

KLAGANDE

Göteborgs Stads Upphandlings AB, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

MOTPART

Engelska Tapetmagasinet AB, 556439-0408
Västra Hamngatan 18
411 17 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 19 oktober 2015 i mål nr
6244-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till
förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) yrkar att
kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Engelska
Tapetmagasinet AB:s (Engelska Tapetmagasinet) ansökan om överprövning
i den fråga som prövats av förvaltningsrätten.

Engelska Tapetmagasinet anser att överklagandet ska avslås.

KONKURRENS-
Dok.Id 346884 VERKET / UPPHANDLINGSENHETEN / F.K.

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



SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målet gäller

Den första frågan kammarrätten har att ta ställning till är om vissa företag har gynnats eller missgynnats genom att Upphandlingsbolaget i förfrågningsunderlaget har hänvisat till referensprodukter.

Om svaret på den inledande frågan är ja uppkommer frågan om det varit möjligt för Upphandlingsbolaget att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukterna.

Rättslig reglering

Enligt 6 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad 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”.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget har en varukorg med 269 stycken produkter efterfrågats. Produkterna har angetts genom att en hänvisning gjorts till varunamn och artikelnummer för de produkter som befintliga leverantörer tillhandahåller. I förfrågningsunderlaget anges vidare att referensprodukterna endast är för information och att likvärdiga produkter accepteras. På flera positioner i varukorgen anges Flüggers produkter som referensprodukter.

Vad parterna anfört

Upphandlingsbolaget anser inte att något företag har gynnats eller missgynnats till följd av förfrågningsunderlagets utformning och har anfört bl.a. följande. För att underlätta för anbudsgivarna har en hänvisning gjorts till respektive tillverkares produkt hos befintlig leverantör som har en referensprodukt.

Eftersom endast tre av Engelska Tapetmagasinets offererade referensprodukter har varit av varumärket Flügger har referensprodukterna rent faktiskt endast haft effekt på en procent (3/269) av bolagets totala anbud. Engelska Tapetmagasinets anbud har varit drygt 500 000 kr högre än det dyraste anbudet bland de antagna leverantörerna. Bolaget kan därför inte anses ha missgynnats till följd av hänvisningen till referensprodukter.

Vidare har Flügger placerat sig på fjärde plats i utvärderingen varför det är konstaterat att tre andra leverantörer har presterat bättre anbud än Flügger trots hänvisningen till referensprodukter. Ingen av dessa tre leverantörer har haft någon fördel av referensprodukterna eftersom produkterna baserats på försäljningsstatistik från befintliga leverantörers produkter, vilka är Engelska Tapetmagasinet och Flügger.

När det gäller frågan om det varit möjligt för Upphandlingsbolaget att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukterna har bolaget anfört att det, till skillnad från andra produktområden, saknas ett tillämpligt referenssystem för kvalitetsnivåer och att det inte heller finns något självklart system för klassificering och terminologi framtagen för det aktuella produktområdet. Enligt Upphandlingsbolaget är det inte rimligt att myndigheten ska neutralisera kvalitetsnivåer för produkter av så skiftande slag som i aktuell upphandling. Detta skulle också kräva att utomstående och oberoende experter behöver konsulteras. Vidare anser Upphandlingsbolaget att det skulle innebära ett omfattande arbete för

leverantörerna att komma in med bevis för kravuppfyllnad av efterfrågade produkter och att leverantörerna i stället har den kunskap som krävs för att bedöma om en produkt är likvärdig eller inte med angivna referensprodukter.

Engelska Tapetmagasinet har anfört följande. Omständigheten att bolaget endast har offererat ett begränsat antal av Flüggers produkter saknar betydelse. Inte heller innebär Flüggers fjärdeplacering i sig att Flügger inte har gynnats av referensprodukterna. Flügger har inte behövt utvärdera sina egna produkter under anbudsförfarandet och har med trygghet kunnat erbjuda dessa utan närmare granskning och dessutom haft möjlighet att erbjuda ett förmånligt pris.

När det gäller frågan om det varit möjligt för Upphandlingsbolaget att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukterna har Engelska Tapetmagasinet anfört att det är uppenbart att flera av Flüggers produkter som Upphandlingsbolaget hänvisat till har kunnat beskrivas i neutrala termer, t.ex. Flügger lackpensel, Flügger ultraskrapa och Flügger maskeringstape med varierande mått. Omständigheterna att det skulle vara svårt och kräva expertis för att beskriva vissa produkter i neutrala termer är inte tillräckligt för att undantaget ska få tillämpas. Ett sådant underlag för att tillhandahålla en neutral produktbeskrivning är inte omöjligt att skapa. Dessutom är det direkt felaktigt att hänvisningen till referensprodukterna har underlättat arbetet för anbudsgivarna eftersom de har behövt gå igenom och tolka innehållet i Flüggers produktbeskrivning.

Kammarrättens bedömning

Även om de aktuella referensprodukterna finns fritt tillgängliga på marknaden är det sannolikt att ett företag som normalt sett inte har produkterna i sitt sortiment eller inte samarbetar med tillverkaren av produkterna, missgynnas i förhållande till de företag som använder sig av

produkterna. Enligt kammarrättens mening är det generellt sett svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag.

Kammarrätten anser därför att hänvisningen till de aktuella referensprodukterna i varukorgen leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Frågan är då om det varit möjligt för Upphandlingsbolaget att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukterna.

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 sådana fall är inte att 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 eller inte för Upphandlingsbolaget att beskriva föremålet för upphandlingen bör vara om en sådan beskrivning, t.ex. av krav på funktion och egenskaper, hade inneburit att det blev mer tydligt och begripligt för leverantörerna vad myndigheten efterfrågade. Kammarrätten anser att en långtgående precisering av krav på funktion och egenskaper, antingen direkt i kravspecifikationen eller genom hänvisning till t.ex. bifogade produktblad, rimligen inte hade gjort föremålet för upphandlingen mer tydligt och begripligt.

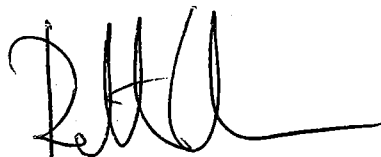
Omständigheten att det rör sig om en varukorg bestående av 269 stycken produkter talar dessutom än mer för att en sådan precisering riskerat att begränsa utrymmet att offerera likvärdiga produkter. Kammarrätten anser

därför att det inte har varit möjligt för Upphandlingsbolaget att beskriva de efterfrågade produkterna tillräckligt preciserat och begripligt utan att använda sig av referensprodukter. Vid denna bedömning kan inte heller bortses från den omständigheten att av de tre leverantörer som placerat sig före Flügger i utvärderingen har två offererat en Flüggerprodukt vardera och den tredje uteslutande likvärdiga produkter. Varukorgens utformning har därmed inte påverkat leverantörernas möjlighet att offerera konkurrenskraftiga anbud.

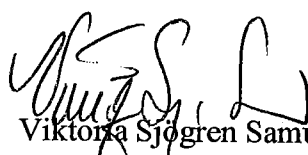
Eftersom hänvisningen till referensprodukterna har följts av orden "eller likvärdigt" anser kammarrätten att Upphandlingsbolaget inte har brutit mot formkravet i 6 kap. 4 § LOU. Upphandlingsbolaget har därför inte på denna grund brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten har därmed inte haft fog för att på angivna grunder bestämma att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas.

Engelska Tapetmagasinet har i sin ansökan om överprövning gjort gällande att det finns ytterligare skäl för att upphandlingen ska göras om. Dessa grunder har inte prövats av förvaltningsrätten. Med hänsyn till instansordningsprincipen ska därför målet visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

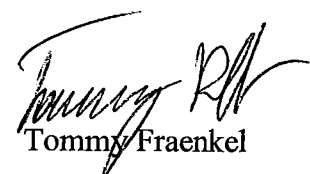
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Petter Classon



Viktoria Sjögren Samuelsson
referent



Tommy Fraenkel



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2015-10-19
Meddelad i
Göteborg

akt bil 10
Sida 1 (16)

Mål nr
6244-15

Bilaga A

SÖKANDE

Engelska Tapetmagasinet AB, 556439-0408
Västra Hamngatan 18
411 17 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stads UpphandlingsAktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Göteborgs Stads UpphandlingsAktiebolags upphandling av färg, lack, lim och tapeter inklusive tillbehör, dnr 0358/13, ska göras om.

BAKGRUND

Göteborgs Stads UpphandlingsAktiebolag (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling av färg, lack, lim och tapeter inklusive tillbehör, dnr 0358/13.

Av tilldelningsbeslutet framgår att andra leverantörer än Engelska Tapetmagasinet AB (nedan Engelska Tapetmagasinet) har tilldelats kontrakt.

YRKANDEN M.M.

Engelska Tapetmagasinet yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Hänvisning till referensprodukter

Efterfrågade produkter bygger på Flüggers sortiment, vilket framgår av uttryckliga hänvisningar till produktnamn och artikelnummer. Sortimenten-listan verkar ha kopierats rakt av och många produkter överlappar varandra utan att det är någon direkt skillnad mellan produkterna. Likvärdiga produkter har visserligen accepterats, men övriga anbudsgivare har till skillnad från Flügger tvingats gå igenom Flüggers produktbeskrivningar för att försöka utröna vad som efterfrågas. Detta har inneburit ett omfattande arbete och en betydande risk för tolkningsproblem. För det fall en likvärdig produkt inte har offererats har anbudsgivaren bestraffats genom prissättningen. Det skulle varken ha varit svårt eller omöjligt att i stället beskriva flertalet produkter på ett objektiva sätt så att anbudsgivare skulle kunna avgöra vad som efterfrågas. Upphandlingen strider i denna del mot likabehandlingsprincipen och bör göras om. Det kan även konstateras att det ibland inte ens har varit möjligt att offerera annat än produkter från Flügger. Det finns exempelvis bara två kollektioner

byggtapetpapper på marknaden, Borosan Papper och motsvarigheten från Flügger. Upphandlingen strider i denna del mot principen om ickediskriminering som stadgar att det inte är tillåtet att ställa krav som i praktiken innebär att leverantörer inte kan delta i upphandlingen.

Valt upphandlingsförfarande

Upphandlingsbolaget har bytt upphandlingsförfarande trots att det förfarande som har annonserats egentligen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen (se Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, 2 u, s. 157, med hänvisning till C-87/94, Kommissionen mot Belgien [Wallonska bussarna], REG 1996, s. 1-2043.) Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket punkt 1 h LOU om övergång till förhandlat förfarande är därvid inte tillämplig eftersom den rör tilldelning, inte kvalificering. Bestämmelsen avser dessutom förhandlat förfarande som har annonserats, vilket inte har skett. Enligt 4 kap. 6 § LOU finns visserligen möjlighet att undantagsvis avstå från annonsering om anbudsgivare uppfyller kraven i 10 kap. och 11 kap. LOU, det vill säga de krav som ställs på leverantören, men då måste kraven på anbuds föremålet vara uppfyllda, vilket inte har varit fallet. Oavsett vilket så medför inte en annan upphandlingsform att anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav kan accepteras. Samtliga anbudsgivare som uppfyller kraven enligt 10 kap. och 11 kap. LOU ska dessutom bjudas in till förhandling (se a.a. s. 177.), vilket inte har skett. Den i upphandlingsprotokollet angivna kontrollen och ifrågasättandet av varor och begärda intyg har inte heller ägt rum. Det är uppenbart att skada kan ha uppkommit genom att Engelska Tapetmagasinet inte har bjudits in till förhandling. Upphandlingen ska därför göras om.

Krav på kemiskt innehåll

Det kan inledningsvis konstateras att en oerhörd mängd dokument skulle bifogas avseende kemiskt innehåll. Till och med en av Sveriges största

färgtillverkare, Nordsjö, hade svårt att få fram uppgifter för att uppfylla krav på exempelvis så kallad "Helhetsbedömning A eller B" i SundaHus/Byggvarubedömningar. Det har i detta fall inte varit tillräckligt med miljömärkning från någon annan leverantör. Underlaget har varit komplext, tidskrävande och svårtolkat.

I punkt 2.3.3. förfrågningsunderlaget anges ett stort antal kemiska ämnen som inte får användas i de produkter som ingår i anbudet. Vissa krav har varit omöjliga att uppfylla. Upphandlingsbolaget har exempelvis beträffande 19960 Flügger Träolja Classic färglös, 18893 Flügger Fläckförseglare spray, 99017 Flügger trafiklinjefärg och 99031 Flügger trafiklinjefärg tvingats godta att vattenbaserade produkter offereras för att kraven gällande fungicider och lacknafta skulle vara möjliga att uppfylla. Kravet kan dock dessförinnan ha skrämt bort potentiella anbudsgivare. Vidare är såväl hänvisningen till Kemikalieplan för Göteborgs Stad som planen i sig utformade på ett mycket svårtillgängligt sätt. Detsamma gäller för beskrivningen av hur verifieringen ska gå till. Det anges exempelvis i punkt 1 och 2 att det ska kontrolleras och separat intygas att produkten inte innehåller bisfenol. Det framgår dock inte hur det ska kontrolleras, vem som ska kontrollera och intyga det, hur intyget ska utformas och om intyget ska bifogas anbudet. I punkt 3 anges vidare att anbudsgivare själva kan låta göra en miljöprovning. En sådan miljöprovning ska dock vara granskad av en tredje part som är dokumenterat kompetent att göra en korrekt bedömning av kemiskt innehåll. Det framgår dock inte närmare vad som avses med tredje part, dokumenterat eller kompetent. Det framgår inte heller om granskningen ska vara skriftlig och bifogas anbudet. Förfrågningsunderlaget är således så otydligt i denna del att upphandlingen brister i fråga om såväl transparens som likabehandling. Denna otydlighet är även klarlagd genom det faktum att ingen anbudsgivare har lyckats uppfylla de obligatoriska kraven i denna del. Upphandlingen bör därför göras om på grund av såväl bristande kravuppfyllelse som otydligheten i

förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 17 juni 2008 i mål nr 3378-08). När det gäller frågan om skaderekvisitet vid otydligt förfrågningsunderlag ska framhållas att kravet är lågt ställt. För det fall domstolen finner att förfrågningsunderlaget står i strid med principen om transparens så ska leverantören anses ha lidit skada (se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 213 f.).

Anbudsfrist

I förfrågningsunderlaget, som har publicerats den 10 december 2014, har sista anbudsdag angivits till den 21 januari 2015. Fristen om 41 dagar uppfyller inte den frist som följer av 8 kap. LOU vid öppet förfarande. Upphandlingsbolaget har därefter förlängt fristen till den 26 januari 2015. En sådan förlängning är dock inte förenlig med 8 kap. LOU. Upphandlingen ska därför göras om.

Antal leverantörer och leverantörssammansättning

Flügger har initialt antagits som den första av tre leverantörer. Bolaget har därefter justerat upp sitt pris med 62 procent och hamnat på fjärde plats i rangordningen. Detta borde ha lett till att bolaget inte längre var aktuellt för tilldelning, men Upphandlingsbolaget har istället valt att gå vidare med fyra leverantörer. Detta framstår som ett mycket märkligt sammanträffande.

Det kan även noteras att tre av de fyra leverantörerna är färgtillverkare trots att det anges i LOU att staden ska eftersträva en leverantörssammansättning som gynnar konkurrensen samt att små och medelstora företag ska ges möjlighet att vara leverantör till staden när så är möjligt med hänsyn till gällande lagstiftning. Detta gör det omöjligt för övriga anbudsgivare att ge en vettig prisbild eftersom de måste köpa färgen från

färgleverantörerna. Engelska Tapetmagasinet måste även köpa in byggtapetpapper från bland annat Flügger.

Offererade produkter som har utgått ur tillverkarens sortiment

I förfrågningsunderlaget anges tydligt att samtliga tapeter ska prissättas och vara godkända vid anbudsutvärderingen. I prisbilagan, position 2, anges dock Decorama Papper 2011 som exempel på en sådan tapet som kan ingå i anbudet trots att produkten har utgått ur tillverkarens sortiment. För det fall en viss produkt utgår ur tillverkarens sortiment under löpande avtal kan problemet lösas på avtalsrättsliga grunder, vilket i normalfallet inte innebär något problem. Det är dock en helt annan fråga när produkten har utgått ur tillverkarens sortiment redan på anbudsstadiet. Prisbilagan blir då otydlig, vilket kan få till följd att leverantörer inte lämnar anbud då de har fått uppfattningen att kravet inte kan uppfyllas. Påståendet att vissa anbudsgivare har produkten i lager och därför kan offerera den är en sanning med modifikation. Upphandlingsbolaget vill nämligen ha full leveransservice, vilket i praktiken betyder att leverantören ska kunna leverera tapet från samma färgbud. Detta kommer att bli praktiskt omöjligt redan efter någon vecka eftersom tapeten har utgått ur tillverkarens sortiment. Färg och Tapetspecialisten, Caparol och Happy Homes har trots detta offererat tapeten ifråga utan att ha blivit diskvalificerade, medan Engelska Tapetmagasinet istället har offererat en dyrare tapet som har lett till ett mindre konkurrenskraftigt anbud. Bestrafningen av Engelska Tapetmagasinet, som har lämnat korrekta uppgifter, innebär en överträdelse av principerna om likabehandling och transparens. Upphandlingen ska därför göras om.

Brister i anbudet från Flügger

Av förfrågningsunderlaget framgår att ordinarie butikspris ska anges i SEK exklusive mervärdeskatt i den enhet som efterfrågas och inkludera samtliga kostnader. Det framgår vidare tydligt av förfrågningsunderlaget att siffror,

pris och bilagor ska vara helt korrekta för att leverantörer inte ska diskvalificeras. Flügger har trots detta fått justera sina priser och korsreferera till nettoprislistan i efterhand. Bolaget bör antingen stå för sin offert eller få anbudet förkastat. Flügger har även redovisat extern kapacitet som inte uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet.

Övriga frågor

Engelska Tapetmagasinet har, trots ramavtal med Upphandlingsbolaget de senaste fyra åren, inte haft en enda order från exempelvis Poseidon eller Gårdstensbostäder. Det har framkommit att inköp istället har skett direkt från målerierna och att Poseidon, med cirka 26 000 lägenheter, har tecknat ett eget avtal med "Nya Tapetaffären". Detta visar på orimligheten i denna upphandling. Om Upphandlingsbolaget inte bryr sig om ifall offererade produkter existerar, angivna priser är korrekta eller ramavtalet ens kommer att uppfyllas känns allting som ett spel för gallerierna.

Sammanfattningsvis har Engelska Tapetmagasinet riskerat att lida skada på grund av otydligheterna i förfrågningsunderlaget och övriga anförda brister.

Upphandlingsbolaget anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Hänvisning till referensprodukter

Upphandlingen är uppbyggd kring en varukorg med referensprodukter där produkter som inte uppfyller kraven tilldelas ett alternativpris (belastningsvärde), vilket är helt vedertaget för varuupphandlingar och i enlighet med gällande rättspraxis. Valet av referensprodukter har baserats på den tillgängliga försäljningsstatistiken och sortimentet i nuvarande avtal med Flügger och Engelska Tapetmagasinet. Det framgår tydligt av svarsbilagan att likvärdiga produkter accepteras samt att uppgifterna om

produktnamn och artikelnummer endast har angetts som information. Vid en varukorgupphandling av nu aktuellt slag där ett stort antal produkter efterfrågas är det inte möjligt att beskriva varje enskild produkt på ett sådant klart och tydligt sätt att anbudsgivarna kan avgöra vad som efterfrågas utan hänvisningar till referensprodukter. Det skulle inte heller ha tjänat något praktiskt syfte. Alltför långtgående preciseringar skulle i stället ha kunnat begränsa utrymmet för anbudsgivare att offerera likvärdiga produkter (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903--1913-11). Det skulle även ha medfört en större osäkerhet kring vilka produkter som hade kunnat offereras.

Det är vidare inte tillräckligt att blankt påstå att bolaget har betagits möjligheten att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Sökanden måste istället konkretisera på vilket sätt anbudet hade förbättrats eller resultatet förändrats om det påstådda felet inte hade förekommit (jfr HFD 2013 ref. 53). Det kan därvid konstateras att varukorgens utformning inte på något sätt har påverkat möjligheten att lämna konkurrenskraftiga anbud. Detta framgår tydligt genom att Färg och Tapetspecialisten inte har offererat någon Flüggerprodukt, Alcro och Färghuset Nordsjö endast har offererat en Flüggerprodukt och Engelska Tapetmagasinet endast tre Flüggerprodukter. Tre av anbudsgivarna har dessutom placerat sig före Flügger vid utvärderingen. Förhållandet att Engelska Tapetmagasinet, i egenskap av återförsäljare, möjligen har svårt att konkurrera med tillverkare som kan ha kortare kedjor från produktion till försäljning är en annan sak. Det är en naturlig följd av konkurrenssituationen på den aktuella marknaden och hade inte förändrats av en mer generellt utformad varukorg. Sammanfattningsvis kan konstateras att Engelska Tapetmagasinet har offererat godkända produkter ur sitt eget sortiment, men lämnat ett anbud som skulle ha behövt vara drygt 500 000 kr lägre för att ha kunnat antas. Det är endast de tre positionerna där Engelska Tapetmagasinet har offererat en Flüggerprodukt som kan ha betydelse för en annan utformning av anbudet.

Bolaget har mot denna bakgrund inte visat att anbudet skulle ha förbättrats på ett sådant sätt att bolaget har lidit skada enligt 16 kap. 6 § LOU.

Valt upphandlingsförfarande

Vid kontroll av anbudena har konstaterats att samtliga anbudsgivare har uppfyllt de formella kraven i 10 och 11 kap. LOU, det vill säga kraven på leverantörerna. Alla anbud har dock haft brister avseende offererade produkter eller verifikat. I ett sådant läge är det korrekt att besluta om övergång från öppet till förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § första stycket 1 h) och 4 kap. 6 § LOU (se bl.a. Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 12 mars 2015 mål nr 29583-14). Beslutet om övergången har dokumenterats och uppgifter har därefter begärts in per e-post från samtliga leverantörer i syfte att anpassa anbudena till de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget (jfr 4 kap. 3 § LOU). Det kan noteras att Upphandlingsbolaget inte har förhandlat om priset utan endast låtit Flügger rätta en uppenbar felskrivning.

Krav på kemiskt innehåll

Det är helt förenligt med LOU att ställa krav på att de offererade produkterna ska vara fria från vissa kemiska ämnen (jfr RÅ 2010 ref. 78). Upphandlingsbolaget har därvid stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen och styr följaktligen utformningen av kraven utifrån bland annat behovet av att ta hänsyn till Göteborgs Stads Kemikalieplan. Det är korrekt att kravet kring fungicider har justerats under anbudstiden på så sätt att kravet kan uppfyllas med vattenburna produkter. Engelska Tapetmagasinet, som har offererat vattenburna produkter, kan inte påvisa någon skada av att kravet har justerats.

Av punkt 2.3.3 i kvalificeringskraven framgår tydligt på vilket sätt verifieringen av kemiskt innehåll i offererade produkter ska ske och vilka områden som omfattas av miljöredovisningen. Upphandlingsbolaget har

dessutom besvarat två frågor kring redovisningen under anbudstiden. Det har då angetts att Basta inte godtas och att alternativpriset kommer att gälla för aktuell vara om hänvisningar sker till Basta. Det har även angetts att kravet på att korsreferera till nettoprislistan är till för att möjliggöra utvärdering och att anbudsgivare som inte kan uppfylla kraven i denna del istället får använda sig av den tredje möjligheten att verifiera innehållet. Kravets utformning i kombination med de svar som lämnats på frågor under anbudstiden kan inte anses otydligt för en leverantör med branschkännedom.

Engelska Tapetmagasinet har även lämnat in verifikat i enlighet med kravet. Bolaget har dock initialt missat att bifoga vissa verifikat trots att de har hänvisats till i anbudet. Agerandet som har föranlett att anbudet inte har varit fullständigt hänför sig därmed till förbiseende eller slarv vid anbudsinlämnandet och kan inte tillskrivas någon otydlighet i förfrågningsunderlaget. Anpassningen av anbudet till kravet kunde därför ske på ett enkelt sätt i förhandlingsmomentet genom att de i anbudet angivna verifikaten lämnades in så att anbudet var godtagbart. Engelska Tapetmagasinet kan inte heller påvisa någon skada till följd av påstådd otydlighet i förfrågningsunderlaget eftersom anbudet genom förhandlingen har anpassats till kravställningen och därmed inte uteslutits.

Anbudsfrist

Den angivna tidsfristen om 52 dagar för öppet förfarande får förkortas med sju dagar vid användning av elektroniska medel och ytterligare fem dagar när förfrågningsunderlaget finns tillgängligt elektroniskt (8 kap. 2 § jfr 8 kap. 5-6 §§ LOU). Det innebär att tidsfristen är 41 dagar när en öppen upphandling sker helt elektroniskt. Anbudstiden har dessutom förlängts med ytterligare fem dagar på grund av mellanliggande helger.

Om en upphandling upplevs som komplex genererar det normalt sett ett stort antal frågor under anbudstiden. Engelska Tapetmagasinet har dock inte ställt någon fråga och det har i övrigt bara inkommit fyra frågor, vilket är ovanligt få och i sig talar emot att upphandlingens komplexitet skulle ha medfört att anbudsgivare inte har kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud inom tidsfristen. Det kan även noteras att totalt sju leverantörer har lämnat anbud i upphandlingen. Vad Engelska Tapetmagasinet nu anför framstår därmed endast som en efterhandskonstruktion i syfte att med alla medel försöka få upphandlingen att göras om.

Antal leverantörer och leverantörssammansättning

I 5 kap. 5 § LOU anges att upphandlande myndigheter som ingår ramavtal med flera leverantörer ska ingå avtal med minst tre leverantörer. Antalet beror på vilken kapacitet som offereras, vilket upphandlande myndighet varken kan eller behöver ange på förhand. Detta framgår även av punkt 1.2.4. i förfrågningsunderlaget där det anges att antalet leverantörer som kommer att tilldelas ramavtal är beroende av antalet inkomna anbud, kapacitet, geografisk spridning och öppettider som svarar mot avtalsanvändarnas behov, varför ramavtal kan komma att tecknas med såväl färre som fler än tre leverantörer. För avtalsanvändarna och de hyresgäster som behöver besöka butiker är antalet butiker och geografisk spridning av stor betydelse. För att säkerställa avtalsanvändarnas behov gjordes bedömningen inför det andra tilldelningsbeslutet att det skulle krävas fyra leverantörer. I annat fall skulle antalet butiker ha minskat i relation till det första tilldelningsbeslutet.

Offererade produkter som har utgått ur tillverkarens sortimentet

Den aktuella produkten är benämnd byggtapet papper och är objektivt beskriven till sin kvalitet och utformning. Nuvarande leverantörs produkt har endast angetts som information för att underlätta för potentiella anbudsgivare att kunna offerera likvärdiga produkter. Upphandlingsbolaget

har vid annonseringstillfället saknat kännedom om att Decorama Papper 2011 har utgått ur produktion per den 1 januari 2015. Det ligger dock i sakens natur att sortimentet förändras under avtalstiden och att det utvärderade sortimentet utgör en nulägesbild. Förhållandet att en produkt har utgått ur tillverkarens sortiment förhindrar inte att produkten offereras eller godtas vid anbudsutvärderingen. De anbudsgivare som har offererat referensprodukten har intygat att denna har funnits lagerförd vid anbudslämnandet och alljämt finns i lager. Det saknas därvid möjlighet att inte godta en produkt som har angetts som referensprodukt (jfr C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions). Det framgår vidare av punkt 1.5.7. i förfrågningsunderlaget och avtalsvillkoren att leverantörer är skyldiga att ersätta offererade produkter som utgår ur sortimentet med ersättningsvaror vars pris inte får överstiga det avtalade priset. Det har därmed saknat betydelse för utvärderingen om en offererad produkt på sikt kommer att utgå ur sortimentet. Utvärderingen av anbuderna från de leverantörer som har offererat Decorama Papper 2011 står följaktligen inte i strid med LOU. Det kan dessutom konstateras att Engelska Tapetmagasinet har offererat en likvärdig, billigare produkt som har godtagits vid anbudsutvärderingen. Det är högst oklart vilken annan produkt Engelska Tapetmagasinet ansett sig förhindrat att offerera. Oavsett vilken tapet bolaget skulle ha offererat skulle anbudet ändå inte ha varit konkurrenskraftigt. Engelska Tapetmagasinet har följaktligen inte lidit någon skada.

Brister i anbudet från Flügger

Syftet med 9 kap. 8 § första stycket LOU är reglera hanteringen av så kallade förklaringsmisstag, det vill säga situationer när en viljeförklaring inte är bindande på grund av att motparten har insett eller borde ha insett misstaget (se 32 § första stycket avtalslagen). Bestämmelsen är en nationell bestämmelse som saknar motsvarighet i direktiv 2004/18/EG. I detta fall har det varit uppenbart att Flüggers prisangivelser har varit felaktiga då samma pris har gällt genomgående oavsett efterfrågade mått. Det finns

alltså ingen möjlighet att binda Flügger vid det ursprungliga anbudet. Samtliga produkter med efterfrågade priser har dock funnits med i den bifogade sortimentskatalogen. Flügger har därför fått rätta sina anbudspriser med stöd av 9 kap. 8 § första stycket LOU. Vid kontroll har dessa priser stämt överens med såväl tidigare angivna literpriser som sortimentskatalogens priser. Rättelsen har följaktligen inte inneburit att anbudet har förändrats i sak utan det har endast varit fråga om en objektiv nollställning för att kunna göra en korrekt jämförelse mellan anbudet. En upphandlande myndighet ska dessutom lägga samtliga uppgifter i ett anbud till grund för sin bedömning av anbudet.

Vad gäller frågan om extern kapacitet har Flügger angett i anbudet att bolaget avser att använda sin huvudtransportör DSV samt DHL eller Collicare som komplement. Förhållandet att Collicare inte uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet saknar betydelse eftersom Flügger har möjlighet att uppfylla förpliktelserna enligt kontraktet med hjälp av de två andra transportföretagen. Flügger har även bekräftat att transportererna kommer att ske med DSV och DHL. Det finns därmed ingen brist i anbudet som föranleder att detta skulle ha förkastats.

Övriga frågor

I nu aktuell upphandling är det tydligt angivet att verksamheter som ingår i Framtidskoncernen och ligger i Angered inte kommer att beställa från ramavtalet (se punkt 1.1.4 förfrågningsunderlaget). Vad Engelska Tapetmagasinet anför i övrigt kring syftet med ramavtal saknar betydelse i målet. Det finns inga regler i upphandlingslagstiftningen som anger en bundenhet för avropsberättigade i ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral. En verksamhet som är avropsberättigad har därmed en potentiell rätt att beställa från ramavtalet, men inte en lagstadgad skyldighet. Verksamheter som i sig är avropsberättigade kan därmed

tillgodose ett behov genom egen upphandling utan att det strider mot upphandlingslagstiftningen.

SKÄL FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

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. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

I 1 kap. 9 § LOU föreskrivs att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Engelska Tapetmagasinet har bl.a. anfört att Upphandlingsbolaget har brutit mot principerna om ickediskriminering och likabehandling genom att ange Flüggers produktnamn och artikelnummer.

I 6 kap. 4 § LOU föreskrivs 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 skall följas av orden "eller likvärdigt".

Den i 6 kap. 4 § LOU aktuella bestämmelsen ger ett uttryck för icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen.

Redan av lagrummets ordalydelse framgår att det endast i undantagsfall är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. Syftet med bestämmelsen är således 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 eller begripligt för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåten.

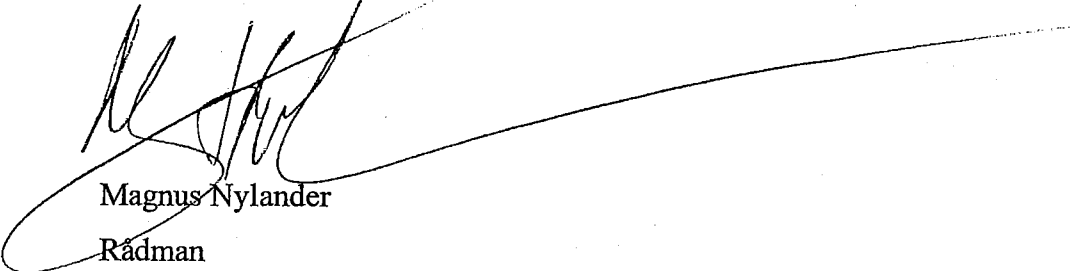
Vad Upphandlingsbolaget har anfört om att det inte skulle vara möjligt att beskriva varje enskild produkt vid omfattande varuupphandlingar visar enligt förvaltningsrättens mening inte att det i den nu aktuella upphandlingen är fråga om en sådan undantagssituation där hänvisningar till varumärken är tillåtna (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 13 juli 2012 i mål nr 1388-12).

Hänvisningar till ett specifikt varumärke riskerar typiskt sett att försämra möjligheterna till konkurrenskraftiga anbud från anbudsgivare som saluför produkter av andra varumärken. Osäkerheten kring vilka egenskaper som upphandlande myndigheter fäster vikt vid kan medföra att anbudsgivare endast vågar offerera delar av sitt sortiment och därför inte kontaktar eventuella underleverantörer för att diskutera prissättning av övriga produkter. Kravet på konkretisering av skada kan därför inte ställas alltför högt (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 13 juli 2012 i mål nr 1388-12 och Kammarrättens i Göteborg dom den 26 augusti 2014 i mål nr 904-14).

Vad Engelska Tapetmagasinet har anfört får enligt förvaltningsrättens mening anses vara tillräckligt för att bolaget ska ha visat att bristen har

riskerat att medföra skada. Eftersom det rör sig om brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Mot denna bakgrund saknas anledning att göra någon prövning av om det även på annan grund finns skäl för ingripande enligt LOU.

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



Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.

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 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. 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 upphandlingen inte får avslutas, 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 nå 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.

