



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-09-15
Meddelad i
Växjö

Mål nr
969-15

SÖKANDE

Aktiebolaget Nordenta, 556049-4899
745 85 Enköping

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Region Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-09-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 118854

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Kronoberg genomför en upphandling av ramavtal avseende löpande leveranser av dentala förbrukningsartiklar, instrument, borr, diamant samt puts och polering. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Det totala uppskattade värdet för upphandlingen beräknas till 2 900 000 kr och avtalsperioden avser två år med möjlighet till förlängning i tolv plus tolv månader. I upphandlingen inkom tre anbud. Genom tilldelningsbeslut den 10 mars 2015 tilldelades Dab Dental AB (DAB) kontraktet. De två övriga anbuden förkastades med motiveringen att de inte uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Aktiebolaget Nordenta (Nordenta) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom en ny utvärdering varvid Region Kronoberg ska förkasta anbudet från DAB. I andra hand yrkar Nordenta att upphandlingen ska göras om. Nordenta har vidare yrkat att förvaltningsrätten ska förelägga Region Kronoberg att till Nordenta utlämna Bilaga 1, Prisbilaga, till DAB:s anbud (yrkande om edition).

Region Kronoberg anser att ansökan ska avslås.

Förvaltningsrätten har den 20 april 2015 avslagit Nordentas yrkande om edition.

VAD PARTERNA ANFÖR

Nordenta

Till förfrågningsunderlaget har bifogats en produktkravspecifikation som beskriver de efterfrågade produkterna och innehåller ett flertal produktspe-

cifrika krav som benämns ska-krav. Specifikationen innehåller 321 enskilda ska-krav. Med hänsyn till det stora antalet ska-krav är det lätt hänt att en anbudsgivare vid upprättandet av sitt anbud av misstag anger en produkt som inte uppfyller ett av ska-kraven. Enligt förfrågningsunderlaget medför en enda brist att anbudet ska förkastas. Nordenta har offererat samma produkt på position 15 som i en av Region Kronobergs tidigare upphandlingar i vilken samma ska-krav uppställdes. Vid den utvärderingen ansåg Region Kronoberg att samma produkt som nu har förkastats uppfyllde ska-kraven. Det är alltså mycket lätt hänt att göra misstag vid utvärderingen. Mot denna bakgrund görs gällande att inte heller anbudet från DAB uppfyller samtliga 321 ska-krav. Region Kronoberg borde därför ha förkastat även detta anbud och gjort om upphandlingen. Genom att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav har principen om likabehandling åsidosatts. Nordenta har lidit skada eftersom bolaget gått miste om möjligheten att delta i en ny upphandling i vilken man haft förutsättningar att tilldelas kontrakt. EU-domstolen fastställde i mål C-100/12 (Fastweb SpA p. 33-34) att en sökandens talan gällande brister i en vinnande anbudsgivares anbud kan prövas trots konstaterade brister i sökandens anbud.

I upphandlingen hänvisas vidare till varumärken på ett otillåtet sätt. Detta gäller ska-kraven som avser positionerna 44-45, 48, 53, 54 och 55-56. Kraven strider mot LOU eftersom det är möjligt att beskriva produkterna på annat sätt än genom hänvisning till varumärken. Nordenta bestrider att det skulle vara i det närmaste omöjligt att på annat sätt beskriva produkterna på ett begripligt sätt för leverantörerna. Vad Region Kronoberg anfört om att det är ”i det närmaste omöjligt” att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt utgör inte heller tillräckligt skäl för hänvisningarna. Bevisbördan för att det föreligger en sådan undantags-situation som medför rätt att hänvisa till varumärken måste ligga på Region Kronoberg. Nordenta har lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada, på grund av Nordentas otillåtna hänvisningar till varumärken i ska-kraven.

Det är självklart att leverantörer som normalt inte har produkterna i sitt sortiment eller inte samarbetar med tillverkaren av produkterna missgynnas i förhållande till leverantörer som använder sig av produkterna. Detta gäller i Nordentas fall flera av de varumärken som Region Kronoberg har hänvisat till.

Region Kronoberg

Anbudet från DAB uppfyller samtliga angivna ska-krav. Nordenta har inte åberopat någon bärande omständighet för sin talan i denna del.

Nordenta har vidare gjort gällande att Region Kronoberg på ett otillåtet sätt hänvisat till varumärken vid beskrivning av positionerna 44-45 (gummipolerare mjuk), 48 (universalpolerare gummi), 53 (polersystem), 54 (polerstrips) och 55-56 (puts/polertrissor). Hänvisningarna till typ-exemplen är motiverade utifrån att de underlättar för leverantörerna att förstå vad Region Kronoberg efterfrågar så att de därmed kan utforma sina anbud så att de motsvarar Region Kronobergs behov. I praktiken är det närmast omöjligt att på annat sätt beskriva produkterna på ett för leverantörerna begripligt sätt. För att styrka detta hänvisas till den produktkravspecifikation som bifogats förfrågningsunderlaget. Vidare följs beskrivningarna av formuleringen "eller likvärdigt". Angivna benämningar är också vedertagna i branschen och samtliga anbudsgivare har produkter med angivna benämningar i sitt sortiment. Region Kronoberg bifogar utdrag ur produktkataloger från respektive anbudsgivare för att styrka detta. Region Kronoberg har således inte gynnat eller missgynnat någon leverantör genom att hänvisa till benämningarna. Eftersom samtliga produkter finns tillgängliga i Nordentas sortiment med likvärdiga produktnamn har Nordenta inte heller lidit skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU följer att 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.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden ”eller likvärdigt”.

Av 16 kap. 6 § följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är vidare den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa – göra sannolikt – att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat

Nordenta har anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget med hänvisning till att det är lätt hänt att av misstag ange en produkt som inte uppfyller ett av ska-kraven. Nordenta har emellertid inte anfört någon omständighet som visar att det vinnande anbudet inte uppfyller ska-kraven på denna grund och att bolaget därmed riskerar att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås i denna del.

Förvaltningsrätten anser att Region Kronoberg genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag efterfråga vissa produkter med angivande av typ-exempel har gjort en sådan hänvisning till varumärke som regleras i 6 kap. 4 § LOU. Sådana hänvisningar får en upphandlande myndighet göra så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Enligt förvaltningsrättens mening är det dock svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till ett visst varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903–1913-11 och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2014, s. 246). Förvaltningsrätten bedömer därför att de aktuella specifikationerna leder till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

Hänvisning till varumärke får då endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat eller begripligt. Situationer som avses är enligt förarbetena då en upphandlande myndighet inte klarar att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning är att underlätta för leverantörerna att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att de därmed kan utforma sina anbud så att de motsvarar myndighetens behov (jfr prop. 2006/07:128 s. 193 f).

Region Kronoberg har anfört att det är närmast omöjligt att på annat sätt än genom angivna hänvisningar beskriva produkterna på ett för leverantörerna begripligt sätt och hänvisat till produktkravspecifikationen för att styrka detta. Vidare har anförts att angivna benämningar är vedertagna i branschen och att samtliga anbudsgivare har produkter med dessa benämningar i sitt sortiment. Nordenta har gjort gällande att det är möjligt att beskriva produkterna på annat sätt än genom hänvisning till varumärken. Förvaltningsrätten bedömer härvid att en långtgående beskrivning av krav på t.ex. funktion och egenskaper avseende de aktuella positionerna rimligen inte gjort föremålet för upphandlingen mer tydligt och begripligt. Förvaltningsrätten anser sammantaget att det inte varit möjligt i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU för Region Kronoberg att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt tydligt och begripligt. Region Kronoberg har därmed haft rätt att hänvisa till angivna typ-exempel med tillägget ”eller likvärdigt” på sätt som skett. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Region Kronoberg inte har agerat i strid mot bestämmelserna i LOU eller gemenskapsrätten. Nordentas ansökan om överprövning ska därför avslås även i denna del.

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

Sofia Lindvall

Föredragande: Lena Lundblad



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.