



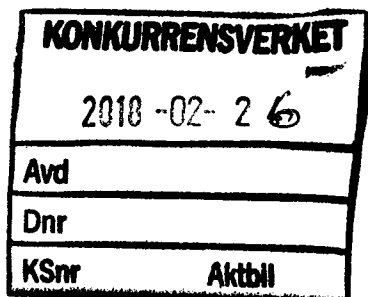
**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 3

DOM

2018-02-23

Meddelad i Göteborg

Mål nr 4889-17



KLAGANDE

AGA Gas AB, 556069-8119

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois

Hamilton Advokatbyrå KB

Box 715

101 33 Stockholm

MOTPART

Uddevalla kommun

451 81 Uddevalla

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 4 september 2017

i mål nr 774-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och bestämmer att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

AGA Gas AB yrkar i första hand att kammarrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Praxair Sverige AB och Strandmöllen AB förkastas. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför följande.

Dok.Id 408445

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00

E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

Såväl Praxair som Strandmöllen har tillåtits genomföra kompletteringar av sina anbud som står i strid med 9 kap. 8 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Om båda anbuden rätteligen hade förkastats hade det inte funnits några anbud som uppfyllt samtliga krav i upphandlingen och den hade då behövt göras om. Då hade bolaget kunnat komma in med ett nytt anbud och tilldelas kontrakt. Bolaget har därför lidit skada av kommunens agerande.

Vad gäller frågan om otillåten varumärkeshänvisning har bolaget offererat *oxygen* för de positioner där Odorox angetts som referensprodukt. Kommunen har ansett att *oxygen* inte är en likvärdig produkt med Odorox när lukttillsats saknas. Kommunens hänvisning till varumärket Odorox strider mot 6 kap. 4 § LOU. Utan en sådan hänvisning hade det varit möjligt att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt, till exempel som ”*oxygen med lukttillsats*”.

Den aktuella bestämmelsen utesluter inte att en anbudsgivare som innehar det varumärke det hänvisas till kan missgynnas av hänvisningen. Även bolaget måste ha rätt att offerera andra likvärdiga produkter än det egna varumärket det har hänvisats till. I flera andra upphandlingar där Odorox angetts som referensprodukt har det accepterats att *oxygen* utan lukttillsats offererats. Om kommunen mer noggrant beskrivit produkten är det uppenbart att bolaget hade offererat en produkt med lukttillsats. Bolaget har lidit skada av kommunens otillåtna varumärkeshänvisning.

Utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen när det inte anges att lukttillsats varit ett krav för produkten. Utformningen har medfört att anbudsgivarna har kunnat göra olika tolkningar i det hänseendet. Tre av fyra anbudsgivare har också offererat produkter för aktuella positioner som inte uppfyllt de produktkrav avseende lukttillsats som kommunen avsett med hänvisningen till Odorox.

Uddevalla kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

De kompletteringar som Praxair och Strandmöllen har gjort faller inom ramen för vad som anses vara en tillåten rättelse respektive komplettering.

Vad gäller frågan om hänvisningen till ett visst varumärke är konkurrensbegränsande eller inte ska hänsyn tas till omständigheterna i den enskilda upphandlingen. Avgörande blir om det finns en risk att den som innehar varumärket gynnas framför andra. En hänvisning till varumärket Odorox har inte inneburit att AGA som innehavare av varumärket har gynnats framför andra anbudsgivare. Det finns ingen omständighet som talar för att AGA fått någon fördel eller att övriga anbudsgivare påverkats negativt av kommunens användning av produktnamnet. Odorox är en på marknaden vanligt förekommande produkt, vars produktinformation finns allmänt tillgänglig. Hänvisningen till en på marknaden välkänd produkt har snarare gjort kravet tydligare och mer transparent, vilket är fördelaktigt för samtliga anbudsgivare.

Upphandlingen omfattar drygt trettio olika artiklar med olika kemiska sammansättningar och tekniska egenskaper. En hänvisning till en produkt har här gjort kravet mer tydligt än om kommunen själv hade beskrivit produktens egenskaper genom att prestandakrav och den tekniska vokabulären för produkten redan är framtagna och redovisade av fackmän. Om kommunen själv hade formulerat produktens egenskaper hade risken för otydligheter varit överhängande. AGA:s påstående att produkten hade kunnat beskrivas som ”oxygen med luktillsats” är direkt felaktig, eftersom den efterfrågade produkten ska ha fler egenskaper än luktillsats. Det är också viktigt att produkten har rätt kemisk sammansättning, koncentration av ämnen och säkerhetsklassificeringar. Kommunens hänvisning är inte konkurrensbegränsande och hade alltså inte kunnat beskrivas bättre genom en egenhändigt framtagen beskrivning.

AGA:s uppfattning att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen är felaktig. Angivandet av Odorox som referensprodukt är en tydlig hänvisning till att efterfrågad produkt ska innehålla lukttillsats. Detta bör vara extra tydligt för AGA som är innehavare av varumärket. Odorox är en på marknaden välkänd och välanvänd produkt med produktinformation som är allmänt tillgänglig på bland annat AGA:s hemsida. För att en produkt ska vara likvärdig ligger det i sakens natur att produkten ska uppfylla referensproduktens egenskaper. Att detta inte uppmärksammats och uppfyllts av samtliga anbudsgivare kan inte belastas kommunen. Ett visst mått av ansvar får anses vila på anbudsgivaren att tillgodogöra sig den information som anges i ett förfrågningsunderlag.

Förfrågningsunderlaget följer samtliga upphandlingsrättsliga principer och upphandlingslagstiftningen i övrigt och AGA har därför inte lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämplig lag

Av punkt 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämpas för sådan upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017. Det innebär att det är LOU i 2007 års lydelse som ska tillämpas i det här målet.

Frågorna i målet

AGA har i första hand gjort gällande att utvärderingen av inkomna anbud skett i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket genom att två av leverantörerna tillåtit komplettera sina anbud i strid med 9 kap. 8 § LOU.

AGA har i andra hand hävdats att förfrågningsunderlaget innehållit en otillåten referens till ett varumärke och att det brustit i transparens eftersom

det, enligt AGA:s uppfattning, inte klart framgått vad som efterfrågats och att det varit svårt att förstå mer specifikt vad kommunen efterfrågat med referensen till produkten eller varumärket Odorox.

AGA:s andrahandsyrkande gäller förfrågningsunderlagets utformning. Om ett fel har begåtts i det konkurrensuppsökande skedet saknas i regel möjlighet att åtgärda det genom rättelse. Den första frågan kammarrätten därför ska ta ställning till är om förfrågningsunderlaget utformats i enlighet med det upphandlingsrättsliga regelverket.

Kammarrättens bedömning

Av 6 kap. 4 § i den upphävda lagen framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla hänvisningar till bland annat varumärke, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Det är ostridigt att AGA inte offererat den produkt eller varumärke som angetts i förfrågningsunderlaget, utan i stället offererat en annan produkt.

Det är enligt kammarrättens mening generellt sett svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Hänvisningen till den aktuella referensprodukten leder därför till att vissa företag typiskt sett gynnas eller missgynnas.

Kammarrätten anser att endast den omständigheten att AGA äger det aktuella varumärket inte i sig utesluter att AGA skulle kunna missgynnas genom hänvisningen till varumärket. Även ett bolag som innehar ett varumärke kan av affärsmässiga eller andra skäl vilja offerera andra likvärdiga produkter.

Frågan är då om det varit möjligt för kommunen att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukten.

Det framgår redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU att det endast i undantagssituationer är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. 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 för kommunen 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 myndigheten efterfrågade.

I tilldelningsbeslutet anges som grund för uteslutning av bland andra AGA att den produkt som offererats i stället för Odorox saknar lukttillsats. Kommunen har i en kompletterande fråga begärt uppgift om det finns lukttillsats i de offererade artiklarna. Även om kommunen hävdar att det förutom lukttillsatsen är flera andra egenskaper som är avgörande för bedömningen av om en produkt bedöms som likvärdig, framgår det inte annat än att det avgörande i det här fallet har varit just lukttillsatsen. Det kan därför inte anses ha varit omöjligt för kommunen att beskriva upphandlingsföremålet på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt utan att hänvisa till Odorox.

AGA har offererat en gas utan lukttillsats, eftersom bolaget har ansett att sådan gas är likvärdig med referensprodukten och pekat på att oxygen i andra upphandlingar har godtagits som likvärdigt med Odorox. Tre av fyra

anbudsgivare har också offererat produkter utan just lukttillsats för de aktuella positionerna. Det får därför anses ha varit oklart vad kommunen har efterfrågat genom kravet och referensprodukten. Förfrågningsunderlaget brister därmed i transparens och kommunen har brutit mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU.

Det har såvitt framgår inte funnits skäl att ställa högre krav på AGA än på andra anbudsgivare att förstå och tyda förfrågningsunderlaget enbart på grund av att det är AGA:s egen produkt som är referensprodukt. Tvärtom är det så att inte heller AGA, som äger det efterfrågade varumärket, kunnat förstå vilken produkt kommunen efterfrågat. AGA:s anbud har förkastats med hänvisning till att bolaget inte uppfyllt ett ska-krav som nu konstaterats inte varit transparent. AGA har genom att ha uteslutits lidit skada. Bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet. Upphandlingen ska därför göras om.

Övriga frågor

Vid den här utgången saknas skäl att pröva vad AGA har påstått om eventuell otillåten komplettering från Praxair och Strandmöllen.

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

Ewa Hagard Linander

Viktoria Sjögren Samuelsson
referent

Eva Bertelsen



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2017-09-04
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
774-17

SÖKANDE

AGA Gas AB, 556069-8119
181 81 Lidingö

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Uddevalla kommun
451 81 Uddevalla

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 477633

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag–fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

SAMMANFATTNING

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten har kommit fram till att det visserligen föreligger brister i upphandlingen som står i strid med LOU. Överträdelserna har emellertid inte medfört att AGA Gas AB har lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande saknas därför. Ansökan avslås därmed. Under rubriken ”Skälen för förvaltningsrättens avgörande” nedan ger förvaltningsrätten en närmare förklaring till sin bedömning.

BAKGRUND

Uddevalla kommun genomför en öppen upphandling av ramavtal avseende gas och gasol, dnr KS 2016/452.

Av tilldelningsbeslut den 10 januari 2017 framgår att Praxair Sverige AB (Praxair) vunnit upphandlingen. – Anbudet från Strandmöllen AB hamnade på andra plats vid utvärderingen. – Anbudet från AGA Gas AB (AGA) och Air Liquide Gas AB (Air Liquide) förkastades eftersom samtliga obligatoriska krav inte var uppfyllda. Deras motsvarigheter till Odorox innehåller inte någon luktillsats och bedömdes därför inte vara likvärdiga produkter.

YRKANDEN M.M.

AGA ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från Praxair och Strandmöllen förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. AGA anför bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget (punkt 3.1.1) anges bl.a. följande: ”För produkterna i artikelspecifikationen, Bilaga Prisbilaga, är produkterna angivna från den leverantör som produkterna tidigare är köpta ifrån av Kommunen. Anledningen är att förtydliga och förenkla beskrivningen av efterfrågad produkt. Likvärdiga produkter eller bättre får offereras. Köparen förbehåller sig rätten att avgöra om en produkt är likvärdig eller bättre jämfört med den som specificerats. Leverantören ska kunna förse beställaren med produktblad på begäran”.

Tre av produkterna som efterfrågas beskrivs på följande sätt i prisbilagan: ODOROX PK. 12 FL 50L, ODOROX-20 L och ODOROX-50 L.

Grunder för att upphandlingen ska rättas

Strandmöllens anbud uppfyller inte skullkravet i punkt 3.1.1 i förfrågningsunderlaget att offerera likvärdiga produkter eftersom Strandmöllens offererade motsvarighet till Odorox inte innehåller lukt tillsats. Dessutom har Strandmöllen tillåtits genomföra en otillåten komplettering av sitt anbud.

Praxair har ändrat sitt anbudspris efter anbudstidens utgång och har gett in ett orent anbud. Dessutom har även Praxair tillåtits genomföra en otillåten komplettering av sitt anbud.

Strandmöllens och Praxairs anbud skulle därför rätteligen ha förkastats. Då så inte har skett, har kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen samt 1 kap. 9 § LOU.

Strandmöllens anbud

Det är ostridigt att Strandmöllens ursprungliga anbud inte uppfyller skallkravet i punkt 3.1.1 att offerera likvärdiga produkter då det är kommunens uppfattning att detta uppfylldes först efter Strandmöllens komplettering. Det strider mot likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU att beakta en komplettering efter anbudstidens utgång som medför att ett obligatoriskt krav uppfylls som inte var uppfyllt tidigare.

Kommunen gör gällande att alla anbudsgivare har getts samma möjlighet att komplettera sina anbud. AGA har visserligen fått samma fråga som Strandmöllen, men frågan har inte innefattat någon som helst information om att den skulle vara ställd i syfte att möjliggöra en komplettering eller ett förtydligande. Kommunen har inte ens angett att lukttillsats skulle vara ett krav för att produkterna ska anses vara likvärdiga i förhållande till Odorox. AGA har alltså inte kunnat uppfatta kommunens fråga som en möjlighet till komplettering eller förtydligande. Även om samtliga anbudsgivare skulle ges samma möjlighet till komplettering så innebär detta inte att de kompletteringar som inkommer per automatik är tillåtna.

Praxairs anbud

Av kommunens yttrande framgår att Praxairs anbudspriser har ändrats genom kompletterande uppgifter efter anbudstidens utgång. Ingivande av nya, ändrade prisuppgifter efter att anbudstiden löpt ut är att betrakta som ett nytt anbud och de nya prisuppgifterna får inte beaktas. Det är uppenbart att en ändring av anbudspriset är att betrakta som tillförande av en sakuppgift som inte är marginell. Utöver att Praxairs anbud är orent har alltså Praxair tillåtits komplettera sitt anbud i strid med likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU. Ingen av de övriga anbudsgivarna har beretts möjlighet att justera sina anbudspriser på det sätt som Praxair har gjort.

Skada

För det fall Praxairs och Strandmöllens anbud hade förkastats skulle inga giltiga anbud föreligga i upphandlingen. Av flera kammarrättsavgöranden framgår att en anbudsgivare vars anbud förkastats riskerar att lida skada om samtliga återstående anbud också rätteligen skulle ha förkastats. I sådant fall skulle upphandlingen ha gjorts om. AGA skulle då ha fått en ny möjlighet att lämna anbud och en ny möjlighet att tilldelas kontrakt. AGA har dock yrkat att upphandlingen ska rättas genom att anbuden från Praxair och Strandmöllen ska förkastas. Sammantaget står det klart att AGA har lidit skada till följd av kommunens förfarande.

Grunder för att upphandlingen ska göras om

Kommunens hänvisning till varumärket Odorox strider mot 6 kap. 4 § LOU. Det är uppenbart att kommunens hänvisning till varumärket Odorox är en sådan teknisk specifikation som avses i denna bestämmelse.

En hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling gynnar eller missgynnar alltid vissa företag, även om produkten finns fritt tillgänglig på marknaden. Den upphandlande myndighetens kompetens- eller resursbrist utgör inte skäl för att tillämpa undantagsförfarandet enligt 6 kap. 4 § andra stycket LOU. Det ska i stället i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten.

Det hade varit mycket enkelt att beskriva den produkt som kommunen efterfrågar på ett annat sätt än att ange Odorox som referens-produkt. Exempelvis kunde kommunen ha angett ”oxygen med luktillsats”. Kommunen anför dock att detta är en förenkling av verkligheten då det även handlar om skillnader i andra egenskaper, t.ex. säkerhetsklassificering.

Den enda egenskap som har fått betydelse vid kommunens bedömning om oxygen ska anses vara en likvärdig produkt i jämförelse med Odorox är emellertid om den har haft en lukttillsats. Kommunens yttrande bekräftar också att det förhållandet att Odorox har en lukttillsats ”är anledningen till kommunens krav enligt artikelspecifikationen”. Det är alltså uppenbart att oxygen med lukttillsats har varit tillräckligt för att anses likvärdig i jämförelse med Odorox, vilket medför att en produktbeskrivning formulerad som ”oxygen med lukttillsats” också hade varit fullt tillräcklig.

Kommunens invändning att AGA knappast kan lida skada av att en vara ur deras eget produktsortiment anges som referensprodukter i upphandlingen har ingen som helst relevans för bedömningen i målet. Även AGA måste ha möjlighet att få offerera en likvärdig produkt.

Kommunen saknar vidare stöd för sitt påstående att den absoluta merparten av aktörerna på marknaden föredrar en referensprodukt framför en produktbeskrivning. Det är emellertid helt irrelevant om det finns aktörer som generellt föredrar referensprodukter framför produktbeskrivningar eftersom det krävs att det i princip är omöjligt att objektivt beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt för att en hänvisning till ett varumärke ska vara tillåten. Det bestrids att angivandet av Odorox som referensprodukt är en tydlig hänvisning om att produkten ska innehålla en lukttillsats.

Skada

Helt avgörande för att AGA:s anbud inte uppfyllt kravet avseende att offererade produkter ska vara likvärdiga med de som angetts i prisbilagan är att den produkt som AGA offererat inte innehållit lukttillsats. Kravet på lukttillsats för har inte angetts på något ställe i förfrågningsunderlaget och

inte heller framgått på något annat sätt. Först i efterhand – i tilldelningsbeslutet – har kommunen angett att en lukttillsats krävts.

Det har varit omöjligt för anbudsgivarna att förutse kravet på lukttillsats när det inte har angetts i förfrågningsunderlaget, utan där endast har angetts en otillåten varumärkeshänvisning. I vart fall har utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del medfört att anbudsgivarna kunnat göra helt olika tolkningar i detta avseende. Tre av fyra anbudsgivare har offererat oxygen utan lukttillsats. Redan detta förhållande är tillräckligt för att konstatera att förfrågningsunderlaget i denna del strider mot transparensprincipen. Det är uppenbart att AGA hade offererat en produkt som innehållit lukttillsats om detta krav framgått tydligt. Utformningen av förfrågningsunderlaget står därför i strid med såväl 6 kap. 4 § LOU som med transparensprincipen. På grund av dessa brister har AGA har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Upphandlingsförfarandet har inte inneburit att kommunen har brutit mot vare sig transparensprincipen eller använt varumärkeshänvisning på ett otillbörligt sätt. AGA saknar därmed grund för sina yrkanden och har i vart fall inte lidit skada eller riskerat att lida skada på grund av upphandlingens utformning eller dess genomförande. Skäl för ingripande föreligger därför inte.

Anbuden från AGA, Strandmöllen och Praxair

AGA har i sitt anbud offererat produkter på tre positioner i artikelspecifikationen som inte uppfyller de krav kommunen ställt upp genom hänvisning till referensprodukter (Odorox).

Kommunens fråga – om den gas som angetts på positionerna i artikelspecifikationen där Odorox utgör referensprodukt innehåller lukttillsats – ställdes såväl till Strandmöllen som till AGA. Båda anbudsgivarna svarade nej på frågan, men Strandmöllen kompletterade sitt anbud för att uppfylla kravställningen. Det är kommunens uppfattning att man har gett alla anbudsgivare samma möjlighet att komplettera anbudet och därmed undanröja eventuella oklarheter i anbuds innehållet.

Vad avser Praxairs anbud begärde kommunen ett förtydligande kring de prispositioner som angetts till noll kronor och efter kompletterande uppgifter från Praxair medgav kommunen en justering eftersom det inte innebär någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning, snarare tvärtom. Praxairs anbud är trots kompletteringen det anbud som har lägst pris. I övrigt uppfyller Praxair de krav på produkter som ställs.

Varumärkeshänvisning m.m.

Upphandlande myndighet får ange varumärke eller produktnamn om det dels inte innebär att vissa företag gynnas eller missgynnas, dels inte är möjligt att beskriva preciserat eller begripligt. Inget företag har missgynnats av att en på marknaden vanligt förekommande produkt anges som referensprodukt. Odorox är AGA:s eget varumärke och produktinformationen finns allmänt tillgänglig. Det kan knappast vara så att AGA har lidit skada av att deras eget produktsortiment anges som referensprodukter i upphandlingen.

Kommunen upphandlar produkter inom ett mycket brett spektra och har inom många varugrupper inte den kompetens och de resurser som krävs för att kravställa alla produkter i en artikelspecifikation. Att som AGA påstå att det är enkelt att beskriva den efterfrågade produkten som oxygen med lukttillsats är en förenkling av verkligheten. I den här typen av produkt

handlar det bland annat om kemisk sammansättning, koncentration av ämnen och om säkerhetsklassificering. Flertalet aktörer på marknaden föredrar en kravställning som innefattar en referensprodukt i samband med varuupphandlingar. Detta förenklar för dem, till skillnad från de fall där kommunen bifogar beskrivningar av skiftande kvalitet utan rätt precisering och begriplighet som både kan misstolkas och omtolkas med stor risk för överprövning som följd.

Angivandet av Odorox är en tydlig hänvisning till att produkten ska innehålla lukttillsats. I artikelspecifikationen förekommer oxygen på sex positioner. Det torde vara uppenbart att kommunen för två av dessa positioner inte skulle återkomma med en fråga om exakt samma produktfrågor på två andra positioner då det är fråga om olika artikelnummer och olika artikelbenämningar. På AGA:s hemsida framgår tydligt att Odorox har en lukttillsats på grund av säkerhetsskäl, vilket också är anledningen till kommunens krav enligt artikelspecifikation.

I förfrågningsunderlaget anges på ett tydligt sätt vad som krävs för att anbudsgivaren ska bli kvalificerad. Det är inte visat att det har förekommit någon brist, vare sig i förfrågningsunderlaget eller avseende genomförandet av upphandlingen, som medför skäl för att upphandlingen ska rättas eller göras om.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap. 8 § första stycket LOU).

De tekniska specifikationerna får 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 ska följas av orden ”eller likvärdigt” (6 kap. 4 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

Förfrågningsunderlagets utformning

I målet är ostridigt att kommunen har efterfrågat en produkt med hänvisning till referensprodukten/varumärket Odorox, samt att det har varit möjligt att offerera en likvärdig eller bättre produkt. En varumärkeshänvisning torde nästan alltid leda till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Fråga är nu om kommunens varumärkeshänvisning ska anses vara tillåten.

Redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU framgår att det endast i undantagssituationer kan vara tillåtet med hänvisning till visst eller vissa varumärken. Det som avses är situationer när en upphandlande myndighet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten.

Vid en sådan bedömning 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 motsvarar myndighetens behov.

Det åligger kommunen att visa att det föreligger en undantagssituation i vilken det är motiverat med en hänvisning till visst varumärke. Det som

kommunen har anfört talar emellertid inte för att det är fråga om en sådan undantagssituation som tillåter hänvisning till visst varumärke, utan att efterfrågad produkt såsom AGA angett i stället hade kunnat beskrivas som oxygen med lukttillsats. Någon annan egenskap har inte tillmätts betydelse vid kommunens bedömning om det varit fråga om en likvärdig produkt. Enligt förvaltningsrättens mening får således kommunens utformning av förfrågningsunderlaget i denna del anses stå i strid med 6 kap. 4 § LOU.

Frågan är därefter om AGA på grund av denna brist i upphandlingen lidit skada eller riskerat att lida skada. Inledningsvis konstateras att varumärket Odorox tillhör AGA. AGA har därför haft möjlighet att offerera efterfrågade produkter och får även anses ha haft goda möjligheter att bedöma vilka andra produkter som kan anses likvärdiga. Av den utredning som finns i målet framgår inte annat än att utmärkande för denna produkt är att den av säkerhetsskäl har en lukttillsats. Därtill noteras att redan varumärkesnamnet torde ge en rimligt informerad leverantör i branschen en klar anvisning om att det är oxygen med lukttillsats som efterfrågas. Eftersom AGA sålunda torde ha insett eller i vart fall borde ha insett att de produkter som bolaget har offererat inte kan anses likvärdiga med av kommunen angivna referensprodukter då de saknat lukttillsats, kan AGA inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada på grund av att kommunen har gjort en otillåten hänvisning till visst varumärke. Skäl för ingripande på denna grund saknas därför.

Kompletteringar m.m.

Kommunen har efter anbudstidens utgång begärt ett förtydligande av Praxair av de prispositioner som bolaget angett till noll kronor i prisbilagan. Praxair har därefter genom kompletterande uppgifter justerat sitt anbudspris. Nya prisuppgifter efter det att anbudstiden löpt ut är att betrakta som ett nytt anbud. En ändring av anbudspriset är att betrakta som tillförande av en

sakuppgift som inte är marginell. Praxairs anbud är sålunda orent och Praxair har tillåtits komplettera sitt anbud i strid med likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU.

Vidare har kommunen efter anbudstidens utgång i fråga ställd till såväl AGA som Strandmöllen efterhört om den gas som bolagen angett på positionerna i prisbilagan där Odorox utgör referensprodukt innehåller lukttillsats. Båda bolagen svarade nekande på frågan. Någon möjlighet för bolagen att därefter komplettera eller förtydliga sina anbud genom att offerera en produkt som innehåller lukttillsats är inte möjlig eftersom det skulle innebära att en helt ny uppgift tillförs anbudet. Den omständigheten att frågan ställdes till båda bolagen medför ingen annan bedömning.

Det strider mot likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU att beakta en komplettering efter anbudstidens utgång som medför att ett obligatoriskt krav uppfylls som inte var uppfyllt tidigare. Den komplettering som Strandmöllen tillåtits göra i fråga om att erbjuda produkter utan lukttillsats är därför också att betrakta som otillåten. Anbudet från Strandmöllen borde därmed rättligen ha förkastats.

Av det nu anförda följer att kommunen i dessa delar har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU, och då främst principerna om likabehandling och transparens. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs emellertid även att AGA har lidit skada eller riskerat att lida skada på grund av nu konstaterade upphandlingsfel.

Oavsett om Strandmöllens anbud hade förkastats är det Praxair som är den vinnande leverantören. Praxair har tillåtits att justera sitt anbudspris i höjande riktning efter anbudstidens utgång. Den prisjusteringen har dock inte medfört några fördelar för Praxair vid en jämförelse med övriga anbudsgivare. Bristen kan därför inte anses vara av sådan karaktär att de

principer som bär upp LOU har överträtts. Kommunens upphandlingsfel kan därmed inte anses ha medfört att AGA har lidit skada eller kunnat komma att lida skada i sådan mening som avses i 16 kap. LOU.

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

Victoria Röshammar
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.



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.