



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2019-07-15

Meddelad i Stockholm

Mål nr

10133-19

SÖKANDE

Sleepify AB, 559095-8053

MOTPART

Serviceförvaltningens upphandlingsavdelning i Stockholms kommun

Box 7005

121 62 Johanneshov

Ombud: Stadsadvokat Malin Runnako Axén

Stadsledningskontoret

Juridiska Avdelningen/allmänjuridik

Hantverkargatan 3 A

105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
20190715	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 1120025

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms kommun (kommunen) har genomfört upphandling avseende tekniska hjälpmedel/medicintekniska produkter (dnr. 3.3.2-973/2017). Upphandlingen är uppdelad i delområden varav delområde G avser tyngdtäcken. Delområde G1 avser bolltäcken, G2 kedjetäcken och G3 fibertäcken. Upphandlingen genomfördes med öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och tilldelningsgrund var lägsta pris. Genom tre olika tilldelningsbeslut för delområdena 1–3 har andra leverantörer än Sleepify AB (bolaget) antagits.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

I berörd del av upphandlingen har kommunen inte följt vad som stadgas i LOU. Detta då upphandlingen varit konkurrenshämmande och begränsad till att endast tre leverantörer kunnat lämna anbud utifrån registrerade varumärken och produktpatent på delområde G. Vad gäller delområde G1 har bolltäcken efterfrågats. Bolltäcken är direkt kopplat till företaget Kom i Kapp AB som har exklusiva rättigheter att sälja bolltäcke, som är både varumärkes- och patentskyddat på svenska marknaden. Angående delområde G2 om kedjetäcken så är denna produkt direkt kopplad till företaget Somna AB, som äger varumärket kedjetäcke och har patent för detta. Gällande delområde G3 är fibertäcken direkt kopplade till Novista of Sweden AB. I exempelvis delområdena D1 och D2 i upphandlingen benämns inte specifika aktörer till att vara den enda leverantören som kan lämna anbud.

De delområden som ansökan avser tillåter dock endast en aktör att lämna anbud per område. Denna omständighet belystes i förfrågan till upphandlande myndighet.

Om LOU hade följts i detta fall hade ett ytterligare delområde avseende täcken lagts till där "valfri fyllning i täcket" efterfrågats eller att varje befintligt delområdes efterfrågade produkt slutat med "eller liknande". För att upphandlingen inte ska vara diskriminerande och strida mot principerna för offentlig upphandling så benämns kriterierna för sinnesstimulerande täcken genom att istället benämna ett täckes egenskaper av den adderade vikten istället för att benämna specifika företag eller varumärken som kopplas till varje delområde.

I andra liknande upphandlingar har tyngdtäcken efterfrågats med beskrivningar som "rörliga tryckpunkter eller dynamiskt tryck", "punktvis tryck eller hög stimulerande tryck" samt "jämnt fördelat tryck". I dessa upphandlingar nämns inte varumärken eller produkter kopplade till direkta patent eller företag. Trots dessa brister i upphandlingen lämnade bolaget in anbud för delområde G3 gällande täcken med fiber. Detta då bolagets täcken innehåller polyesterfiber och stålringar. Trots detta prövades inte anbudet då upphandlande myndighet ansåg att bolagets täcke inte innehöll fiber. Det är oklart vad upphandlande myndighet menar med fiber. Är det stålfiber, träfiber, plastfiber, bomullsfiber, glasfiber eller någon annan typ av fiber. Det framgår inte heller hur stor procentandel av täcket som dessa fiber ska stå för. Upphandlande myndighet har inte tillräcklig kunskap i vad som upphandlats då det företag som vann delområde G3 har både stoppning och yttertyg enbart tillverkat av plast.

Upphandlingen är således diskriminerande och strider mot bestämmelserna i LOU och de principer som gäller för offentlig upphandling.

Kommunen

Vad ansökande bolag har anfört är felaktigt och innebär inte att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de principer som gäller för upphandling. Berörda delområden G1–G3 i upphandlingen avser täcken för sinnesstimulering. Anbudsgivare har kunnat lämna anbud på ett eller flera delområden. Kommunen har avsett att teckna avtal med upp till tre leverantörer per delområde, under förutsättning att så många lämpliga anbud kommit in.

Kommunen tillbakavisar bolagets påstående att upphandlingsdokumenten har varit utformade på så sätt att endast tre specifika företag kunnat lämna anbud inom delområde G1–G3. Det är visserligen riktigt att ordet ”kedjetäcke” är ett registrerat ordvarumärke. Detta, liksom formuleringarna i upphandlingsdokumenten i övrigt, har emellertid inte inneburit att någon leverantör särskilt gynnas eller missgynnas i upphandlingen. Kommunen har haft för avsikt att ingå avtal med upp till tre leverantörer per delområde varför det snarare tvärtom har varit kommunens intention att behandla leverantörerna likvärdigt. Att kontrakt sedan tilldelats endast en leverantör per delområde har inte att göra med att övriga leverantörer inte har offererat produkter av visst varumärke eller liknande omständigheter. Någon diskriminering har det inte varit fråga om.

Det som kommunen efterfrågat är, som ovan nämnts, olika typer av tyngdtäcken. Prefixen boll-, kedje- respektive fibertäcke kan i sammanhanget inte förstås på annat sätt än som beskrivande av vad som utgör tyngden i täcket. Att det täcke som bolaget offererade på delområde G3 inte bedömdes vara ett fibertäcke var för att tyngden i det täcket utgjordes främst av metallringar och därmed inte har samma funktion och användningsområde som ett fibertäcke. Att den av sökanden offererade produkten inte uppfyller ställda krav är uppenbart och bolagets anbud har därför förkastats. Vad sökanden anfört

om jämförelser med andra upphandlingar saknar relevans i förevarande mål, eftersom varje upphandling är unik och utformad utifrån rådande behov och förutsättningar hos den upphandlande myndigheten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

Enligt 4 kap. 1 § LOU anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

I 9 kap. 6 § LOU anges att om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

I 20 kap. 4 § LOU anges att en förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig lidit eller kunna komma lida skada får överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundar sig på och att domstolens prövning är begränsad till åberopade grunder (se RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om kommunen vid upphandlingen har haft fog att efterfråga vissa slags täcken genom att specifikt efterfråga bolltäcke, kedjetäcke samt fibertäcke på berörda delområden, eller om kommunens förfarande i dessa delar strider mot principen om icke-diskriminering.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Kraven måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas och får inte strida mot de grundläggande principerna som har lagts fast i 4 kap. 1 § LOU, i detta mål främst principen om icke-diskriminering. Av handlingarna i målet framgår att kommunen i upphandlingen har upphandlat hjälpmedel för sinnesstimulering i form av tyngdtäcken under delområdena G1–G3. Under delområde G1 efterfrågas bolltäcke, under G2 kedjetäcke samt under G3 fibertäcke.

Av förfrågningsunderlaget samt av kommunens yttrande framgår det tydligt att det är så kallade tyngdtäcken som efterfrågas under upphandlingens delområde G. Förvaltningsrätten kan utifrån kravspecifikationerna för del-

områdena G1–G3 se att kommunen, oavsett vilket täcke det handlar om, uppställer precis samma ska-krav med samma syfte för de aktuella delområdena. De olika täckena ska således uppfylla samma funktion oavsett hur dessa är utformade till sin konstruktion. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att båda produkterna bolltäcke samt kedjetäcke är varumärkesskyddade. Dessa nämnda specifikationer hänvisar således direkt till två varumärken som tillverkar tyngdtäcken enligt ett visst framställningssätt. I förevarande fall leder detta förfarande på ett tydligt sätt att ansökande bolag missgynnas då man erbjuder ett annat tyngdtäcke med samma funktion, men att detta tyngdtäcke inte kan kvalificera sig på grund av att efterfrågade tyngdtäcken omfattas av varumärkesskydd samt att även visst framställningssätt specifikt efterfrågas.

Förvaltningsrätten kan utifrån vad som ska anskaffas i upphandlingen, alltså tyngdtäcken som hjälpmedel för sinnesstimulering, inte finna att det är motiverat av upphandlande myndighet att specifikt efterfråga bolltäcken och kedjetäcken på det sätt som gjorts när varit möjligt att istället efterfråga produkten med hänvisning till uppställda ska-krav. I upphandlingen har man inte heller för delområdena G1–G2 hänvisat till ”eller likvärdigt”, vilket är ett lagkrav om man hänvisar till en viss produkt på det sätt man gjort i upphandlingen.

Gällande delområde G3 så omfattas inte den efterfrågade produkten fibertäcke av varumärkesskydd. Att ett fibertäcke efterfrågas tolkar förvaltningsrätten som att täcket ska bestå av något slags konstfiber som ger efterfrågat täcke tyngd. Även om det för en normalt insatt anbudsgivare inte ska vara svårt att förstå vad som bör avses så är ska-kraven för detta täcke detsamma som för de övriga två delområdena. Att just fibertäcke efterfrågas specifikt får anses vara en direkt hänvisning till hur ett sådant täcke tillverkas, vilket förvaltningsrätten inte heller anser förenligt med bestämmelserna i LOU när ett tyngdtäcke med efterfrågade egenskaper ska anskaffas. Detta då ska-

kravet fortfarande är densamma på detta delområde och efterfrågade egenskaper inte är unika för just fibertäcke, utan för just tyngdtäcken överlag.

Förvaltningsrätten finner att upphandlande myndighet inte har haft några sakliga skäl att efterfråga samma slag av produkt (tyngdtäcke) med exakt samma efterfrågade egenskaper på det sätt man gjort i upphandlingen. Genom detta förfarande har myndigheten diskriminerat anbudsgivare som har tyngdtäcken med efterfrågade egenskaper men som inte har efterfrågat varumärke, framställningssätt, tillverkning eller dylikt. Sammantaget anser förvaltningsrätten att upphandlande myndighet, genom att uppdelade efterfrågade tyngdtäcken i tre delområden på det sätt man gjort, har gjort alltför ingående hänvisningar till det som ska anskaffas för att upphandlingen i denna del ska anses förenligt med vad som stadgas i LOU. Av vad som framkommit i målet har därför upphandlande myndighet brutit mot principen om icke-diskriminering.

Av utredningen framgår att bolaget i upphandlingen erbjudit ett tyngdtäcke som innehållit polyesterfiber och stålringar. Detta täcke har av upphandlande myndighet diskvalificerats under delområde G3 då man ansett att täcket, på grund av att det innehåller stålringar, inte har samma funktion som ett fibertäcke. Detta trots att samma ska-krav ställdes för alla delområden för G1–G3. Utifrån att bolagets erbjudna tyngdtäcke har annan konstruktion än vad uppgivna delområden tillåter i upphandlingen har bolaget inte kunnat offerera produkten på samma villkor som eventuella andra anbudsgivare, oavsett om bolagets tyngdtäcke uppfyllt ska-kraven i övrigt. Bolaget har genom upphandlande myndighets förfarande varit förhindrad att på lika villkor konkurrera med andra anbudsgivare vad gäller efterfrågade tyngdtäcken. Således har bolaget lidit skada eller riskerat lida

skada på det sätt som avses i LOU. Skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört föreligger således och upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Linnea Skarle
Förvaltningsrättsfiskal

Martin Menyes har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

