



SÖKANDE

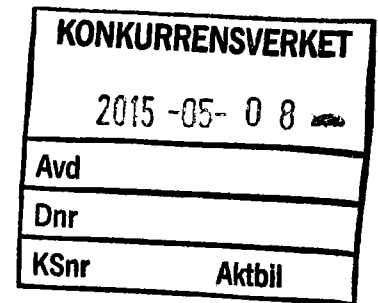
Office Depot Svenska AB, 556024-9558
Box 3132
169 03 Solna

Ombud: Advokat Mikael Nelson och jur.kand. Isabelle Emanuelsson
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

MOTPART

Timrå kommun
861 82 Timrå

Ombud: Christine Sprinzl
Kramfors kommun
Torggatan 2
872 80 Kramfors



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen (dnr KS 2014/301) ska göras om.

Dok.Id 90748

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611-51 18 20

www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Timrå kommun (kommunen) genomför upphandling av kontorsmaterial (dnr KS 2014/301). Upphandling sker genom öppet förfarande och med utvärderingsgrunden lägst pris. Staples Sweden AB (Staples) tilldelades efter utvärdering kontraktet. Office Depot Svenska AB placerade sig som nummer två för tilldelning.

YRKANDEN M.M.

Office Depot Svenska AB (Office Depot) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om genom förnyad konkurrensutsättning/upphandling. I andra hand yrkar Office Depot att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingsprocessen får avslutas först efter att rättelse skett på så sätt att en ny detaljutvärdering av anbuden görs.

Enligt Office Depots mening har kommunen agerat felaktigt och i strid med reglerna i LOU om likabehandling och transparens när man i förfrågningsunderlaget hänvisat till kommunens befintliga leverantörs (Staples) produkter med angivande av artikelnummer och varumärken för dessa produkter istället för att beskriva de egenskaper och funktioner som efterfrågas hos produkterna som omfattas av upphandlingen.

Av punkten 3.1. i ska-kravsbilagan i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna är välkomna att lämna anbud på produkter av annat fabrikat, dock ska produkterna uppfylla lägst den funktion, kvalitet och material som kommunen hänvisar till. Kommunen har inte enbart angett sin nuvarande leverantörs artikelnummer utan också varumärkena på ett stort antal av dessa produkter, vilket framgår av nettoprislistan i förfrågningsunderlaget. Produkterna beskrivs i de flesta fall med mått och i några fall anges krav avseende frånvaro av farliga material i produkterna. I övrigt saknas någon som helst beskrivning av vilken kvalitet och funktion de efterfrågade produkterna ska ha för att god-

kännas av kommunen. Kommunen har inte angett något skäl till varför kommunen valt att hänvisa till den befintliga leverantörens artikelnummer och i många fall också produkternas varumärken, istället för att beskriva de funktioner som efterfrågas hos produkterna. Det rör sig förvisso om ett stort antal produkter, men det stora flertalet av produkterna är sådana att det objektivt får sägas vara relativt enkelt att beskriva dem på ett sätt som skulle göra det tydligt och förutsebart för en anbudsgivare vilka krav som ställs på produkten och därmed möjliggöra för anbudsgivaren att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det föreligger således inte någon sådan undantagssituation som skulle kunna motivera en hänvisning till en viss vara eller varumärke istället för att ha en utförlig beskrivning av varan (jfr Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1388-12). Syftet med undantagssituationen är att underlätta för anbudsgivarna att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att anbudsgivarna kan utforma sina anbud till att motsvara myndighetens behov, inte enbart underlätta för den upphandlande myndigheten. Kommunen har inte gjort gällande att de efterfrågade egenskaperna hos de produkter som omfattas av upphandlingen har varit särskilt svåra att beskriva eller att det i övrigt funnits skäl för kommen att hänvisa till varumärken istället för att beskriva produkterna. Det torde enligt Office Depots mening tvärtom vara tämligen enkelt att beskriva de efterfrågade egenskaperna på ett sådant sätt att samtliga anbudsgivare kan förstå vilka egenskaper som får betydelse vid utvärderingen, inte bara de anbudsgivare som har de aktuella produkterna i sitt sortiment. Det kan antas att en anbudsgivare som offererar exakt de produkter som kommunen har efterfrågat i förfrågningsunderlaget och som kommunerna använder sedan tidigare, har en fördel framför anbudsgivare som offererar produkter med andra varumärken. Det kan tilläggas att kommunen inte heller lagt till uttrycket "eller liknande" efter hänvisningen till respektive vara.

Såsom kommunen har utformat förfrågningsunderlaget kan en anbudsgivare inte utläsa vilka egenskaper produkten förväntas ha för att kommunen ska anse att den är likvärdig med den produkt som kommunen namngivit i netto-

prislistan och framförallt inte vilka bedömningskriterier kommunen tillmäter betydelse vid kvalitetsbedömningen och i sin bedömning av produkterna överlag. Kommunen har därför brutit i iakttagandet av principen om transparens när den hänvisat till specifika varumärken i förfrågningsunderlaget.

Det faktum att kommunen angett specifika varumärken för merparten av de efterfrågade produkterna innebär i praktiken att det endast är den eller de anbudsgivare som offererar exakt samma produkt, dvs. en identisk produkt med samma varumärke, som med säkerhet kan veta att den kommer att uppfylla kommunens krav och därmed undvika belastningspris. Staples har här haft en stor fördel framför andra anbudsgivare eftersom utvärderingen utgår från Staples produktsortiment, vilket Staples får antas ha goda kunskaper om vad avser kvalitet och egenskaper. Staples har därmed gynnats i förhållande till andra anbudsgivare. Det framgår inte minst av att Staples vann upphandlingen. Vidare innebär kommunens utformning av förfrågningsunderlaget ett missgynnande av de anbudsgivare som inte offererat exakt de namngivna produkterna, eftersom dessa får antas ha mindre kunskap om de angivna produkterna än vad Staples har, som offererat just dessa. Kommunen har därmed utformat förfrågningsunderlaget på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen.

Det kommunen invänt om att Office Depot inte uppfyller punkten 5.1 i skravbilagan i förfrågningsunderlaget (samma produkt ska inte offereras för flera positioner) är inte relevant för prövning av om den aktuella upphandlingen skett i strid med LOU. Uppgiften att Office Depot offererat samma produkt för två positioner är inte heller korrekt eftersom den för position 33 och position 34 offererade pennan har olika artikelnummer och olika förpackningsstorlek.

Beträffande utvärderingen så hade Office Depot det lägsta priset av samtliga anbudsgivare och skulle ha vunnit upphandlingen om utvärderingen av pro-

dukterna skett på ett korrekt sätt och Office Depot inte hade påförts belastningspriset avseende positionerna 33, 78, och 125. Enligt Office Depot är de offererade produkterna på dessa positioner likvärdiga eller bättre än de efterfrågade produkterna. Beträffande position 229 har Office Depot inte kunnat avgöra vilken kvalitet som efterfrågas och har därför inte kunnat lämna anbud på denna produkt.

Det sätt som kommunen utformat förfrågningsunderlaget på har åtminstone inneburit en risk för skada för Office Depot. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att kommunens hänvisning till varumärken i förfrågningsunderlaget inte skett i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § och 6 kap. 4 § LOU och att Office Depot inte lidit eller riskerat att lida skada av kommunens agerande i detta avseende, har Office Depot trots detta lidit skada till följd av kommunens felaktiga utvärdering av anbuden i upphandlingen.

Kommunen bestrider bolagets yrkanden och yrkar att ansökan i första hand ska avslås och i andra hand att rättelse sker på så sätt att en ny utvärdering av anbuden görs utan kvalitetsbedömning av utvalda produkter. Kommunen anför i huvudsak följande.

Nettoprislistan omfattade 332 produkter. Den övervägande majoriteten av samtliga produkter, drygt 270 stycken, beskrevs helt utan hänvisning till något märke. Kommunerna förklarar i punkten 3.2 i ska-kravsbilagan i förfrågningsunderlaget hur anbudsgivarna får tolka hänvisningarna till särskilda märken. Det som Office Depot anför i fråga om att det varit ett stort antal varumärken, undantagssituation och att kommunen inte lagt till orden ”eller liknande” faller därför på sin egen orimlighet. Att kommunen använder sig av hänvisningar till varumärken, med hänsyn tagen till punkten 3.1 i ska-kravsbilagan, strider inte mot upphandlingslagstiftningen.

Kommunen har accepterat likvärdiga produkter på ett flertal positioner. Kommunen godkände alltså leverantörens produkter av ett annat/eget märke, eftersom det bedömdes att produkterna uppfyller lägst den funktion, kvalitet och material som kommunen hänvisat till enligt punkten 3.1 i ska-kravsbilagan i förfrågningsunderlaget. Så var dock inte fallet i fråga om offererad produkt på position nr 33 som inte uppnådde samma kvalitet som efterfrågad produkt.

Leverantören påstår vidare att det saknas någon som helst beskrivning av vilken kvalitet och funktion de efterfrågade produkterna ska ha för att godkännas av kommunen. I och med att artikelnumren är angivna i nettoprislistan krävs det endast ett fåtal klick på nuvarande leverantörs webbshop för att få upp en produktbeskrivning av varje artikel i fråga för att få en mera utförlig beskrivning.

Kommunen gjorde allt man kunde för att underlätta för samtliga leverantörer i sitt arbete med anbudsinnlämningen. Kommunen besvarade samtliga 30 frågor som kom in under anbudstiden skyndsamt. När leverantören tyckte att det var besvärligt att sittande leverantör ändrade artikelnumren arbetades hela varukorgen om och aktuella nettoprislistor togs fram. På särskilt önskemål från Office Depot förlängdes anbudstiden med en hel vecka efter att den nya nettoprislistan hade publicerats. Att ett sådant kundorienterat och tillmötesgående förhållningssätt från kommunen sida nu, då facit visar att Office Depot inte blev vinnande leverantör, plötsligt läggs kommunen till last, som om kommunen medvetet olikbehandlat ej sittande leverantörer för att undvika ett leverantörsbyte är bekymmersamt och ska med all kraft tillbakavisas.

Att leverantören haft svårt att förstå vad viss produkt var för något ställer sig kommunen mycket frågande till utifrån leverantörens långa erfarenhet i branschen.

Kommunen har använt sig av ett vedertaget sätt att upphandla stora varukorgar, nämligen att hänvisa till befintlig leverantörs artikelnummer, istället för att utförligt beskriva varje produkt och i utvärderingen använda sig av belastningspriser för att säkerställa att de offererade produkterna uppfyller de ställda kraven på funktion och kvalitet. Av samtliga 16 offentliga upphandlingar av kontorsmaterial som genomfördes 2014 framgår att de respektive upphandlande myndigheterna använde sig i 11 av 16 fall av den nuvarande leverantörens artikelnummer i sin varukorg. Liknande upphandlingar av varukorgar ger liknande resultat. I exempelvis fyra av fem genomförda upphandlingar av sjukvårdsmaterial använde man sig också av nuvarande leverantörs artikelnummer, likaså i sex av åtta upphandlingar av kemtekniska produkter och i tre av fyra upphandlingar av toner och datortillbehör. Att kommunen använt sig av befintlig leverantörs artikelnummer strider inte mot upphandlingslagstiftningen eller att utvärderingen snedvrids och gynnar eller försvårar för en eller flera leverantörer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Av andra stycket samma bestämmelse framgår att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möj-

ligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begrip-
ligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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.

Utredningen i målet

Av utredningen i målet framgår att kommunen gjort hänvisningar till befintlig leverantörs varumärken och artikelnummer i nettoprislistan i förfrågningsunderlaget enligt följande.

Av Krav 3.1 Produkter/sortiment i ska-kravsbilagan i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

”Vi har angivit vår nuvarande leverantörs artikelnummer, där det var möjligt, istället för att utförligt beskriva varje produkt. Ni är välkomna att lämna anbud på produkter av annat fabrikat, dock ska produkterna uppfylla lägst den funktion, kvalitet och material vi hänvisar till.”

Av Krav 5.1 Nettoprislistan i ska-kravsbilagan i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

”Samma produkt ska inte offereras för flera positioner i artikelspecifikationen.”

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet gäller om kommunen genom att hänvisa till **varumärken** i specifikationen i nettoprislistan till förfrågningsunderlaget brutit mot 6 kap. 4 § LOU.

Det är knappast möjligt att tänka sig en specifikation, där något av de exempel som anges i 6 kap. 4 § första stycket LOU varken gynnar eller missgynnar vissa företag (Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2014 s. 246). Enligt förvaltningsrättens mening ska därför eventuellt gynnande eller missgynnande bedömas från en rimligt informerad leverantörs synvinkel som önskar utforma sitt anbud så att det motsvarar kommunens behov.

I detta fall har avsaknaden av tydlig beskrivning av egenskaper och funktion för de i målet aktuella positionerna i nettoprislistan i förfrågningsunderlaget medfört en viss osäkerhet om vilka produktkrav som ställt avseende kvalitet, funktion och material utom för befintlig leverantör. Denna har då fått en fördel av att förfrågningsunderlaget baserats på just deras sortiment. Att detta skulle vara ett vanligt förfaringssätt i upphandlingar som omfattar stora varukorgar utesluter inte möjligheten att förfarandet kan vara gynnande och missgynnande enligt 6 kap. 4 § LOU.

Vad kommunen önskar upphandla ska framgå av förfrågningsunderlaget. Det innebär att produkternas egenskaper och funktioner bör framgå av kommunens handlingar och inte genom information hos tredje part. Genom att i detta fall hänvisa leverantörerna till information från den nuvarande leverantören, har kommunen också utsatt leverantörerna för att söka information från en konkurrent. Det har också framkommit att den nuvarande leverantören genomfört förändringar avseende artikelnummer som påverkat möjligheten att få korrekt information. Hänvisningarna till befintlig leverantörs produkter avseende vissa varumärken i förfrågningsunderlaget har då, enligt förvaltningsrättens mening, sammantaget gynnat befintlig leverantör och missgynnat Office Depot.

Frågan är då om det föreligger en sådan undantagssituation som avses i 6 kap. 4 § andra stycket LOU.

Redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU följer att det endast är i undantagssituationer som det kan vara tillåtet att hänvisa till visst eller vissa varumärken. Syftet ska då inte vara att den upphandlande myndigheten ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan istället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas. 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. Det är kommunen som har bevisbördan för att det föreligger en undantagssituation (Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1388-12).

Kommunen har, enligt förvaltningsrättens mening, inte visat att det varit objektivt omöjligt att i detta fall beskriva produkterna på ett tillräckligt tydligt och preciserat sätt utan hänvisning till varumärke. Därtill kommer att även om det skulle varit fråga om en undantagssituation så framgår det uttryckligen av lagtexten i 6 kap 4 § LOU att en hänvisning till ett varumärke ska åtföljas av orden "eller likvärdigt". Även i denna del brister förfrågningsunderlaget (jfr EU-domstolens dom i den 24 januari 1995 i mål nr C-359/93, *UNIX I*, punkt 25-28).

Kommunen har således genom att hänvisa till varumärken på sätt som skett, gynnat befintlig leverantör och missgynnat övriga anbudsgivare och det är inte visat att det föreligger en undantagssituation enligt 6 kap. 4 § andra stycket LOU. Det föreligger då en presumtion för skada eller risk för skada. Det kan konstateras att Office Depots möjligheter att tilldelas kontrakt har försämrats och de har därmed riskerat att lida skada. Upphandlingsförfarandet står således i strid med 6 kap. 4 § LOU och det finns därför skäl att ingripa enligt LOU. Då bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om.

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

Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.