



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 31

**DOM**  
2016-03-30  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
21106-15

**SÖKANDE**

TD-Light Sweden AB, 556730-3697

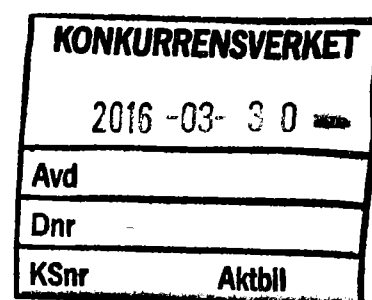
Ombud: Advokat Christoffer Stavenow och jur. kand. Hampus Stefansson  
Stavenow Partners  
Skeppsbron 40  
111 30 Stockholm

**MOTPART**

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798  
117 99 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår TD-Light Sweden AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut från den 30 september 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 674940

**Postadress**  
115 76 Stockholm

**Besöksadress**  
Tegeluddsvägen 1

**Telefon**  
08-561 680 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**  
08-561 680 01

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:30

### **BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför, som öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av ramavtal avseende ljuskällor 2015 (dnr 10270).

TD-Light Sweden AB (TD-Light) har, vid en tidpunkt när inget tilldelningsbeslut var fattat, sökt överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten har, efter intermistiskt yrkande från TD-Light, i beslut meddelat den 30 september 2015 och självrättat den 5 oktober 2015 förordnat att SKI inte får ingå avtal i upphandlingen av innan förvaltningsrätten beslutat annat eller avgjort målet.

SKI har sedermera meddelat tilldelningsbeslut genom vilket Aura Light AB tilldelats ramavtal. Aura Light AB har, utan att inbjudas till detta, gett in en inlaga i målet jämte parternas inlagor.

### **PARTERNAS TALAN**

*TD-Light* anför bl.a. följande.

#### **Tillåtna krav på standarder**

I förfrågningsunderlaget har SKI ställt otillåtna krav på standarder i varukorgen utan möjligheter för anbudsgivaren att offerera likvärdiga lösningar. Till exempel är det ett krav att anbudsgivarna ska ha lysrör enligt standarder som bygger på kvicksilverteknik. Dessa gamla standarder påverkas av nya lagbestämmelser om miljövänliga produkter och håller på att utgå ur tillverkarnas sortiment. TD-Lights miljövänliga men likvärdiga lösningar kan ersätta samtliga produkter i upphandlingen. När en standard anges i de tek-

niska specifikationerna för att ange upphandlingsföremålet ska den upphandlande myndigheten, enligt 6 kap. 5 § LOU, acceptera likvärdiga lösningar om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att föreslagna lösningar på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna. SKI har genom *Frågor och svar* angett att det endast är de aktuella standarderna som får offereras. En benämning som "fullfärgslysrör T8 830" utgör inte enbart prestanda och funktionskrav. Om det inte är standarder som avses får det förutsättas att det är en typ av produkt. Det saknar betydelse vilken karaktär benämningarna för avsedda produkter har, så länge det finns likvärdiga lösningar på marknaden som också uppfyller samma syften som de efterfrågade produkterna. Under sådana förutsättningar ska också likvärdiga lösningar accepteras. Oavsett hur produktbenämningarna ska tolkas ska antingen orden "eller likvärdigt" anges, alternativt ska likvärdiga tekniska lösningar accepteras enligt 6 kap. 5 § LOU. Att inte ta med orden "eller likvärdigt" efter respektive produktbenämning/standard eller typ av produkt gör att upphandlingen strider mot LOU, jfr EU-domstolens avgörande C-359/93, *Unix*, där ett visst operativsystem krävdes utan att ange orden "eller likvärdigt". TD-Light kan inte tolka in att ett undantag till 6 kap. 2 § LOU omfattar s.k. EN-standarder.

TD-Light erbjuder s.k. retrofit LED-lysrör som är anpassade till befintlig armatur utan att man behöver bygga om denna. Röret ska vara CE-märkt och ha samma egenskaper som ett traditionellt gasfyllt lysrör och levereras med egen säker glimtändare. TD-Lights S-märkning visar att produkten är elsäker och att ingen elektromagnetisk strålning förekommer som kan påverka känslig utrustning, exempelvis på sjukhus där produkterna redan i dag installeras. TD-Lights produkter fungerar i alla armaturer utom de med elektronisk drossel (HF-don) där en enkel justering måste ske. Det är överdrivet att kalla detta för ombyggnad, eftersom det i princip endast handlar om att koppla förbi och bort drivdonet ur denna armaturtyp för att det ska fungera med ett LED-lysrör. Den insatsen skulle sparas in under de många

gångar ett traditionellt lysrör hade behövt bytas under tiden som LED-lysörret brunnit.

Lampor har oavsett teknisk lösning ett och samma syfte, nämligen att ge ett visst ljussken från en viss armatur. Kvicksilverlysörer kan ersättas av LED-lysörer vilka har lysdioder utan miljöfarliga ämnen och dessutom är mindre känsliga för damm och fukt. Den likvärdiga motsvarigheten till fullfärgslysörer T8 830 rörande LED-lysörer är t.ex. 3000 Kelvin (varmvit) som finns med olika ljusstyrka, och fullfärgslysörer T8 840 motsvaras av 4000 Kelvin (dagsljus) som också finns i olika ljusstyrka. LED-lysörerna finns även i olika färgtemperaturer från 2700 Kelvin (glödljus, varm), 3000 Kelvin (varmvit), över 4000 Kelvin (dagsljus) och upp till 5700 Kelvin (blåvitt ljus). LED-lysörer med 6500 Kelvin kan erbjudas. TD-Light har tillgång till fler underleverantörer än det som framgår av företagets hemsida och kan leverera produkter så som bl.a. lysörer enligt T5 men med LED-teknik. Att ny LED-teknik inte skulle motsvara den traditionella tekniken är ett felaktigt påstående. Även om inte samtliga produkter kan anses likvärdiga har TD-Light missgynnats av upphandlingens utformning, som riktar sig till leverantörer av gammal teknik. Genom att inte tillåta likvärdiga lösningar strider förfrågningsunderlaget mot 6 kap. 5 § LOU.

#### **Ramavtalet begränsar konkurrensen**

Kravet på en varukorg med det innehåll som SKI anger i förfrågningsunderlaget är konkurrensbegränsande, eftersom det rör sig om ett rikstäckande ramavtal omfattande hela den offentliga sektorns kommuner och landsting. Det absoluta flertalet små och medelstora kommuner använder sig av de nationella ramavtalen, vilket gör att upphandlingen i onödan utesluter mindre leverantörer av ljuskällor. I och med att gruppen leverantörer av miljövänliga ljuskällor är förhindrade att delta i upphandlingen på grund av sammanläggningen i en varukorg begränsas konkurrensen. Detta sker helt i onödan

eftersom TD-Light kan tillhandahålla likvärdiga lösningar i form av miljövänliga ljuskällor som täcker de produkter som kommer att avropas från ramavtalet. TD-Light kan ersätta traditionell belysning med LED-produkter utan att göra någon åverkan på armaturen, som behåller sin ursprungliga CE-märkning medan tillverkaren ansvarar för ljuskällan. Den negativa effekten av varukorgens sammanslagning är påtaglig för TD-Light. Det beräknade kontraktsvärdet för ljuskällor under avtalstiden uppgår enligt SKI till cirka 44 miljoner kr under de fyra år ramavtalet kan gälla. Enligt undersökningar av Kammarkollegiet kan antalet anbudsgivare i en upphandling mer än fördubblas genom att upphandlingar delas upp i olika delkontrakt. Konsekvensen av SKI:s förfarande blir ett dåligt utnyttjande av skattemedel på grund av högre priser och höga driftskostnader eftersom gammal teknik premieras.

I generalklausulen i artikel 32.2 femte stycket i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG (EU-direktivet) anges att ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Enligt TD-Lights tolkning av Konkurrensverkets yttrande av den 30 maj 2012, dnr 285/201, kan generalklausulen ges direkt effekt vid en domstolsbedömning, även om de enskilda rekvisiten för direkt effekt inte diskuteras. Hänvisningen till Konkurrensverkets yttrande är avsedd att understryka att domstolen, under särskilda omständigheter, kan ge generalklausulen direkt effekt med anledning av att den inte är intagen i LOU och eftersom det saknas bestämmelser i lagen som kan tolkas i enlighet med generalklausulens ordalydelse och syfte. Problematiken med konkurrensbegränsande avtal diskuteras också i propositionen till nuvarande lagstiftning med hänvisning till direktivets artikel 32.2, se prop. 2006/07:128 s. 172. Att använda ramavtal på ett konkurrensbegränsande sätt strider enligt Konkurrensverket även mot lika-behandlings- och proportionalitetsprincipen. SKI upphandlar fem regioner, och fem anbudsgivare kan teoretiskt sett teckna ramavtal. Tyvärr får ett skattekrav på att tillhandahålla gammal teknik i varukorgen inte en mindre konkurrensbegränsande effekt inom en upphandling av ljuskällor. Detta beror på att

bara ett fåtal leverantörer med ett stort gammalt sortiment i lager kan lämna anbud. Dessa kommer sannolikt att lämna anbud inom alla fem ramavtalsområden. Transporter är inte den stora kostnaden och det finns ingen egentlig vinst med en geografisk indelning. Det finns inga krav på regionala lager eller kontor. En mindre konkurrensbegränsande åtgärd hade varit att dela upp upphandlingen på olika varukategorier av ljuskällor istället för en uppdelning i geografiska områden. En sådan uppdelning skulle öppna marknaden för konkurrens om de mest energibesparande och långsiktigt ekonomiskt fördelaktiga ljuskällorna i enlighet med den LCC-kalkyl som SKI använder i upphandlingen.

#### **Kravet på att tillhandahålla alla varor i varukorgen är oproportionerligt**

Kravet innebär att anbudsgivarna måste offerera lysrör med gammal och miljöfarlig teknik baserad på kvicksilver som kan ersättas med nya miljövänliga lysrörprodukter med lika bra eller bättre prestanda än som krävs i upphandlingen, och dessutom offerera fyra marginella ljuskällor som kunde ha utgjort en egen varukorg. Risken är att leverantörer av viktiga miljöinnovationer inte kan överleva när SKI i onödan utesluter dessa företag från att delta i en så stor och rikstäckande upphandling. Primärt omfattar upphandlingen behovet av lysrör i olika storlekar (cirka 95 procent av upphandlingens värde). Ett mindre ingripande alternativ hade varit att möjliggöra anbudsgivning på enbart ett miljövänligt sortiment enligt moderna standarder och ett tillåtande av likvärdiga lösningar. TD-Light har endast miljövänliga produkter i sitt sortiment och kan därför inte lämna anbud enligt gamla standarder som t.ex. bygger på kvicksilverteknik. Ljuskällor är en viktig aspekt för att Sverige ska kunna uppnå sina nationella åtaganden gentemot EU att minska koldioxidutsläppen. För att uppnå miljömålen finns ett antal miljömässiga principer som det allmänna ska hålla sig till, t.ex. substitutionsprincipen som i svensk lag kommit till uttryck i produktvalsprincipen i 2 kap. 4 § miljöbalken. Upphandlingsmyndigheten anger att

upphandling är ett viktigt styrmedel för att nå samhällspolitiska mål, och att det bidrar till hållbar utveckling och till uppnående av de nationella miljö-kvalitetsmålen att ta miljöhänsyn och social hänsyn i den offentliga upphandlingen. Kvicksilver är ett av de farligaste miljöhoten mot både människors hälsa och miljön. En teskeds mängd kvicksilver kan döda allt liv i en medelstor sjö. Kvicksilver kan inte brytas ned av naturen. TD-Lights likvärdiga lösningar har dessutom lång hållbarhet, vilket minskar ljuskällornas underhållkostnader och bytesintervall. Upphandlande myndigheter som TD-Light varit i kontakt med har visat stort intresse för ny och miljövänlig teknik inom lysrör, men vill inte genomföra egna upphandlingar av dessa utan inväntar SKI:s ramavtalsupphandling. Det finns beräkningar att den offentliga sektorn kan minska elkostnaden med 80–90 procent med modernare belysningsteknik. Besparingspotentialen i skolorna uppgår till nästan 350 miljoner kr vilket motsvarar cirka 1000 lärartjänster. Genom att byta ut samtliga landstingens cirka 3 100 000 lysrör mot LED-lysror skulle en samlad besparing på cirka 73 321 ton koldioxid kunna göras per år. Eftersom kravet på fullt sortiment diskriminerar små och medelstora företag i belysningsbranschen kan det ifrågasättas om kravet på att tillhandahålla alla varor i varukorgen är proportionerligt i förhållande till 1 kap. 9 § LOU. Vid en sådan bedömning ska det prövas om kravet är rimligt och ändamålsenligt och därigenom tillåtet att ställa i en rikstäckande ramavtalsupphandling. Det är anmärkningsvärt att SKI genomför en upphandling som aktivt motverkar möjligheten för offentlig sektor att byta ut gammal och miljöfarlig teknik mot nya, giffria och energibesparande produkter.

#### **TD-Light har lidit skada**

På grund av kraven i upphandlingen och att likvärdiga produkter inte tillåts erbjudas har TD-Light inte kunnat lämna anbud i upphandlingen. TD-Light har därmed lidit skada. Utformningen av upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § och 6 kap. 5 § LOU. Skäl för ingripande från förvaltningsrätten före-

ligger alltså. Felet härrör till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om.

SKI anför bl.a. följande.

### **Upphandlingen hänvisar inte till standarder**

Angivandet av olika sorters ljuskällor i varukorgen innebär inte en hänvisning till standarder, eller ens tekniska specifikationer. Det förefaller som om TD-Light med hänvisningen till "standarder" avser något annat än standarder enligt LOU. SKI tolkar TD-Lights argumentation som att det som avses egentligen är de olika artiklar SKI efterfrågar i varukorgen. Termen "standarder" har inte heller varit aktualiserad i de frågor och svar som TD-Light hänvisar till. I fall angivandet av olika ljuskällor i varukorgen ändå anses utgöra tekniska specifikationer – vilket SKI bestrider – är det uppenbarligen fråga om funktionskrav enligt 6 kap. 3 § LOU. Valet av ljuskälla sker utifrån funktion och säkerhet i de armaturer som de upphandlande myndigheternas behov avser. Den armatur som ljuskällan köps för ska vara anpassad till den ljuskällan och vice versa. Situationen är en annan än i Unix-fallet där upphandlande myndighet hade hänvisat till ett visst varumärke. Att ange ljuskällor av olika slag är inte diskriminerande och hänvisar inte till visst varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning. Angivandet behöver därför inte enligt 6 kap. 4 § LOU följas av orden "eller likvärdigt". Det krävs inte att likvärdiga lösningar tillåts när hänvisningarna är till europeiska EN-standarder, jfr 6 kap. 2 § LOU.

### **TD-Lights lysrör är inte likvärdiga vanliga lysrör**

Olika ljuskällor är inte likvärdiga eller sinsemellan utbytbara. Det finns särskilda tveksamheter gällande just användandet av LED-lysrör i gamla lysrörsarmaturer. Risker kan uppstå gällande elsäkerhet och elektromagnetiska



störningar. SKI:s definition av upphandlingsföremålet lämnar utrymme för alternativa lösningar. Det finns ett stort antal producenter som erbjuder olika produkter som uppfyller kraven, men med sinsemellan olika egenskaper. Genom den öppna definitionen och utvärderingsmodellen med livscykelkostnad har nyare teknik, i form av exempelvis long life- och eco-lysrör, kunnat konkurrera på lika villkor med billigare standardlysrör.

Det kan inte följa av LOU att upphandlande myndigheter har en skyldighet att upphandla just LED-lampor. Upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för sina upphandlingar. I denna frihet ligger en möjlighet att upphandla ramavtal omfattande olika typer av ljuskällor som ska levereras av en och samma leverantör. Genom den av SKI valda ramavtalskonstruktionen kan varje upphandlande myndighet fatta beslut om vilka lampor de vill ha. Upphandlingsmyndigheten rekommenderar olika krav på energieffektivitet, livslängd m.m. beroende på vilken typ av ljuskälla som ska upphandlas, se KravID 10738 och 10739 via myndighetens hemsida, och inte generella krav för ljuskällor som sedan får uppfyllas av den typ av ljuskälla som leverantören erbjuder.

Ramavtalet kommer att användas både för större köp, t.ex. vid utbyte av samtliga ljuskällor i en lokal, och för utbyte av endast trasiga eller förbrukade ljuskällor. Olika ljuskällor lyser olika. Om ett lysrör av flera i en lokal byts ut mot ett LED-lysrör kommer denna inte att avge ett identiskt ljussken som övriga lampor i lokalen. Det inverkar negativt på arbetsmiljön. Problem kan uppstå med ljuskvaliteten på grund av att avropande myndighetens befintliga lysrörsarmaturer är designade för att fungera optimalt ihop med just ett slags lysrör som har en specifik ljusspridning. Många upphandlande myndigheter är i nuläget tveksamma till att köpa LED-lysrör. En övergång från traditionella lysrör till LED är endast lämplig när alla ljuskällor i en lokal ska bytas ut.

Allmänt är de produkter som TD-Light anger i yttrande till förvaltningsrätten mycket svåra att kontrollera. Artikelnummer har genomgående inte angetts och produkterna finns inte på TD-Lights hemsida, där endast TD-Lights eget lysrör StingyLight anges. Av produktbladet framgår att TD-Light på position 6 inte erbjuder färgtemperaturen 6500 Kelvin, vilket är ett krav. För positionerna 22–25 krävs lumenvärden om 4500 respektive 5000, och där har TD-Light erbjudit det egna lysröret StingyLight som enligt produktbladet har ett Lumenvärde om högst 3500, vilket uppenbarligen inte är en likvärdig produkt. För positionerna 8–10 och 29–30 där SKI krävt Lumenvärden mellan 4800 och 5200 erbjuds, av TD-Light, Valtavalo G3+ med som mest 3190 Lumen; ändå gör TD-Light gällande likvärdighet.

Enligt produktbladet för StingyLight passar produkten inte för armaturer med elektroniska HF-don. Sådana är vanliga, framför allt gällande T5-armaturer, och medför att ljusstyrkan kan regleras. Därmed kan TD-Lights produkter inte användas i alla situationer där traditionella lysrör kan användas. Att installera lysrör som inte är anpassade för HF-don i sådana armaturer är inte helt säkert. Det kan inte förutsättas att beställare har sådan kunskap om sina armaturer att de vet om dessa har HF-don eller inte. Traditionella lysrör kan användas med såväl magnetiska don som HF-don. Varje upphandlande myndighet måste få göra sin egen riskbedömning. Vidare har TD-Light produkter med sämre prestanda än traditionella lysrör, eftersom de inte kan dimmas.

För att ytterligare tydliggöra orimligheten med den modell som förespråkas av TD-Light, bifogas examensarbetet ”Modernisering av lysrörsbelysning med LED” av Göran Åhling vid Chalmers tekniska högskola (2015). Åhling är generellt sett positiv till den typ av lösning som TD-Light erbjuder, med ”retrofit-lysror”. Det är emellertid tydligt att olika ljuskällor lämpar sig bäst för olika behov och att mycket grundliga utredningar måste göras av förutsättningarna för den enskilda lokalen och armaturen innan retrofit-lysror installeras. Åhling utgår från att LED-lysror inte kan användas i armaturer

med HF-don. För att använda dem i armaturer med elektromagnetiska don – den enda typ av system som TD Lights produkt lämpar sig för – är en första förutsättning att armaturen har en utbytbar glimtändare. Vidare måste undersökas om armaturen har lika många drivdon som lysrör samt om armaturen har HF-don; dessa undersökningar är inte helt okomplicerade. I nästa steg måste reflektorn undersökas, eftersom det är möjligt att armaturen förutsätter den 360-gradiga belysning som traditionella lysrör avger. Slutligen menar Åhling att den belysta ytan samt lokalens utformning, temperatur och fuktighet bör beaktas. Åhlings utredning visar att LED-lysrör inte kan användas för att ersätta traditionella lysrör. Förutom att de lyser olika krävs det en grundlig analys för att utreda om LED-lysrör över huvud taget kan användas och därefter återstår frågan om det är lämpligt att de används.

#### **En uppdelning av ramavtalet skulle vara olämplig**

SKI har för den nu aktuella upphandlingen genomfört en gedigen förstudie där de avropsberättigade aktörernas behov kartlagts. En central synpunkt som inkommit är att de avropsberättigade aktörerna velat få en leverantör av sina ljuskällor. Det vore mycket omständligt att i exempelvis en kommun ha en ordning där lampor ska köpas från fem olika leverantörer beroende på vilken typ av lampor som ska köpas, särskilt som köp av lampor inte sällan sker ”långt ute” i de olika verksamheterna snarare än centralt. Det skulle med ett uppdelat ramavtal inte gå att samla inköp av lampor till vissa tillfällen för att spara administration och transporter. Det nu upphandlande ramavtalet utgår från det som i nuläget efterfrågas av de avropsberättigade upphandlande myndigheterna. Eftersom ramavtalen är icke-förpliktande för de avropsberättigade aktörerna kan SKI inte driva ett teknikskifte framåt annat än om det efterfrågas av inköpscentralens ägare och kunder.

Huruvida en uppdelning av upphandlingen i flera produktgrupper skulle gynna konkurrensen är enligt SKI:s mening inte relevant för prövningen av målet. Vad som ska prövas är om SKI bröt mot LOU genom att inte dela upp upphandlingen i fler produktgrupper.

#### **Generalklausulen har inte direkt effekt**

Generalklausulen i 32.2 femte stycket i EU-direktivet nämns inte i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen, och kan inte utgöra grund för en domstols ingripande i en upphandling enligt 16 kap. 6 § LOU. SKI delar inte TD-Lights bedömning att generalklausulen har direkt effekt och kan tillämpas av förvaltningsrätten. För direkt effekt krävs att det av regelns ordalydelse klart ska gå att utläsa en rättighet; det bör inte finnas några tveksamma eller vaga ord utan det ska vara uppenbart att regeln uttryckligen ger en eller flera rättigheter för enskilda. SKI kan inte se att generalklausulen innebär några rättigheter för enskilda. Vidare innehåller den i princip endast sådana vaga rekvisit som kan bli föremål för bedömning. I det nya direktivet 2014/24/EU (nya EU-direktivet) finns den aktuella direktivskrivelsen inte längre med, utan motsvarande skrivning utgör endast skältext. Även detta måste beaktas. Om EU-lagstiftarens avsikt eftersöks är det uppenbart att avsikten inte kan vara att generalklausulen ska kunna åberopas i de nationella domstolarna.

#### **TD-Light har inte lidit skada**

Det är tydligt att TD-Light inte kunnat lida skada av eventuella överträdelser av LOU eftersom LED-ljuskällor inte kan användas som likvärdiga substitut för de efterfrågade positionerna i varukorgen. För att TD-Light ska kunna lida skada av det påstådda upphandlingsfelet gällande de tekniska specifikationerna krävs att TD-Light skulle kunna erbjuda hela SKI:s efterfrågade sortiment med motsvarande likvärdiga LED-lysrör, vilket SKI bestrider. En

hypotetisk upphandling där SKI hade angett "eller likvärdigt" efter alla artiklar skulle inte ha inneburit att LED-lysrör kunnat erbjudas, eftersom dessa inte är likvärdiga. Om en upphandlande myndighet konkurrensutsätter LED-lysrör och traditionella lysrör mot varandra kommer de traditionella lysrören, som kostar en bråkdel av vad LED-lysrören kostar, att avgå med segern.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Förvaltningsrättens prövningsram

En överprövning av en offentlig upphandling är, till skillnad från de flesta andra mål som en förvaltningsrätt har att pröva, en laglighetsprövning som inte innefattar någon lämplighetsprövning. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU, se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 5. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet, men kraven som myndigheten ställer får inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och de måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten, se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78.

Frågan om miljökrav i offentlig upphandling diskuteras utförligt i boken *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling* av Stavenow/Stenström (Jure 2013). Författarna framhåller (s. 9) att upphandlande myndigheter "bör" välja att påverka marknaden vid upphandling genom att ta miljöhänsyn, men det anges inte att upphandlande myndigheter i annat fall bryter mot LOU på sätt som kan föranleda ingripande från förvaltningsrättens sida. Författarna gör också (s. 41 ff.) en översikt över EU-domstolens praxis. De konstaterar härvid bl.a. att upphandlande myndigheter får ställa miljökrav som är i linje med EU:s miljöskyddsändamål och som då kan gå före den

fria rörligheten (C-379/98 *Preussen Elektra*), att dessa krav dock måste vara möjliga att kontrollera och ha samband med kontraktets föremål (C-448/01 *Wienstrom*) samt att det inte strider mot likabehandlingsprincipen att ha miljörelaterade tilldelningskriterier som endast ett fåtal företag kan uppfylla (C-513/99 *Concordia*). Det följer dock inte av de refererade avgörandena att en upphandlande myndighet bryter mot någon princip som LOU bygger på genom att *inte* ställa vissa miljökrav. Författarna drar (s. 46) slutsatsen att "EU-domstolens rättspraxis har varit vägledande för utvecklingen av möjligheten att ta miljö- och sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling", men det som slutleds är alltså en möjlighet och inte en skyldighet. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att den inte kan pröva huruvida det varit lämpligt att SKI skulle ställa hårdare miljökrav än de som faktiskt ställts (t.ex. krav på miljöledningssystem i förfrågningsunderlagets punkt 3.6 och på uppfyllande av krav i EU:s ekodesignförordning och -direktiv i punkten 4.2.3).

#### **Funktionskrav eller standarder**

Båda parter har hänvisat till Unix-domen. I målet hade en myndighet i Nederländerna, som upphandlade en station för meteorologiskt arbete, ställt som krav att operativsystemet Unix skulle användas. Det angavs inte "eller likvärdigt" och Unix var ostridigt inte ett standardiserat system utan ett bestämt märke. Detta stred enligt EU-domstolen mot gemenskapsrätten eftersom det kunde hindra anbud från företag som använder andra motsvarande system, hindra importflödet inom EU samt favorisera dem som använder Unix-systemet. Liknande slutsatser har dragits i kammarrättspraxis. Kammarrätterna har med stöd av 6 kap. 4 § LOU konstaterat att det är svårt att tänka sig en situation när ett krav på ett specifikt varumärke varken gynnar eller missgynnar vissa företag samt att detta är endast tillåtet i undantagssituationer när sådan hänvisning är enda möjliga sättet att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt: se Kammarrätten i Göte-

borgs dom den 30 september 2010, mål nr 2193-10, som gällde audiovisuella projektorer; Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011, mål nr 1903—1913-11, som gällde bl.a. rengöringsmedel och städartiklar; Kammarrätten i Stockholms dom den 9 november 2012, mål nr 5037-12, som gällde IT-kringutrustning. Kriterierna för att få ställa krav på varumärken ansågs av kammarrätterna inte vara uppfyllda i fallet med projektorerna eller i fallet med IT-kringutrustning.

Det sistnämnda fallet måste dock tydligt distingeras från Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 maj 2010, mål nr 1001-10, där det också upphandlades datoriserad utrustning, men där det ifrågasatta kravet var att det offererade systemet skulle kommunicera med upphandlande kommuns befintliga datorsystem av visst fabrikat. Ett sådant krav var enligt kammarrätten berättigat att ställa, och det kan enligt förvaltningsrättens mening här dras vissa paralleller med SKI:s krav att leverantören ska offerera de lampor som passar i armaturer som de avropande kommunerna har i sina lokaler (även om den avropande kommun som vill byta ut alla armaturer – t.ex. mot mer miljövänlig standard – givetvis har denna valmöjlighet också).

Om det däremot är lätt att anpassa den befintliga utrustningen till det som en anbudsgivare vill erbjuda kan bedömningen bli en annan, se Kammarrätten i Stockholms dom den 22 oktober 2014, mål nr 3560-14, som gällde avrop av multifunktionsskrivare efter förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal. Även om det skulle ta avropande myndighet 36 timmar att installera en ny drivrutin är detta en mindre olägenhet än den konkurrensbegränsning som orsakades av avropande myndighets krav i syfte att slippa en sådan arbetsinsats, menade kammarrätten och beslutade att den förnyade konkurrensutsättningen skulle göras om. En viktig skillnad gentemot förevarande mål, där det är själva ramavtalet som upphandlas är emellertid att de arbetsinsatser som SKI ingående beskriver, med stöd av Göran Åhlings examensuppsats från Chalmers, inte skulle behöva göras endast av en upphandlande

myndighet utan av många avropande kommuner och landsting. Dessa kan om arbetsinsatsen uppfattas som för svår eller tidsödande välja att upphandla på egen hand istället för att använda sig av ramavtalet, men om många gör så har syftet förfelats med SKI:s ramavtalsupphandling vilket är att bespara kommuner och landsting bördan att själva genomföra upphandlingsförfaranden.

Kommuner och landsting kan förväntas vilja avropa lysrör och lampor till armaturer som redan är installerade i lokalen. SKI hänvisar till Upphandlingsmyndighetens KravID 10738 *Ljuskällors energieffektivitet* och KravID 10739 *Ljuskällors livlängd*. Så som framhålls av SKI rekommenderar Upphandlingsmyndigheten olika standarder för olika ljuskällor, t.ex. raka lysrör med HF-drift, raka lysrör med elektromagnetiskt don, cirkellysrör, halogenlampor, rundstrålande LED-lampor och LED-lampor med reflektor. Ett brett sortiment, snarare än ett smalare men mer miljövänligt, strider alltså inte mot Upphandlingsmyndighetens rekommendationer. Detta signalerar enligt förvaltningsrättens mening att det kan vara berättigat att SKI efterfrågar en ramavtalsleverantör som har hela sortimentet och inte bara har det sortiment som den mest miljövänliga leverantören erbjuder.

Krav på standarder som inte är kopplade till varumärken kan i vissa fall ifrågasättas om de utestänger en produkt som i funktionshänseende är i vart fall likvärdig med de andra produkterna på marknaden, jfr kammarrättens mening i det tidigare nämnda avgörandet RÅ 2010 ref. 78, där Högsta förvaltningsdomstolen dock godtog kravet med hänsyn till upphandlande myndighets frihet, samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 14 januari 2015, mål nr 2358-14, som gällde konstgräsmatta och där upphandlande kommun krävt visst framställningssätt. I sistnämnda fall ansågs kravet strida mot 6 kap. 4 § LOU och kammarrätten ansåg att det var belastande för den upphandlande myndigheten att kravet verkade sakna koppling till konstgräsmattans prestanda och funktion.



De krav som SKI har ställt kan enligt förvaltningsrättens mening betraktas antingen som funktionskrav eller som krav på att lampor och lysrör ska vara "kommunicerbara" med vissa armaturer, dvs. det ska gå lätt för de avropande myndigheterna att skruva i dessa. Om detta inte går lätt är, enligt förvaltningsrättens mening, de offererade lamporna eller lysrören inte likvärdiga med erbjudna lampor eller lysrör som är lätta att använda i avroparens armaturer. Kraven är enligt förvaltningsrättens uppfattning tillåtna i sig och strider inte mot 6 kap. 4 § LOU, förutsatt att de är proportionerliga, vilket är nästa fråga i målet.

### **Proportionalitetsprincipen**

Proportionalitetsprincipen anges i 1 kap. 9 § LOU. Den innebär att kraven ska ha naturligt samband med det behov som ska täckas och stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas, se prop. 2006/07:128 s. 132 och 155.

I dom av Kammarrätten i Göteborg den 1 mars 2012, mål nr 9636-11, dom av Kammarrätten i Sundsvall den 5 juli 2012, mål nr 1106-12, samt dom av Kammarrätten i Stockholm den 28 februari 2014, mål nr 5832-13, utvecklas proportionalitetsprincipens innebörd med stöd av EU-rätten och kammarrätterna anger sammanfattningsvis följande. En bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg varav det andra är det som framträder tydligast i EU-domstolens praxis. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ, vilket det åligger den upphandlande myndigheten att visa. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det ef-

tersträvade syftet. Reglerna ska tolkas i funktionella termer där den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen ska bedömas.

Förvaltningsrätten anser, eftersom kommuner och landsting vill kunna ha tillgång till hela sortimentet samtidigt, att kravet på full varukorg i punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget är lämpligt och effektivt, samt att sannolikt inget mindre ingripande alternativ finns. (I dom av Kammarrätten i Jönköping den 17 februari 2014, mål nr 2063-13, ansågs det inte strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud som saknade mindre än en procent av de efterfrågade produkterna när det i förfrågningsunderlaget fanns krav att erbjuda samtliga efterfrågade produkter.)

I bedömningen av proportionalitet är alltså steg 1 och steg 2 uppfyllda. Avseende steg 3 måste emellertid beaktas att det faktum, att det är fråga om ett rikstäckande ramavtal gör att de negativa effekterna med avseende på konkurrensbegränsning kan bli större än vid en upphandling som inte avser ramavtal. Det avslutande steget i proportionalitetsbedömningen kan därför inte frikopplas från de rättskällor som TD-Light åberopat till stöd för att SKI:s upphandling har en otillåten konkurrensbegränsande effekt. Detta är den sista frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till.

#### **Artikel 32.2 och eventuell konkurrensbegränsning genom ramavtal**

I EU-direktivets artikel 32.2 femte stycket anges att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Artikeln har inte förts in som en särskild bestämmelse i LOU. Av förarbeten till LOU (prop. 2006/07:128 s. 333 och 614) framgår att detta beror på att regeringen och Lagrådet anser att kraven i denna artikel i direktivet torde följa redan av de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Detta skulle implicera att om SKI inte brutit mot någon av principerna i 1 kap. 9 § LOU kan det inte hel-

ler finnas laglig grund för förvaltningsrätten att ingripa mot förevarande upphandlingen med stöd av artikel 32.2 femte stycket.

TD-Light anser emellertid att artikel 32.2 femte stycket kan ha EU-rättslig direkt effekt. I Bernitz/Kjellgren, *Europarättens grunder*, femte upplagan (2014), framhålls (s. 115 f.) att ett EU-direktiv enligt praxis kan ha direkt effekt när en medlemsstat försummat att implementera det korrekt, eftersom en annan ordning enligt EU-domstolen vore oförenlig med direktivets bindande rättverkan och skulle försvaga dess *effet utile* (mål nr 41/74, *Van Duyn*) samt att en medlemsstat inte ska kunna åberopa sin egen underlåtenhet att implementera direktivet (mål nr 148/78 *Publico Ministerio mot Ratti*). I en sådan situation kan det enskilda rättssubjektet (här TD-Light) åberopa det påstått försummade eller otillräckligt implementerade direktivet gentemot medlemsstaten, och enligt Bernitz/Kjellgren (s. 117) innefattar ”staten” här det allmänna i vid mening inbegripet kommunal förvaltning. Direkt effekt kan alltså i teorin åberopas mot SKI som kommunal och landstingskommunal inköpscentral.

Förvaltningsrätten anser dock inte att SKI anfört övertygande argument för att artikel 32.2 femte stycket i EU-direktivet, tvärtemot vad regeringen och Lagrådet ansett, är otillräckligt implementerad i LOU. Huruvida artikeln uppfyller de övriga nödvändiga förutsättningarna om klarhet och precision etc. som parterna argumenterar kring behöver förvaltningsrätten inte pröva, eftersom enligt förvaltningsrättens mening EU-direktivets artikel 32.2 femte stycket inte har införlivats otillräckligt i svensk lag och därmed inte kan ha sådan direkt effekt som kan föranleda ett ingripande när ingen överträdelse av LOU bedömts finnas. Kammarrätten i Stockholm ingrep i dom den 20 oktober 2011, mål nr 2733-11, mot en upphandling på grund av en direktivartikel som framstår som betydligt mer klar och precis än den som förevarande mål gäller. Att dessa egenskaper hos artikeln ens behövde prövas berodde dock på att Sverige implementerade de nya reglerna om avtalsspärr

för sent. Ingen motsvarande omständighet har förvaltningsrätten ansett föreligger i detta mål.

Det stämmer vidare som SKI anfört att artikel 32.2 femte stycke inte har någon motsvarighet i nya EU-direktivets artiklar om ramavtal (artikel 33) och centraliserad inköpsverksamhet och inköpscentraler (artikel 37), utan bara i beaktandesatsen i preambel nr 61. Detta har dock enligt förvaltningsrättens mening mindre relevans, eftersom fristen för nya EU-direktivets införlivande går ut först den 18 april 2016. I den mån direktivkonform tolkning ska göras så är det EU-direktivet från 2004 som är av relevans (jfr *Bernitz/Kjellgren* s. 124 f. och EU-domstolens avgörande 14/83, *von Colson* och C-212/04 *Adeneler*). Det är detta direktiv som gällande lag bygger på.

Frågan om ramavtal i ett visst fall medför konkurrensbegränsning i EU-direktivets mening har viss betydelse för tolkningen av 1 kap. 9 § LOU. Vad som med EU-direktivets ord är "otillbörlig" konkurrensbegränsning är dock svårt att fastställa objektivt. Lagstiftaren har resonerat kring detta i prop. 2006/07:128 s. 172 f.

Ramavtal kan även vara olämpliga vid upphandling av tjänster där uppdragstagarna har olika kompetens. Att upphandla arkitekttjänster för att tillgodose såväl behovet av arkitekter för byggnation som trädgårdsarkitekter genom ett och samma avtal är inte lämpligt. För att lösa detta kan upphandlingen delas upp i flera ramavtal med likartad kompetens i varje ramavtal eller genom en direktupphandling, om förutsättningarna härför är uppfyllda. En viktig utgångspunkt inför ett upphandlingsförfarande är således att den upphandlande myndigheten tar ställning till om upphandlingen lämpligen bör genomföras genom att använda ramavtal och – om ramavtal väljs – hur upphandlingen med ramavtal skall utformas så att konkurrensen inte påverkas negativt.

Detta framstår i ljuset av artikel 32.2 femte stycket EU-direktivet som ett hjälpmedel att tolka 1 kap. 9 § LOU. Det kan stämma till eftertanke om det ur denna synvinkel är lämpligt att så som SKI gjort kräva en varukorg med hela sortimentet, istället för att t.ex. ha en egen varukorg för miljövänliga

ljuskällor, som kommuner och landsting som vill gå i bräschen för en grön utveckling kan avropa från. Förvaltningsrätten anser ändå inte att SKI:s förfarande är jämförbart med det av regeringen lämnade exemplet att det i en upphandling av arkitekttjänster ställs kravet att både byggnads- och trädgårdsarkitekters tjänster ska kunna offereras av samma leverantör. I förevarande mål är endast fråga om en typ av produkter, nämligen ljuskällor. Det som skiljer dem åt i den del som kan vara relevant i målet är främst vilka armaturer de passar till, vilka material de är framställda av, hur länge de brinner och hur de kan inverka på energiförbrukning och miljö, inte vad de används till.

Även det tänkta arkitektexemplet beskrivs dock av regeringen endast som olämpligt, inte som olagligt. Så som framgått ovan har förvaltningsrätten ett ytterligt begränsat utrymme för att, vid sidan av prövningen av huruvida LOU överträts, göra en lämplighetsprövning av en offentlig upphandling. Förvaltningsrätten anser att inte heller när artikel 32.2 femte stycket EU-direktivet och förarbeten till LOU beaktas som tolkningshjälp för svensk lag, har det framkommit att SKI överträtt 1 kap. 9 § LOU genom att ställa ett oproportionerligt krav. Kravet på fullt sortiment är med dessa utgångspunkter inte heller diskriminerande, eftersom det ställs på alla anbudsgivare.

#### **Förvaltningsrättens slutsatser**

Förvaltningsrätten har funnit att SKI inte brutit mot 6 kap. LOU genom sina krav avseende funktionalitet, alternativt krav på att lampor och lysrör ska passa i armaturerna hos avropande kommuners och landsting utan att besvärliga åtgärder måste vidtas. Vidare har förvaltningsrätten bedömt att kravet på fullt sortiment är proportionerligt, även när de konkurrensbegränsande effekter som föreligger har beaktats. Någon prövning utöver detta, t.ex. vad som är lämpligast för Sveriges miljö, har förvaltningsrätten inte att göra inom ramen för detta mål. Det saknas alltså skäl för ingripande enligt LOU

och TD-Lights ansökan om överprövning ska avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut ska upphöra att gälla.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Anders Ahlgren

Rådman

David Munck 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.