



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-04-26
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1734-12
Enhet 2

SÖKANDE

Skanska Asfalt och Betong AB, 556793-1638
169 83 Solna

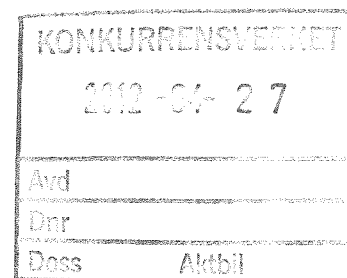
Ombud: Anders Lagerund

MOTPART

Tekniska nämnden i Norrköpings kommun
601 81 Norrköping

SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Skanska Asfalt och Betong AB:s ansökan och
beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 80565

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Tekniska nämnden i Norrköpings kommun (kommunen) genomför en offentlig upphandling av underhållsbeläggningar i Norrköpings kommun (*Underhållsbeläggningar 2012-2015*). Upphandlingen sker genom förenklat förfarande. Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för kommunen ska antas. Enligt tilldelningsbeslut den 5 mars 2012 antog kommunen det anbud som lämnats av Asfaltsgruppen Öst AB.

Skanska Asfalt och Betong AB (Skanska) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att den ska göras om.

Kommunen bestrider Skanskas yrkande om att upphandlingen ska göras om och yrkar att ansökan om överprövning ska avslås.

PARTERNAS ARGUMENTATION

Skanska

Kommunen har i upphandlingen brutit mot huvudprinciperna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet (transparens), enligt LOU 1 kap 9 § samt mot bestämmelsen angående tekniska specifikationer i 6 kap 4 § på sätt som närmare utvecklas nedan. Som en följd av att kommunen i upphandlingen brutit mot sina förpliktelser enligt LOU har Skanska lidit skada, eller i vart fall riskerar att lida skada.

Upphandlingen är gjord i enlighet med Administrativa Föreskrifter och av AFB.52 i dessa föreskrifter framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas baserat dels på vissa miljökriterier och dels på offererade priser. Efter korrigering från kommunens sida i dokument "frågor och svar" gäller att priser utvärderas endast genom en s.k. mängdför-

teckning. Mängdförteckningen upptar olika typer av arbeten/asfaltsbeläggningar som är tänkta att utföras under kontraktet. De åpriser som sätts in på posterna med arbeten/beläggningar multipliceras sedan med den angivna mängden och på så sätt får man fram ett anbudspris. Genom att subtrahera värdet på miljökriterierna från anbudspriset erhålles en jämförelsesumma som utgör grund för anbudsutvärderingen. En mycket stor post i mängdförteckningen utgörs av s.k. specialbeläggningar. Sammantaget utgör dessa poster i mängdförteckningen cirka 25 procent av anbudspriset. Specialbeläggningarna har med andra ord haft en helt avgörande betydelse för upphandlingen. Som namnet antyder är specialbeläggningarna inga etablerade standardprodukter som övriga i mängdförteckningen ingående asfaltbeläggningar, t.ex. ABT, ABS och AG. Sistnämnda asfaltsbeläggningar är definierade och reglerade i AMA. AMA är ett regelverk som är framtaget av byggbranschen och som innehåller definitioner samt standardbeskrivningar för olika typer av produkter och arbeten. De upptagna specialbeläggningarna är däremot beläggningar/metoder som tillhandahålls av Skanska och även NCC, och specifikationerna av dessa beläggningar är inte allmänt kända. Vidare är specialbeläggningarna i flera fall inte ens möjliga att definiera eftersom produktrecept och utförande skräddarsys och varierar utifrån de specifika förutsättningar som gäller i varje enskilt fall. Utförande av specialbeläggningar kopplas till olika egenskaper och funktionskrav som i sin tur är beroende av trafikmängd, förväntat slitage, vägkroppens prestanda samt andra unika förutsättningar för varje objekt. Ett grundläggande fel i upphandlingen är alltså att det överhuvudtaget inte går att avgöra vad som egentligen ska upphandlas. För att leva upp till kraven som ställs i LOU skulle kommunen ha definierat vilka krav, egenskaper och förutsättningar som skulle ha gällt. Det finns en uppenbar risk att vinnande anbud offererar produkter/beläggningar som skiljer sig radikalt från angivna specialbeläggningar och att vinnande anbudsgivares prissättning skulle blivit en helt annan om alla förutsättningarna varit kända. Vad gäller eventuellt förekommande produktblad för special-

beläggningsarna är detta fråga om reklammaterial som saknar all relevans i sammanhanget. Reklamaterialet har överhuvudtaget inte utgjort del av förfrågningsunderlaget och ger endast en mycket översiktlig bild över vad specialbeläggningar är och hur de kan användas. Skanska kan inte vitsorda att produktbladen är allmänt tillgängliga. Förutsättningarna för att använda den undantagsmöjlighet att använda fabrikat/varumärken som teknisk specifikation i 6 kap 4 § är inte uppfyllda.

Skanska uppmärksammade kommunen på den bristande transparensen redan i anbudsskedet. På fråga hur specialbeläggningar definieras uppger kommunen svävande att detta är beläggningar med utökade funktionella krav. Skanska noterar att kommunen är av uppfattningen att det är funktionskraven som är det väsentliga beträffande specialbeläggningarna. Skanska har ingen annan åsikt. Kommunen påstår emellertid att det inte är möjligt att ange några funktionella krav på annat sätt än genom att hänvisa till angivna produktnamn. Påståendet är helt felaktigt. Aktuella specialbeläggningar är närmast att likna vid koncept och metoder där även val av utrustning kan variera och kan inte alls användas för att beskriva föremålet för upphandlingen. Skanska vill som ett exempel hänvisa till Trafikverkets funktionsbeskrivning vid en upphandling i Halland i år. Trafikverket som är Sveriges mest professionella upphandlare av beläggningsentreprenader har kunnat beskriva funktionskrav för en beläggningsupphandling. Trafikverket hänvisar inte till produktnamn i sina upphandlingar såsom kommunen gjort. En föregångare bland kommunerna på detta område är Göteborgs Stad som på ett tydligt sätt beskriver vilka funktionella krav man ställer på tillverkad asfaltmassa och utförda asfaltbeläggningar. Detta visar med all önskvärd tydlighet på det orimliga i kommunens påstående om att det inte går att ange funktionskrav för asfaltbeläggningar. Att försöka rättfärdiga upphandlingens upplägg beträffande specialbeläggningarna med hänvisning till 6 kap 4 § LOU faller på sin egen orimlighet.

Skanska ställde även frågan vilka egenskaper kommunen ville skulle uppfyllas och vilka kravnivåer som gäller för olika vägtyper/mängder. Svaret på detta var att kommunen och entreprenören tillsammans avgör egenskaperna och att kravnivåerna är lika med AMA 07. Det är naturligtvis en orimlig ståndpunkt att kommunen tillsammans med vinnande entreprenör i efterhand ska kunna avgöra hur upphandlingsföremålet ska definieras. Vidare vitsordar kommunen att anbudsgivare kan komma att offerera olika typer av specialbeläggningar samt att kommunen uppger att det är kommunen själva som avgör likvärdigheten. Detta är inte förenligt med LOU eftersom likvärdighetsbedömningen då inte blir något annat än godtycke. Anbudet har inte lämnats under lika förutsättningar.

Till detta kan konstateras att kommunen i flera fall har valt att ange olika fabrikat/varumärken av specialbeläggningar. Detta ökar förvirringen ännu mer. Produkterna *Duraseal*, *Stabinor* och *Duratop* är beläggningar som tillhandahålls av Skanska och *Viacomat*, *Viacotop* och *Densiphalt* är beläggningar från NCC. Skanska saknar ingående kunskap om NCC produkter, men har kännedom om att NCC produkterna *Viacomat* och *Viacotop* innehåller cellulosa som en ingrediens emedan Skanskas produkter innehåller polymerer. Att använda polymerer är dyrare än att använda cellulosa. Olikskheterna mellan produkterna är betydande. Det säger sig självt att det inte går att avgöra vad som är en likvärdig produkt under sådana förhållanden. Skanska noterar för övrigt att kommunen vitsordar att de olika produktnamnen som kommunen hänvisar till är inbördes olika.

Ovanstående strider såväl mot de grundläggande principerna som kommer till uttryck i 1 kap 9 § LOU som mot 6 kap 4 § i samma lag. Skanska har lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada. Bristerna är av sådan art och omfattning att den enda möjliga påföljden är att upphandlingen görs om.

Kommunen

I 6 kap 4 § LOU, angående uppgifter om ursprung, tillverkning m.m. i upphandlingsförfarandet, sägs följande.

”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”.”

I den aktuella upphandlingen har beställaren, kommunen, inte kunnat beskriva produkten specialbeläggning utan att använda den metod som beskrivs i lagtexten ovan. Vid beskrivningen har ett antal produktnamn använts som exempel, med vissa inbördes olikheter, men alla inom det spann som uppfyller beställarens funktionskrav för specialbeläggningar. Beskrivningen har följts av orden ”eller likvärdigt”, vilket ger alla anbudsgivare möjlighet att offerera olika typer av specialbeläggningar. Beställaren har att avgöra likvärdigheten och har i den aktuella upphandlingen varit angelägen om att inte begränsa konkurrensen. I fråga om specialbeläggningar sker fortlöpande en utveckling på marknaden, produkter kan bytas ut eller modifieras, även under löpande avtalsperiod. Av detta skäl är det funktionskraven som är det väsentliga för beställaren, inte en viss produkts exakta innehåll eller sammansättning. Funktionskraven har framgått genom de exemplifierade produkterna med tillhörande produktblad, som är allmänt tillgängliga. Detta tillvägagångssätt tillförsäkrar likabehandling, öppenhet och förutsägbarhet enligt 1 kap 9 § LOU. Kommunens tilldelningsbeslut ska därför stå fast.

Asfaltgruppen Öst AB

Kommunen har varken brutit mot 1 kap 9 §, 6 kap 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU, utan upphandlingen har genomförts helt i enlighet med bestämmelserna i LOU. Skanska kan därför inte lida skada eller riskera att lida skada, och ansökan ska därför avslås.

Utgångspunkten i 6 kap 4 § LOU är att en upphandlande myndighet inte får hänvisa till ett visst varumärke om det medför att vissa företag gynnas eller missgynnas. Om hänvisningen däremot inte leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas är det således tillåtet för den upphandlande myndigheten att hänvisa till visst varumärke enligt LOU. Detsamma gäller om det inte utan att hänvisa till visst varumärke är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt, och förutsatt att hänvisningen i så fall följs av orden ”eller likvärdigt”.

Av det ovan anförda följer att Skanska inte har lidit skada. Skanska har haft information om samtliga specialbeläggningstyper. Skanska har offereerat specialbeläggningstypen *Stabinor*, varför det får antas att Skanska haft full insikt i produktspecifikationerna för *Stabinor*. För övriga positioner finns lätt tillgängliga produktblad för minst en av de produkter som kommunen hänvisat till. Skanska har därför med lätthet kunnat bilda sig en klar och tydlig bild av vad som efterfrågats i upphandlingen, och vilka produkter som kan anses likvärdiga med de produkter som kommunen hänvisat till. Skanska har därför inte missgynnats av att kommunen hänvisat till vissa varumärken. Kommunen har därmed inte brutit mot de grundläggande principerna eller 6 kap 4 § LOU och det saknas därför skäl att bifalla Skanskas ansökan.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext m.m.

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. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas vid upphandlingar.

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. 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”.

Om den upphandlande myndigheten har 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 enligt lagens 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredning

Kommunen har i förfrågningsunderlaget beskrivit posten ”specialbeläggningar” genom att referera till vissa varumärken med tillägget ”eller likvärdigt”. I å-prislistan har kommunen angett följande.

Volym	Beläggningstyp	Bindemedel	Enhet	Å-pris/m ²	Summa
[...]					
	Specialbeläggningar				
4500	Typ: Duraseal, Viacomat eller likv.		m ²	0	0
30000	40 mm, typ Stabinor eller likv.		m ²	0	0
4600	32 mm, typ Duratop, Viacop eller likv.		m ²	0	0
1500	Typ: Densiphalt eller likv.	>120Mpa, frostbeständigt i salt miljö	m ²	0	0

Vidare har kommunen i dokumentet "frågor och svar" definierat specialbeläggningar som "beläggningar med utökade funktionella egenskaper" samt angivit att kommunen och entreprenören tillsammans avgör egenskaperna och att kravnivåerna är lika med AMA 07.

FRÅGOR OCH SVAR 2012-02-09

Fråga	Svar
1. AFB.52 B. Anbudspris "Anbudspris utgörs av summan i prissatt mängdförteckning + summan av lämnade å-priser enligt till anbudet bifogad å-prislista." Ett förtydligande över hur "Steg 3; Utvärdering av anbudets jämförelsepris" kommer att utföras vore önskvärt?	1. Texten i AF-delen är tyvärr fel. Det ska bara vara en mängdförteckning som skall utvärderas enligt AFB.52 Steg 3.
2. Angående posterna "Specialbeläggningar" Hur definieras "specialbeläggningarna"?	2. Beläggningar med utökade funktionella egenskaper.
3. Normalt imebär	3. Egenskaperna avgör Kommun och

specialbeläggningar att olika s.k. funktionella krav skall uppfyllas. Dessa är i sin tur kopplade till förväntade trafikmängder på olika objekt. Vilka egenskaper vill kommunen skall uppfyllas och vilka kravnivåer gäller för olika vägtyper/mängder?	Entreprenör tillsammans och kravnivåer är lika med AMA 07.
4. När man anger ett firmamärke typ Stabinor eller likv. Skall man inte då enligt LOU kap 6 ange vad likvärdigheten avser	4. Om en likvärdig produkt offereras kommer kommun att bedöma om likvärdigheten uppfylls.

I målet föreligger kompletterande dokumentation i form av;

- Tilldelningsbeslut daterat den 5 mars 2012 för upphandlingen *Underhållsbeläggningar 2012-2015*,
- Administrativa föreskrifter för upphandlingen *Underhållsbeläggningar 2012-2015*,
- Dokumentet "Frågor och svar" för upphandlingen *Underhållsbeläggningar 2012-2015*,
- Mängdförteckning för upphandlingen *Underhållsbeläggningar 2012-2015*,
- Produktspecifikation för *Viacop*,
- Produktspecifikation för *Densiphalt*,
- Produktblad för *Stabinor*,
- Funktionsbeskrivning för underhållsbeläggningar vid upphandling i Halland 2011,
- Beskrivning av funktionella krav på tillverkning av asfaltmassa och utförande av spårbeläggningar inom Göteborgs stad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fråga i målet är om kommunen genom att hänvisa till vissa varumärken vid beskrivandet av föremålet för upphandlingen har brutit mot huvudprinciperna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet (transparens) i 1 kap 9 § LOU samt mot bestämmelsen avseende tekniska specifikationer i 6 kap 4 § samma lag.

I den i målet aktuella upphandlingen så är posten specialbeläggningar av avgörande betydelse för anbudspriset. Som namnet antyder är specialbeläggningar inga etablerade standardprodukter och kommunen har för att beskriva dessa i förfrågningsunderlaget refererat till ett antal varumärken.

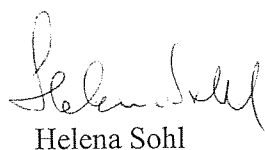
Av förarbetena till aktuell lagstiftning framgår att det i undantagssituationer kan vara nödvändigt att hänvisa till visst varumärke för att kunna beskriva föremålet för en upphandling tillräckligt preciserat och begripligt (jfr prop. 2006/07:128 s. 193 f.). I Kammarrättens i Jönköping dom den 4 augusti 2011, mål nr 1903-1913-11, konstaterar dock Kammarrätten att det normalt sett är svårt att tänka sig en situation när en hänvisning till visst varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. De tekniska specifikationerna i en kravspecifikation får därför i princip inte hänvisa till visst varumärke, eftersom sådana specifikationer normalt blir handelshindrande och därmed också ett hindrande eller begränsande av den inre marknads funktion. Det kan till exempel handla om att tidigare leverantörer eller kända varumärken favoriseras (jfr Pedersen, Upphandlingens grunder, 2011, s. 91 f.). Det ska således vara i princip objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt, för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 september 2010, mål nr 2193-10, och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s. 216).

Förvaltningsrätten finner inte förevarande situation vara en sådan undantagssituation som omtalas i förarbeten och praxis. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet konstaterar rätten att det är möjligt att beskriva funktionskrav för beläggningsupphandlingar utan att använda referensprodukter. Skanska har i målet bland annat framhållit Trafikverkets upphandling för underhållsbeläggningar i Halland där det inte hänvisats till produktnamn. Följaktligen kan det inte anses vara objektivt omöjligt att beskriva specialbeläggningarna i den i målet aktuella upphandlingen endast utifrån funktionskrav och därmed föreligger inte en undantagssituation enligt 6 kap 4 § LOU.

Kommunen har således formulerat förfrågningsunderlaget utan att iaktta de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och

transparens, och har genom att hänvisa till vissa varumärken vid beskrivningen av föremålet för upphandlingen brutit mot 1 kap 9 § LOU samt mot 6 kap 4 § samma lag. Skanska kan ha lidit skada genom felaktigheterna. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bris-terna hänför sig till förfrågningsunderlaget måste åtgärden bestå i att upphandlingen görs om.

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



Helena Sohl

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU