



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2020-01-24

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (7)

Mål nr

18973-19

SÖKANDE

Dalux AB, 556687-8350

Industrivägen 15

171 48 Solna

MOTPART

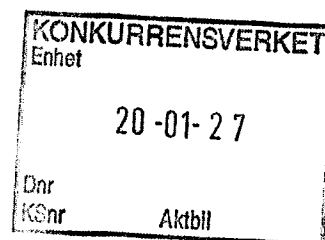
Ekerö kommun

Box 205

178 23 Ekerö

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Dalux AB:s ansökan om överprövning med stöd av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 1166347

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Ekerö kommun genomför en upphandling av ramavtal för varor och service av storköksutrustning (KSUH19/25).

Dalux AB yrkar att upphandlingen ska göras om och för fram i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget strider mot lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Prisbilagan innehåller hänvisningar till varumärken och har kopierade texter direkt tagna från tillverkarens hemsida alternativt produktbeskrivning. Det har varit fullt möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisning till varumärken. Det följer av Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 april 2015 i mål nr 3064-14 att hänvisningar till varumärken endast får förekomma om det inte är möjligt att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt. I förevarande fall är det fullt möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt, utan hänvisningar till varumärken eller dylikt. Upphandlingen avser konventionell storköksutrustning som enkelt kan beskrivas med funktion, kapacitet och eventuell hänvisning till gällande DIN-normer. Dalux AB riskerar att lida skada om kommunen fullföljer upphandlingen med upphandlingsdokumenten som underlag.

Ekerö kommun (kommunen) bestrider Dalux AB:s ansökan om överprövning och för fram bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts inom ramen för LOU och strider inte mot transparens- eller likabehandlingsprincipen. I prisbilagan anges krav för anbudsgivare att ta hänsyn till avseende efterfrågade produkter. Samtliga krav på de produkter som efterfrågas framgår av kolumnerna ”Kategori” och ”Egenskaper”. Köksutrymmen i kommunens fastigheter har olika förutsättningar och har oftast en väldigt begränsad yta, varför det är av högsta vikt att leverantören kan leverera de varor som motsvarar angivna måttsatser och som uppfyller

funktionskraven. De förslag som anges är produkter som kommunen anser uppfyller uppställda krav. Det står anbudsgivarna fritt att offerera produkter av valfritt varumärke utifrån de krav på funktioner som kommunen angett. Den praxis som Dalux AB hänvisar till är inte tillämpligt. Förutsättningarna är inte desamma då underlaget i den upphandlingen bland annat ej innehöll skrivningen "eller likvärdig" efter varumärket. Vidare angav upphandlande myndigheten i det fallet att de specificerade produkterna var unika och inte kan likställas med andra liknande produkter. Inget av detta är relevant denna i upphandling. Det framgår klart och tydligt i upphandlingsdokumenten då kommunen i Bilaga 8, Prisbilagan, angett "*Vid hänvisning till ett visst fabrikat är detta en kvalitet-, funktion- och utformningsangivelse och likvärdig produkt kan offereras.*", samt efter varje föreslagen produkt skrivit "*eller likvärdig*". I frågor och svar har kommunen ytterligare förtydligt att angivna varumärken är ett förslag på produkter som anses uppfylla kraven. Upphandlingsdokumenten strider inte mot LOU genom hänvisningarna till varumärken.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU (2016:1145) ska upphandlande myndigheter 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.

Av 4 kap. 2 § LOU framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I 9 kap. 6 § LOU anges att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bland annat varumärke. Sådana hänvisningar får dock 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 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundar sig på och att domstolens prövning är begränsad till åberopade grunder (se RÅ 2009 ref. 69).

I nu aktuell upphandling har kommunen i förfrågningsunderlaget angett vilka produkter som efterfrågas samt i särskild kolumn angett de egenskaper som de efterfrågade produkter ska ha. I bilagan anges vidare, under kolumnen ”Beskrivning”, en hänvisning till särskilda varumärken följt av orden ”eller likvärdig”. Av förfrågningsunderlaget framgår att hänvisningar till ett visst fabrikat är en angivelse om kvalitet, funktion och utformning och att likvärdig produkt kan offereras.

När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Det är inte domstolarnas uppgift att värdera om den upphandlande myndigheten lyckats upphandla den bästa och mest funktionella lösningen. Så länge de krav som ställs på föremålet för upphandlingen inte framstår som godtyckliga eller osakliga och inte heller strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller unionsrätten ska de godtas (RÅ 2010 ref. 78). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som ska förvärva de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen.

Det är ostridigt att kommunen i förfrågningsunderlaget hänvisat till vissa varumärken med tillägget ”eller likvärdigt”. Kommunen har härigenom gjort en sådan hänvisning till varumärken som regleras i 9 kap. 6 § LOU. Sådana hänvisningar får en upphandlande myndighet göra så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Upphandlingen avser varor och service av storköksutrustning och det är svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till ett visst varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 i mål m 1903—1913-11). Förvaltningsrätten anser att de aktuella hänvisningarna leder till att vissa leverantörer gynnas respektive missgynnas.

Av ordalydelsen i 9 kap. 6 § LOU framgår vidare att hänvisningar till varumärken endast är tillåtet i undantagssituationer. Syftet med regeln är inte att en upphandlande myndighet ska vara befriad från skyldigheten att beskriva föremålet för upphandlingen, utan i stället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas. 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 tillåten. Avgörande för frågan om det varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen bör vara om en sådan beskrivning, t.ex. av krav på funktion

och egenskaper, hade inneburit att det blev mera tydligt och begripligt för leverantörerna vad som efterfrågades (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 februari 2018 i mål nr 4889-17).

Frågan är då om förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling strider mot bestämmelserna i LOU på det sätt som Dalux AB har gjort gällande.

Upphandlingen avser storköksutrustning och det har inte framkommit annat än att det är fråga om produkter som för det varuslaget är av ordinär karaktär. Förvaltningsrätten konstaterar också att kommunen inte har angett varför det inte har varit möjligt att beskriva föremålen för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisning till specifika varumärken. Förvaltningsrätten noterar även att den aktuella upphandlingen rör en betydande produktmängd av åtminstone delvis divergerande produkter och bedömer att det finns avsevärda skillnader mellan t.ex. tänkt användning och hur preciserat det går att beskriva produkterna. Kommunen har i ett flertal fall hänvisat till en referensprodukt i kravspecifikationen, även då en 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 inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt utan en hänvisning till varumärke, och att det är fråga om en sådan undantagssituation där det är tillåtet med en sådan hänvisning. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen har agerat i strid med 9 kap. 6 § LOU.

De ovan konstaterade bristerna i förfrågningsunderlaget är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Kravet på visad skada ställs därför lågt (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 26 februari 2015 i mål nr 2542-15). Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet anser förvaltningsrätten att Dalux AB har gjort sannolikt att de i vart fall riskerar att lida skada.

Eftersom felet i upphandlingsdokumenten är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Cathrine Kappre har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

