



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-02-09
Meddelad i Växjö

Mål nr
4370-16

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119
Box 732
182 17 Danderyd

Ombud: Advokat Maria Pedersen och jur.kand. Åsa Fält
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

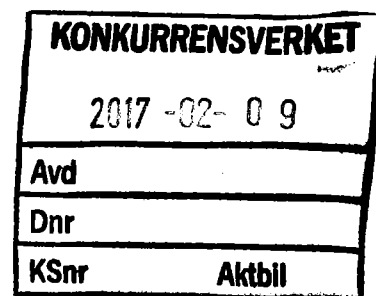
MOTPART

Växjöbostäder AB, 556935-3534
Box 241
351 05 Växjö

Ombud: Chefsjurist Magnus Bengtsson
Juridiska enheten, Växjö kommun
Box 1222
352 12 Växjö

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att den del av upphandlingen som avser område "Norr/Centrum" ska göras om.

Dok.Id 149914

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Växjöbostäder AB har genomfört en offentlig upphandling av ett ramavtal avseende måleriarbeten under 2017 i lägenheter, lokaler och övriga utrymmen i Växjöbostäders fastigheter för två områden, ”Norr/Centrum” och ”Söder/Campus”. Ramavtal för de två områdena har upphandlats separat genom ett förenklat förfarande. I förfrågningsunderlaget anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Genom tilldelningsbeslut avseende område ”Norr/Centrum” daterat den 30 november 2016 har Växjöbostäder beslutat att ingå avtal med tre leverantörer, varav Sandå Sverige AB (Sandå) har rangordnats på tredje plats.

Sandå ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen i den del som avser område ”Norr/Centrum” ska göras om.

Växjöbostäder bestrider bifall till Sandås ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Sandå har till stöd för sin ansökan anfört i huvudsak följande.

Växjöbostäder har, genom att hänvisa till otillåtna tekniska specifikationer i förfrågningsunderlaget, brutit mot 6 kap. 4 § LOU. För det fall Växjöbostäder hade genomfört upphandlingen i enlighet med gällande rätt skulle Sandå ha getts möjlighet att inkomma med ett annat anbud och därmed haft chans att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Sandå har därför lidit, eller riskerar att lida, skada. Eftersom felet i upphandlingen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen för område ”Norr/Centrum” göras om. Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU vid genomförandet av en offentlig upphandling behandla leverantörer på ett likvärdigt, icke-diskriminerande och öppet sätt samtidigt som de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling ska iakttas. Växjöbostäder har i förfrågnings-

underlagets tekniska beskrivning, under rubriken "Förteckning över beställarens färg- och tapetval" angett följande;

"Tapeter:

<i>Papperstapeter</i>	<i>Borosan, Decormama, Fioton 5, Fioton living</i>
<i>Non-woven</i>	<i>Borosan, Decorama, Fioton"</i>

Växjöbestäder har således angett ett antal varumärken på tapeter i sin tekniska beskrivning. Växjöbestäder har inte heller efter hänvisningen till varumärken angett "eller likvärdig" i enlighet med 6 kap. 4 § LOU. Växjöbestäder har hänvisat till ett antal tapetfabrikat inom branschen. Det kan emellertid finnas andra varumärken som används av vissa företag som därigenom missgynnas. Det är svårt att föreställa sig en situation där en hänvisning till ett visst varumärke varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Genom varumärkeshänvisningen hindras Sandå från att delta med sin fulla konkurrensmässiga potential samt från att använda hela sitt utbud av produkter och underleverantörer. Hade inte Växjöbestäder föreskrivit varumärken hade Sandå kunnat offerera andra varumärken, vilket hade medfört att Sandå hade offererat ett lägre pris. Det är endast i undantagssituationer tillåtet att hänvisa till varumärken eller liknande. Det ska i princip vara helt omöjligt för den upphandlande myndigheten att annars på ett tillräckligt preciserat sätt beskriva föremålet för upphandlingen. I det här fallet har hänvisningen till varumärken inte behövts för att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt. Tvärtom har det, utan större besvär, gått att beskriva kvalitetskrav eller liknande för de olika relevanta produkterna utan att hänvisa till varumärken. Förfrågningsunderlaget har således utformats i strid med 6 kap. 4 § LOU. Det föreligger därför en presumtion för att Sandå har lidit eller kunnat lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU. Det är Växjöbestäder som har bevisbördan för att det föreligger en sådan undantagssituation som regleras i 6 kap. 4 § LOU.

Växjöbostäder har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

Sandå är en av de leverantörer som för närvarande har ett ramavtal med Växjöbostäder. Under denna avtalstid har det inte varit några problem för Sandå att leverera tapeter och annat material på samma premisser som gäller för den nu aktuella upphandlingen. Det är märkligt att Sandå nu plötsligen upplever sig förfördelade och felaktigt behandlade. Av den tekniska beskrivningen framgår uttryckligen att de däri angivna tapeterna endast är exempel som kan bytas ut mot andra likvärdiga modeller. Sandå har inte varit förhindrat att lämna anbud på det sätt som bolaget funnit lämpligt. Det följer av 6 kap. 4 § LOU att bestämmelsen enbart är tillämplig om ett visst eller vissa företag gynnas eller missgynnas. Varken Sandå eller någon annan leverantör har gynnats eller missgynnats, varför skäl för ingripande med stöd av LOU saknas. Växjöbostäder har inte brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna, varför Sandås begäran om överprövning ska lämnas utan bifall.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget punkten AFD.1523 under rubriken "Tillval" anges följande. "Hyresgästen ska ges möjlighet att välja alternativa tapeter och kulörer efter godkännande av Växjöbostäder. Kostnader för tillvalen administreras och överenskommes direkt mellan entreprenör och hyresgäst. Hyresgästen betalar kostnaden för tillval direkt till entreprenören."

I den till förfrågningsunderlaget bifogade tekniska beskrivningen i punkten LCS under rubriken "förteckning över beställarens färg- och tapetval" anges följande. "De nedan redovisade färgerna och tapeterna är endast exempel, som kan bytas ut mot likvärdiga i samråd med beställaren. Samtliga namngivna tapetkataloger eller likvärdiga i antal och variation skall ingå i valmöjligheterna för Växjöbostäders hyresgäster.

Tapeter:

Papperstapeter

Borosan, Decormama, Fioton 5, Fioton living

Non-wowen

Borosan, Decorama, Fioton"

Växjöbostäder har anfört att det av den tekniska beskrivningen uttryckligen framgår att de däri angivna tapeterna endast är exempel som kan bytas ut mot andra likvärdiga modeller och att Sandå således inte har varit förhindrat att lämna anbud på det sätt som bolaget funnit lämpligt. Växjöbostäder har vidare gjort gällande att bestämmelsen i 6 kap. 4 § första stycket LOU inte är tillämplig eftersom att inget företag gynnats eller missgynnats till följd av att bolaget hänvisat till tapeter av ett visst varumärke som ett exempel på efterfrågade produkter.

Sandå har i sin tur anfört att Växjöbostäders varumärkeshänvisning hindrat bolaget från att delta med sin fulla konkurrensmässiga potential, på så vis att

bolaget hindrats från att använda hela sitt utbud av produkter och underleverantörer för att därigenom kunna offerera ett lägre pris.

Förvaltningsrätten finner att Växjöbostäder genom att ange specifika produkter av varumärket Borosan, som exempel på de produkter vilka anbudsgivarna ska offerera, angett en sådan teknisk specifikation som avses i 6 kap. 4 § LOU (Jfr EU-domstolens avgörande i mål C-368/10, punkten 61).

Av 6 kap. 4 § första stycket LOU 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. I andra stycket anges dock att sådana uppgifter och hänvisningar får 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”.

I förevarande fall har hänvisning gjorts till specifika tapetmodeller av ett visst inom branschen förekommande varumärke. Det kan emellertid finnas märken som Växjöbostäder inte har hänvisat till och som används av vissa företag som därigenom missgynnas. Förvaltningsrätten anser därför att den aktuella specifikationen med hänvisning till ett varumärke missgynnar vissa företag (jfr Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2014, s. 246). Hänvisningen får därför endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU och bakomliggande direktivbestämmelse framgår att det endast i undantagssituationer kan vara tillåtet med hänvisning till ett visst varumärke. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning till visst varumärke

är inte att den upphandlande myndigheten, t.ex. på grund av kompetens- eller resursbrist, ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan istället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 13 juli 2012 i mål nr 1388-12). Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt, för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåten (Falk, a.a. s. 246).

Vid denna prövning bör avgörande betydelse fästas vid om det ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel är möjligt att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att anbudsgivaren kan utforma sitt anbud så att det motsvara myndighetens behov (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 13 juli 2012 i mål nr 1388-12 och Generaladvokatens yttrande i mål C-368/10).

Sandå har gjort gällande att hänvisningen till varumärket inte behövts för att beskriva föremålen tillräckligt preciserat och begripligt. Förvaltningsrätten finner att vad Sandå anfört sätter i fråga om Växjöbostäders produktbeskrivning kan anses ha angetts tillräckligt preciserat och begripligt genom en specifikation som består i en hänvisning till tapetmodeller av ett visst varumärke. Det åligger Växjöbostäder att visa att det föreligger en sådan undantagssituation som motiverar en specifikation i form av en hänvisning till ett visst varumärke.

Förvaltningsrätten noterar att Växjöbostäder inte har gjort gällande att det inte varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till specifika tapetmodeller av ett visst varumärke. Vid dessa förhållanden finner förvaltningsrätten att det inte är fråga om en sådan undantagssituation som gör det tillåtet att hänvisa till ett varumärke. Den omständigheten att Växjöbostäder i förfrågningsunderlaget har angett att de redovisade färgerna och tapeterna endast är exempel som

kan bytas ut mot likvärdiga i samråd med beställaren föranleder ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten anser vidare att de efterfrågade produkterna, genom de hänvisningar som Växjöbostäder gjort till specifika tapetmodeller av ett visst varumärke, och ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel, inte är tillräckligt noggrant preciserade. Förfrågningsunderlaget har således utformats i strid med bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU.

En leverantör som rangordnats på andra, och inte första, plats vid tilldelning av ett ramavtal kan inte räkna med att få leverera varor i samma omfattning som den som har rangordnats på första plats (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 17 december 2009 i mål nr 3628-09). Eftersom förfrågningsunderlaget har utformats i strid med bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU föreligger en presumtion för att Sandå lidit eller kunnat lida skada. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Sandå har gjort sannolikt att bolaget riskerat att lida skada till följd av Växjöbostäders agerande. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska upphandlingen göras om. Ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109-1D-LOU)

Anders Poulsen
rådman

Föredragande: Ylva Nilsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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.