

KLAGANDE

Husbyggnadsvaror HBV Förening, 702000-9226

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Daniel Sjöholm
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Dahl Sverige AB, 556287-0229

Ombud: Martin Göransson och Mikael Rendahl
Prosent AB
Kungsgatan 13 B
352 31 Växjö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 14 november 2016
i mål nr 13345-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Husbyggnadsvaror HBV Förening (HBV) yrkar att kammarrätten, med undanröjande av förvaltningsrättens dom, avslår Dahl Sverige AB:s (Dahl) ansökan om överprövning. HBV anför i allt väsentligt det som föreningen tidigare framfört i förvaltningsrätten.

Dahl bestrider överklagandet och hänför sig i allt väsentligt till det bolaget tidigare anført i förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det som HBV har anført och det som i övrigt har framkommit i målet föranleder inte kammarrätten att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska således avslås.

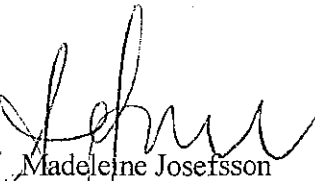
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Cecilia Silfverhjelms
kammarrättsråd
ordförande



Pia Cedermarks
kammarrättsråd



Madeleine Josefsson
tf. kammarrättsassessor
referent



SÖKANDE

Dahl Sverige AB, 556287-0229
Box 11076
161 11 Bromma

Ombud: Martin Göransson och Mikael Rendahl
Prosent AB
Kungsgatan 13 B
352 31 Växjö

MOTPART

Husbyggnadsvaror H.B.V. Förening, 702000-9226
Box 5199
121 19 Johanneshov

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Dahl Sverige AB:s ansökan om överprövning med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och förordnar att upphandlingen skall göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Husbyggnadsvaror H.B.V. förening (HBV) har genomfört en upphandling avseende ramavtal gällande rörmaterial, ref. nr. 16-104. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud.

Upphandlingen har delats upp i två produktområden, A respektive B. Produktområde A avser VVS material medan produktområde B avser VA material. I tilldelningsbeslut den 17 juni 2016 antogs Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) som leverantör avseende produktområde A. Dahl Sverige AB:s (bolaget) anbud placerades som nummer två i produktområde A. Bolaget vann upphandlingen avseende produktområde B.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att Ahlsells anbud vid en ny rättad utvärdering inte skall beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om i den del den avser produktområde A. I tredje hand yrkar bolaget att upphandlingen skall avbrytas och göras om i sin helhet. Som grund anförs bl.a. följande. HBV har brutit mot transparensprincipen i 1 kap 9 § LOU, genom att ha tillämpa en utvärderingsmodell bestående av en dold rabattbrevskorg, som inte är förutsägbar och inte ger ett rättvisande resultat, för att utvärdera lämnade anbudspriser. Vidare är förfrågningsunderlaget otydligt beträffande betydelsen av officiell bruttoprislista. HBV har även brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU, genom att hänvisa till Ahlsells varumärke vilket är i strid med 6 kap 4 § LOU.

HBV bestrider bifall till bolagets ansökan och anför som grund bl.a. följande. HBV har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Den aktuella upphandlingen avser produktområde A såväl som produktområde B. Ett

eventuellt bifall av bolagets yrkande medför att upphandlingen av produktområde A såväl som produktområde B måste göras om.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget anför bl.a. följande.

Rabattbrevskorg

Av punkt 5.1.1 i förfrågningsunderlaget framgår att den anbudsgivare som lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer att antas. Anbudspriset beräknas som summan av varukorgen plus summan av badrumspaketen plus summan av den dolda rabattbrevskorgen. Den anbudsgivare som får lägst justerat pris, d.v.s. anbudspris med avdrag för nedjusteringsfaktor anses ha lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Anbudsgivaren ska till sitt anbud bifoga sin officiella bruttoprislista med HBV:s rabatt per flik och produktgrupp. Efter anbudsöppning har HBV skickat ut den dolda rabattbrevskorgen till anbudsgivarna som har fått ange vilken artikel som uppfyller kraven för respektive vara samt ange priset för varan. Priset ska motsvara det pris som tidigare lämnats i bruttoprislistan med tillhörande rabatt.

Som framgår av ovan har det inte vid anbudsinlämningen varit känt för anbudsgivarna vilka bruttopriser med tillhörande rabatt som skulle komma att beaktas och vilken viktning de skulle komma att få vid utvärderingen. Det har således varit oklart för anbudsgivaren vilka artiklar i bruttoprislistan som skulle tas med vid utvärderingen.

För att en anbudsgivare skall kunna lämna ett konkurrenskraftigt och affärsmässigt anbud erfordras att anbudsgivaren får information om vilka artiklar och priser som kommer att utvärderas, vilket anbudsgivarna i detta fall inte haft kännedom om. Den dolda rabattbrevskorgen har dessutom haft

en stor betydelse vid utvärderingen av anbudspriserna då dess värde uppgår till ca 43 % av totalt anbudspris.

Eftersom anbudsgivarna inte känt till vilka produkter som valts ut till den dolda varukorgen har upphandlingen även haft karaktären av slumpmässighet vilket resulterar i att det inte går att säkerställa att det är den anbudsgivare som har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i praktiken som antas då en annan sammansättning av produkter i den dolda varukorgen kan medföra ett annat utfall.

Det kan inte uteslutas att Dahl, för det fall den dolda rabattbrevskorgen haft en annan sammansättning, lika väl kunde ha haft lägst pris för den dolda rabattbrevskorgen och därigenom även fått lägst anbudspris. I Dahls bruttoprislista finns ca 80 000 artiklar medan den dolda rabattbrevskorgen innehåller ca 600 artiklar. Anbudsgivarna har således lämnat priser på ca 80 000 artiklar varav ca 600 har valts ut av HBV för att utvärdera anbudet. Därmed har det i sammanhanget varit en avsevärt liten del av offererade artiklar som valts ut till den dolda rabattbrevskorgen, vilket inte kan påvisa vilken leverantör som faktiskt lämnat lägst totalpris i sitt anbud.

Att det framgår av förfrågningsunderlaget att tvättställ utgör 11 % av varukorgens värde förändrar inte det faktum att anbudsgivaren på förhand inte vet vilket tvättställ som efterfrågas och därmed kommer att utvärderas. Det är inte möjligt att förutse vilka produktpriser som kommer att beaktas och det är därmed inte heller möjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud som avser alla tvättställ på marknaden då anbudsgivarna har olika inköpsavtal med de olika fabrikanterna varför det inte går att lämna en hög rabatt på en hel produktgrupp. Det är lättare att lämna ett lågt pris på några hundra specifika artiklar än på 80 000 stycken.

Det kan heller inte uteslutas att HBV haft möjlighet att i viss mån styra vilken leverantör som skall få fördel av den dolda rabattbrevskorgen, eftersom HBV känner till eller kan ta reda på vilka bruttopriser som respektive leverantörer har, för att sedan välja just de artiklar som en specifik leverantör har lägst bruttopris på. Därmed skulle den leverantören få bättre förutsättningar att vinna upphandlingen.

Det har varit möjligt för HBV att gynna en specifik leverantör genom att jämföra anbudsgivarnas officiella bruttoprislistor, vilka finns tillgängliga på respektive anbudsgivares hemsida. Att HBV inte vet vilka bruttopriser som en anbudsgivare kommer att lämna är direkt felaktigt. Den omständigheten att HBV skickat den dolda rabattbrevskorgen till Notarius Publicus förändrar inte ovanstående möjlighet. Dessutom går det att avslöja den dolda varukorgen för en specifik anbudsgivare. Det kan påpekas att den dolda varukorgen näst intill är den samma som i den tidigare upphandlingen, så det har räckt med att informera en anbudsgivare om att det kommer vara samma som tidigare.

Användandet av RSK-nummer

I bilaga 6 Varukorg har HBV angivit produkternas artikelnummer, s.k. RSK-nummer. Skillnaden mellan RSK-nummer och tillverkarens artikelnummer är att RSK-numret utgår ifrån en i branschen gemensam nummerserie och att det går att söka på RSK-nummer i en gemensam databas. Bakom varje RSK-nummer finns en specifik produkt av ett visst varumärke och från en angiven leverantör. Enligt 6 kap 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte 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.

Det är korrekt att anbudsgivarna har kunnat lämna produkter av annat fabrikat än efterfrågat men det förtar inte kravet på att de skall vara

likvärdiga. Förbudet i 6 kap 4 § LOU gäller även om anbudsgivarna kan offerera produkter av annat fabrikat.

I den aktuella upphandlingen har HBV hänvisat till produkter som är av Ahlsells eget varumärke i avsevärt större omfattning än Dahls, trots att det inte finns sakliga skäl för det. Ahlsell har därigenom fått en otillbörlig fördel i upphandlingen, vilket leder till att Dahl missgynnas och Ahlsell gynnas.

HBV genomförde redan under år 2015 en ramavtalsupphandling avseende rörmaterial, dnr 15-104. Dahl ansökte om överprövning bl.a. på grund av det faktum att HBV hänvisat till Ahlsells egna varumärken i avsevärt större utsträckning än Dahls. Förvaltningsrätten i Stockholm biföll Dahls ansökan om överprövning och förordnade att upphandlingen skulle göras om, genom dom den 15 januari 2016 i mål 18328-15. Skälet till att förvaltningsrätten biföll Dahls ansökan var just den omständigheten att HBV inte haft anledning att hänvisa till Ahlsells egna varumärken i större omfattning än Dahls varumärken. Förvaltningsrätten kom fram till att HBV genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga produkter med specifika varumärken har agerat i strid med 6 kap 4 § LOU. HBV:s påstående om att förvaltningsrätten biföll ansökan på grund av att det förekommit otydligheter är direkt felaktigt.

Krav på officiell bruttoprislista

I förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter punkt 4.2 "Krav E" framgår att den rabatt som lämnas på övrigt sortiment skall baseras på anbudsgivarens officiella bruttoprislista. Vidare anges i upphandlingsföreskrifternas punkt 5.2.6 att rabatten ska lämnas på den officiella bruttoprislista som anbudsgivaren bifogar anbudet som sökbar excel-fil samt av ramavtalets punkt 13.3 framgår att rabatten ska lämnas på den officiella bruttoprislistan. Det framgår därmed på tre olika ställen i upphandlings-

dokumenten ett skall-krav på att den bruttoprislista som anbudsgivaren bifogar skall vara officiell.

Med officiell bruttoprislista menas att den skall vara publik och därmed generellt tillämpas mot andra kunder. Under utvärderingen har det framkommit att HBV:s definition av en officiell bruttoprislista är en annan och därmed inte den samma som är vedertaget i branschen. HBV anser att ordet "officiell" inte har någon innebörd alls. Det har därmed varit tillåtet att upprätta en särskilt framtagen bruttoprislista för HBV som inte används mot andra kunder. För det fall Dahl haft kännedom om att HBV tillåtit en särskilt framtagen bruttoprislista hade Dahl gjort det och därmed kunnat lämna betydligt lägre priser.

HBV har inte förklarat vad de avsett med "officiell". Det är således oklart vad HBV menar är skillnaden mellan en "bruttoprislista" och en "officiell bruttoprislista". En särskilt framtagen bruttoprislista enbart för HBV kan inte anses vara officiell.

HBV har framfört att det inte funnits krav på att bruttoprislistan skulle vara publik innan upphandlingen. En officiell bruttoprislista skulle dock bifogas anbudet och den har varit en del av utvärderingen. Alla krav ska vara uppfyllda på anbudsdagen eftersom det inte framgår annat i förfrågningsunderlaget. Vad HBV anfört i denna del är felaktigt.

Utvärderingsmodellen sätts ur spel om anbudsgivarna tillåts inge en särskilt framtagen bruttoprislista för HBV. Det är då möjligt att sätta höga priser på övrigt sortiment dvs. de produkter som inte utvärderas i bilaga 6. Att övrigt sortiment utgör en stor del av kommande avrop framgår av HBV:s argumentation avseende den dolda varukorgen. En officiell bruttoprislista används i upphandlingar just av den anledningen att den upphandlande

myndigheten skall få ett bra pris på anbudsgivarens hela sortiment och inte enbart på de produkter som valts ut i förfrågningsunderlaget.

Under fliken instruktioner i bilaga 6 anges följande "En angiven produkt i bilaga 6 kan endast tillgodoräkna ett nettopris som är 10 % (= multiplikator 0.90) lägre än vad produkten skulle få med produktgruppens HBV rabatt". Med anledning av att anbudsgivarna har tillåtits att ta fram en särskild bruttoprislista för HBV har detta krav satts ur spel, eftersom anbudsgivarna då kan sänka priset för en specifik produkt i HBV:s bruttoprislista, så att nettopriset inte understiger 10 %. Detta står i strid med transparensprincipen.

Skada

HBV:s påstående om att bolaget inte riskerar att lida skada utgår från att ingen anbudsgivare kan lämna lägre pris i den dolda varukorgen än vad Ahlsell gjort. Bolaget hade kunnat lämna ett lägre pris avseende den dolda varukorgen om den inte varit hemlig och därmed kunnat jämna ut den pris-skillnad som föreligger gällande varukorgen i bilaga 6.

Efterfrågade produkter bygger i stor omfattning på Ahlsells sortiment, vilket framgår av uttryckliga hänvisningar till artikelnummer (RSK-nummer) samt produktens benämning. Likvärdiga produkter har accepterats men övriga anbudsgivare har till skillnad från Ahlsell tvingats gå igenom Ahlsells produktbeskrivningar för att försöka ta reda på vad som efterfrågas. För det fall en likvärdig produkt inte har offererats har anbudsgivaren bestraffats genom belastningspris. Bolaget har därför varit tvunget att vara restriktiv med vilka produkter som offererades för att inte riskera att få belastningspriser. Även om bolaget har ett stort sortiment är det svårt att hitta en produkt som har exakt samma prestanda eller funktioner utan oftast har bolaget produkter där prestandan antingen är lägre, högre eller med färre eller fler funktioner. Då tvingas bolaget offerera den produkt som har högre

prestanda eller fler funktioner. Detta gör att det blir dyrare för bolaget. En leverantör som Ahlsell som har den exakt efterfrågade produkten får en fördel. Detta har försvårat möjligheterna för bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget riskerar därför skada.

Kravet på en officiell bruttoprislista har påverkat utformningen av bolagets anbud och hur bolaget hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt pris om HBV inte angett att bruttoprislistan skulle vara officiell. Bolaget riskerar därför lida skada av detta.

För det fall någon av de påtalade bristerna inte förelegat hade bolaget kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt och mer konkurrenskraftigt sätt. Därmed lider bolaget skada.

HBV anför bl.a. följande.

Rabattbrevskorgen

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarna ange priser på ett mycket stort antal produkter men i utvärderingen kommer endast priserna på ett visst antal produkter av de som redan prissatts i anbudet att användas vid utvärderingen. Anbudsgivarna erhöll inte information om exakt vilka enskilda artiklar vars priser skulle komma att utvärderas av de som lämnades i den prissatta bilaga 6. Däremot framgick det av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen skulle komma att genomföras avseende de priser som lämnats och bruket av den dolda rabattbrevskorgen. Av texten under punkten 5.2.6 framgår att "*Hur rabattbrevskorgen fördelas mellan RSK-nummer olika flikar framgår av Bilaga 7a*". Förfrågningsunderlaget utvisar på ett tillräckligt tydligt sätt hur anbudsgivarna ska utforma sina anbud för att anbuderna ska bli konkurrenskraftiga och vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Av bilaga 7a framgår vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen samt hur stor betydelse de olika produktgrupperna skulle komma att ha i den dolda rabattbrevskorgen. Det är vidare fråga om en upphandling där pris efterfrågas på ett mycket stort antal artiklar. Det är omöjligt att utvärdera samtliga angivna priser då detta skulle kunna leda till att anbudsgivare med kännedom om vilken ungefärlig fördelning i antal som de framtida avropen kommer få skulle kunna ägna sig åt en strategisk pris-sättning till förfång för de upphandlande myndigheterna. Det är i detta syfte som den aktuella modellen med en dold rabattbrevskorg använts.

Kravet på utvärderingsmodeller är bl.a. att det ska gå att utläsa vilka faktorer som tillmäts betydelse i upphandlingen. Av rättspraxis framgår att endast om den upphandlande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget kan det bli aktuellt att ingripa mot upphandlingen på denna grund (jfr Kammar-rätten i Sundsvall i mål nr 985-10).

HBV bestrider bolagets påstående att HBV haft möjlighet att styra vilken leverantör som skulle få fördel av den dolda rabattbrevskorgen. Detta påstående grundas på att *"eftersom HBV känner till eller kan ta reda på bruttopriser som respektive leverantörer har för att sedan välja just de artiklar som en specifik leverantör har lägst bruttopris på."* Såväl Bilaga 6 som Bilaga 7a och 7b har upprättats efter det behov som föreligger för de avropande upphandlande myndigheterna och inga andra hänsyn har tagits. Det är okänt för HBV vilka nettopriser som en anbudsgivare skulle komma att lämna.

För att säkerställa likabehandling av anbudsgivarna har HBV efter att ha upprättat den dolda rabattbrevskorgen, vilket skedde innan anbudstidens slut och innan anbudet inkom, deponerat densamma hos Notarius Publicus.

Användandet av RSK-nummer

RSK-nummer är VVS-branschens eget klassificeringssystem för produkter. Varje produkt har ett eget RSK nummer som är specifikt för produkten. Det medför att det blir tydligt vilken produkt och vilka egenskaper samt funktion som efterfrågas. Produkters RSK nummer kan således användas för att beskriva önskad funktion och användningsområde.

HBV har angivit en vara som anses motsvara benämningen, alltså en typ-produkt. Något uppställt krav på att det av anbudsgivaren offererade skall vara detta fabrikat eller likvärdigt kan alltså överhuvudtaget inte komma på fråga enligt HBV:s uppfattning. Om förvaltningsrätten skulle anse att hänvisningen till RSK nummer är en sådan situation som regleras i 6 kap. 4 § LOU anser HBV att undantagssituationen är tillämplig. Det har inte varit möjligt att beskriva artiklarna i upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisning till RSK nummer.

HBV anser att en precisering från HBV på varje artikel hade begränsat utrymmet för leverantörerna att offerera likvärdiga artiklar samtidigt som en hänvisning till RSK nummer skapar ett mer begripligt och överskådligt förfrågningsunderlag. Förfrågningsunderlaget är tydligt utformat att det framgår klart vad som efterfrågas med en beskrivning.

Vad bolaget anför om förvaltningsrättens bedömning i mål 18328-15 och likheterna mellan den upphandlingen och förevarande upphandling är direkt felaktigt. Bolaget har anfört att ansökan om överprövning bifölls pga. att det förekommit fler hänvisningar till en annan leverantör än till bolaget. Utfallet bedömdes emellertid inte på huruvida det hade förekommit brister i förhållande till likabehandlingsprincipen utan på att det förekommit otydligheter. HBV har inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen eller LOU på sätt som bolaget gör gällande.

Bruttoprislistan

HBV vitsordar att det anges i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna ska inge en officiell bruttoprislista. Dock medför det inte ett krav om att denna prislista skulle ha varit publik innan upphandlingen. Möjlighet finns således att upprätta en officiell bruttoprislista för denna specifika upphandling.

Bolaget har anfört att ”alla stora aktörer har en offentlig bruttoprislista”. Det finns inga bruttopriser i Ahlsells eller Onninens tryckta VVS kataloger. Det är högst troligt att leverantörer på marknaden har olika prislistor för olika marknader. Bolagets talan i denna del bygger enbart på uppiktade krav på bruttoprislistan och inte vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Skada

Bolaget har inte klargjort på vilket sätt bolaget skulle ha lidit skada annat än i svepande ordalag (jfr HFD 2013 ref. 53). Om klagande part inte kan klargöra på vilket sätt den påstådda överträdelsen av LOU har medfört skada ska talan avslås.

Bolaget har inte lidit skada genom användandet av rabattbrevskorgen då bolagets anbud inte hade placerat sig på en bättre position i ramavtalet även om bolagets anbud skulle erhållit samma resultat som den vinnande anbudsgivaren för produktområde A. Den aspekt som påverkade bolagets anbud på så sätt att detta inte placerade sig på en förstaplats i produktområde A var nettopriserna. Vidare har det framgått av förfrågningsunderlaget hur bolagets skulle utforma sitt anbud för att detta skulle bli konkurrenskraftigt varför bolaget inte kan anses ha lidit någon skada.

Bolaget har inte lidit någon skada genom hänvisningen till RSK nummer då detta har skett med stöd av 6 kap 2 § LOU varför någon överträdelse av

6 kap. 4 § LOU inte har skett. Under alla omständigheter är undantags-situationen i 6 kap 4 § LOU tillämplig varför någon form av överträdelse inte finns.

Vad gäller bruttoprislistan kan bolagets påstådda skada inte på något sätt kopplas till en överträdelse av LOU då själva överträdelsen grundas på en fabricerad efterhandskonstruktion. Bolaget har vidare inte lidit någon skada då bolagets bruttoprislista accepterats av HBV.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§ (6 kap. 1 § LOU).

Tekniska specifikationer som hänvisar till en standard framgår av 6 kap. 2 § LOU och ska hänvisa t.ex. till svensk standard som överensstämmer med europeisk standard. Av andra stycket i 6 kap. 2 § framgår att varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdigt".

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte 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 skall följas av orden "eller likvärdigt".

Vidare anges i 16 kap. 6 § LOU att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målen är i första hand om HBV haft rätt att i förfrågningsunderlaget hänvisa till referensprodukter (särskilda varumärken) på sätt som skett att använda RSK-nummer.

I HBV:s förfrågningsunderlag efterfrågas en varukorg med olika artiklar inom VVS material. Produkterna har angetts genom att en hänvisning gjorts till varunamn och artikelnummer för de produkter som befintliga leverantörer tillhandahåller. I förfrågningsunderlaget anges vidare att referensprodukterna endast är för information och att likvärdiga produkter accepteras.

Förvaltningsrätten konstaterar att HBV i förfrågningsunderlaget inte har gjort någon egen beskrivning av produkterna som efterfrågas eller angett några egna tekniska specifikationer, utan HBV har generellt hänvisat till specifika produkters RSK-nummer från vissa varumärken som finns i de nuvarande leverantörernas sortiment.

Förvaltningsrätten bedömer att HBV:s hänvisning till RSK-nummer utgör en sådan teknisk specifikation som hänvisar till en standard som avses i 6 kap. 2 § LOU (jmf Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2263-12). Genom att i förfrågningsunderlaget efterfråga specifika produkter av vissa varumärken, har HBV gjort en sådan hänvisning som regleras i 6 kap. 4 § LOU. 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 innebär 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 förfrågningsunderlaget godtas likvärdiga produkter, men om en offererad produkt inte anses vara likvärdig ges ett belastningspris på produkten. Även om de aktuella referensprodukterna finns fritt tillgängliga på marknaden är det sannolikt att ett företag som normalt sett inte har produkterna i sitt sortiment eller inte samarbetar med tillverkaren av produkterna, missgynnas i förhållande till de företag som använder sig av produkterna. Enligt förvaltningsrättens mening är det generellt sett svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr. 2193-10 och Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, 2009, s. 216). Förvaltningsrätten anser därför att HBV:s hänvisning till de aktuella referensprodukterna i varukorgen leder till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

Frågan är då om det varit möjligt för HBV att beskriva föremålen för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukterna. Det framgår redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU att det endast i undantagssituationer är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. 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 (jfr Kammarrätten i Stockholm med mål nr 5037-12). 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).

Förvaltningsrätten konstaterar att HBV inte angett varför det inte varit möjligt att beskriva föremålen för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisning till specifika varumärken. Förvaltningsrätten noterar att den aktuella upphandlingen rör en betydande produktmängd av åtminstone delvis mycket divergerande produkter och bedömer att det finns avsevärda skillnader mellan t.ex. tänkt användning och hur preciserat det går att beskriva önskade produkter. HBV har emellertid genomgående hänvisat till RSK-nummer, även då sådan hänvisning inte framstår som nödvändig för att beskriva vad som efterfrågas. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte är visat att det för samtliga produkter är fråga om en sådan undantags-situation där det är tillåtet med hänvisning till varumärken. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att HBV, genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga produkter med specifika varumärken, har agerat i strid med 6 kap. 4 § LOU. Den omständigheten att HBV även har hänvisat till vissa produkter ur Dahls sortiment förändrar inte denna bedömning.

De ovan konstaterade bristerna i förfrågningsunderlaget i form av hänvisning till varumärken i strid med 6 kap. 4 § LOU är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Dahl har anfört att hänvisningen till specifika varumärken haft stor inverkan på deras möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, eftersom det räcker med belastningspriser på ett fåtal produkter för att rangordningen ska ändras. Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet anser förvaltningsrätten att bolaget har gjort detta sannolikt. Bolaget har genom detta agerande i vart fall riskerat att lida

skada. Eftersom felet i förfrågningsunderlaget är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen göras om. HVB har gjort gällande att ett eventuellt bifall av bolagets yrkande medför att upphandlingen av produktområde A såväl som produktområde B måste göras om. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra en annan bedömning. Mot denna bakgrund saknas anledning att göra någon prövning av om det även på annan grund finns skäl för ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).

Eva Blom

T.f. rådman

Susanna Ewerlöf har föredragit målet



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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.

Kommentar av PICE:

Madeleine jag har några idéer
justeringsförslag. Jag är ledig morgon
fredag så du kan väl lämna vidare
målet till Cecilia sedan? Mvh/Pia

Efter genomgång av målet, all rättsutredning etc. landar jag i att jag nog vill instämma i fastställa förvaltningsrättens bedömning. Detta på grund av hur undantagsregeln är formulerad:

”om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt.”

Jag tycker inte att det är omöjligt att beskriva de aktuella produkterna på ett preciserat och begripligt sätt. I själva verket har en kortare, allmän beskrivning delvis lämnats redan i listan i förfrågningsunderlaget (under rubriken ”benämning”) och ytterligare beskrivningar (fast alldeles för detaljerade) finns i de olika produktspecifika tekniska beskrivningarna. Alltså inte omöjligt att beskriva, men kanske jobbigt eller omfattande. Att det är jobbigt eller blir omfattande tycker jag dock inte är ett skäl att tillåta undantag.

Jag avvaktar ev skiljaktig mening tills CESI har tittat på målet.

Mvh/Pia



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. 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 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att *avtal inte får ingås*, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.