC AB kontrakt. Av tilldelningsbeslutet framgår att Kinnarps Sverige Försäljning AB (Kinnarps) anbud förkastats eftersom Kinnarps har offererat möbler och inredning som inte uppfyller i inredningsspecifikation angivna krav avseende hållbart.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Kinnarps ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska rättas på så sätt att Kinnarps anbud inte ska förkastas utan tillåtas delta i utvärderingen. Till grund för ansökan anförs i huvudsak följande. Kinnarps har, efter förfrågan, fått besked om att det är den offereerade stolen Stack som inte anses vara tillräckligt hållbar. Staden har också förtydligat att det är ryggstödet och dess fästpunkter som är av sådan konstruktion att stolen inte anses hålla för de påfrestningar som en kommer att utsättas för i den tänkta miljön. Staden anser därmed att stolen inte är likvärd med den referensstol som angivits i förfrågningsunderlaget.

Staden har till stöd för sitt påstående om bristande likvärdighet anfört att stolen har prövats på en annan skola där den inte klarat ställda krav. Vad staden hänvisar till måste dock ifrågasättas. Några exemplar av stolen Stack har visserligen behövt bytas ut i en leverans till Rosengårdsskolan, men det innebär inte att man generellt kan påstå att stolen som sådan är felaktig eller inte klarar skolmiljön. Kinnarps har vid flera tillfällen offererat och levererat Stack till andra skolor i Malmö och även till skolor i andra kommuner. To-

talt har flera hundra stolar levererats utan anmärkning och stolen är vanligt förekommande i skolmiljöer. Av återopad provningsrapport framgår dessutom att Stack är testad med godkänt resultat även för miljöer med mycket hård påfrestning.

Några krav avseende ryggen och dess fästpunkter eller stolens konstruktion i annat avseende finns inte i upphandlingen. Enbart hänvisning till referensprodukten innebär inte att anbudsgivarna har möjlighet att förstå att staden efterfrågar en viss konstruktion.

Krav på produkterna med hänvisning till ett visst fabrikat får inte användas om det inte motiveras av det som ska anskaffas. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt för att en hänvisning till ett varumärke ska vara tillåten. En möbelupphandling för skolmiljö kan aldrig omfatta produkter som inte går att med ord beskriva så tydligt att en anbudsgivare kan avgöra vad som efterfrågas. De krav som staden kommer att tillmäta betydelse i upphandlingen måste således kunna utläsas av anbudsgivarna, oavsett att staden har anvisat en referensprodukt. Staden har således använt referensprodukten på ett sätt som strider mot LOU.

Om Kinnarps anbud inte hade förkastats hade Kinnarps lämnade det bästa anbudet i upphandlingen och skulle således ha tilldelats kontraktet. Det är därför uppenbart att Kinnarps har lidit skada av bristerna i stadens handläggning.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och i enlighet med förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget följer bestämmelserna i LOU och står inte i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Det är inte korrekt att den av Kinnarps offererade stolen, Stack, följer kraven i Möbelfakta. Av förfrågningsunderlaget framgår att staden generellt eftersträvar inköp av produkter som i sin framställning förbrukar lite resurser och energi i ett livcykelperspektiv och som inte innehåller miljöskadliga ämnen eller på annat sätt har en negativ miljöpåverkan, direkt eller indirekt. Vid bedömningen ska, enligt förfrågningsunderlaget, hänsyn tas till bland annat kvalitet, funktion, livscykelkostnader samt underhåll i vilka krav hållbarhet kan utläsas. Det är således tydligt att det inte enbart är kraven i Möbelfakta som innehåller krav avseende kvalitet och funktion. Staden har beslutet att förkasta anbudet då Stack inte uppfyller ställda krav eftersom ryggstödet och dess fästpunkter samt sittplatta inte kommer att hålla för påfrestningar i den tänkta miljön.

Staden har inte enbart hänvisat till en referensprodukt utan har även beskrivit möblerna så precist och begripligt det är möjligt. Staden har valt att hänvisa till referensprodukter i exemplifierande syfte – istället för att beskriva produkten. Syftet med detta är endast att underlätta för anbudsgivare. Staden har inte använt referensprodukter på ett sådant sätt som strider mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av förfrågningsunderlaget, som är daterat den 19 januari 2017, framgår att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling är tillämplig i målet.

Upphandlande myndigheter ska, enligt 4 kap. 1 § LOU, 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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Enligt 20 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att 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.

I 9 kap. 6 § LOU anges bl.a. följande. Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bl.a. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör eller varumärke, patent eller typ. Av andra stycket i bestämmelsen framgår att sådana hänvisningar dock får förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Av förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195, s. 1044) framgår att bestämmelsen i 9 kap. 6 § LOU motsvarar 6 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och att någon ändring i sak inte är avsedd.

Av äldre förarbeten (prop. 2006/07:128, s. 193) till bestämmelsen framgår bl.a. följande. Det kan förekomma situationer då en upphandlande myndighet eller enhet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. I en sådan situation finns en möjlighet att hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung.

Förfrågningsunderlaget

Av avsnittet 2.19.2 *Tekniska specifikationer* i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser möbler och annan inredning till Gottorpsskolan i Malmö i enlighet med i förfrågningsunderlaget ingående inredningsspecifikationer och ritningar. Så långt det är möjligt ska offererade möbler/produkter uppfylla gällande lagstiftning, Möbelfaktas krav och Malmö stads särskilda miljökrav. Offererade produkter ska därutöver minst uppfylla de specifikationer/beskrivningar som i inredningsspecifikationerna innehåller upplysningar om fabrikat och typ (med tillägg "eller likvärdigt"). Dessa produkter är endast exemplifierande.

Avseende littera 118 i inredningsspecifikationen anges bl.a. följande.

Stol "Campus Air" Lammhults el likvärdig.
Stativ av Ø16 mm lackerat stålror Anthracite 873. Sits, rygg.
Röd, litet armstöd. Stapelbar. Max 5 kg
Filtglidfötter

Förvaltningsrättens bedömning

Kinnarps har anfört dels att den av bolaget offererade stolen Stack ska anses som en likvärdig produkt dels att staden använts referensprodukt på ett sätt som strider mot LOU. Förvaltningsrätten inleder med att pröva den andra av Kinnarps invändningar och prövar därvid om förfrågningsunderlagets utformning strider mot LOU, eftersom staden använt en referensprodukt av ett visst varumärke.

Staden har i förfrågningsunderlaget angett att efterfrågad stol under littera 118 ska vara "Campus Air" Lammhults eller liknande. Frågan är om denna formulering innebär att staden brutit mot 9 kap. 6 § LOU.

Det är generellt svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 maj 2016 i mål nr 6156-15). Mot bakgrund av detta uttalande anser förvaltningsrätten att hänvisningen till referensprodukten i förfrågningsunderlaget leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Bestämmelsen i 9 kap. 6 § LOU är därför i sig tillämplig i målet.

För att en hänvisning till en referensprodukt ska vara tillåten enligt LOU krävs det därmed att det föreligger en sådan undantagssituation som avses i 9 kap. 6 § andra stycket LOU.

Kammarrätten i Göteborg har i nämnda dom uttalat bl.a. att det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåtet.

Vidare bör, för att en hänvisning till ett varumärke ska vara tillåten, det krävas att den gör det mer tydligt och begripligt för anbudsgivaren vad som efterfrågas (Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 oktober 2016 i mål nr 921-16).

Staden har som skäl för att hänvisa till en referensprodukt av ett visst varumärke anfört det skett i exemplifierande syfte istället för att beskriva produkten och för att det skulle underlätta för anbudsgivare. Förvaltningsrätten konstaterar att en hänvisning till en referensprodukt förvisso underlättar för anbudsgivare. Det framgår dock inte av utredningen i målet att den aktuella produktens karaktär, en stol, är av så komplicerad art det inte skulle vara möjligt att beskriva den tillräckligt tydligt. Staden har inte heller närmare angivit varför staden inte klarar av att beskriva produkten i generella termer.

Av ovan nämnda kammarrättsavgöranden framgår att en omfattande upphandling (varukorg bestående av 269 produkter) eller en omfattande beskrivning av samtliga efterfrågade produkter (om 1 200 sidor) skulle kunna utgöra skäl att tillämpa undantagsbestämmelsen i nuvarande 9 kap. 6 § andra stycket LOU. Av utredningen i målet framgår dock inte att aktuell upphandling är av sådan omfattning, eller att beskrivningen av de efterfrågade produkterna skulle bli så orimligt omfattande, att undantagsbestämmelsen är tillämplig.

Sammantaget anser förvaltningsrätten därför att förfrågningsunderlaget strider mot 9 kap. 6 § LOU, eftersom hänvisning skett till en referensprodukt av ett visst varumärke och det inte visats i målet att undantaget i bestämmelsens andra stycke är uppfyllt. Det föreligger därmed en presumtion för att Kinnarps har lidit eller kunnat lida skada. Förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger därmed redan på denna grund.

Kinnarps har även invänt att den av bolaget offererade stolen Stack ska anses som en likvärdig produkt och att det därmed inte fanns fog för staden att förkasta bolagets anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att såsom förfrågningsunderlaget är utformat, och med hänsyn till vad Kinnarps anfört om stolen Stack, får Kinnarps anses ha visat att stolen är Stack är likvärdig med referensprodukten i förfrågningsunderlaget. Även på denna grund finns således skäl för ingripande enligt LOU.

Kinnarps har yrkat att rättelse ska ske så att bolagets anbud inte ska förkastas utan tillåtas delta i utvärderingen. Förvaltningsrätten är dock inte bunden av hur sökandens yrkande har utformats (se t.ex. RÅ 2005 ref. 47 och 2012 ref. 2). Förvaltningsrätten har bl.a. funnit att förfrågningsunderlaget strider mot 9 kap. 6 § LOU. Detta fel är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och därmed ska upphandlingen göras om.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.