



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-03-01
Meddelad i
Linköping

Mål nr
24-16

SÖKANDE

STRIHL Scandinavia AB, 556628-4781
Magasingatan 6 B
434 37 Kungsbacka

MOTPART

Tekniska verken Linköping Nät AB, 556483-4926
Box 1500
581 15 Linköping

Ombud: Advokaten Erik Olsson och juristen Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2016-03-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Tekniska verken Linköping Nät AB (Tekniska verken) genomför en upphandling avseende leverans och underhåll av belysningsarmaturer, dnr 15/187. Upphandlingen genomförs som förhandlat förfarande enligt LUF. Upphandlingen är indelad i två anbudsområden för vilka anbud kan lämnas separat, Anbudsområde 1 *Trafik och parkarmaturer* samt Anbudsområde 2 *Specialarmaturer*. Tekniska verken meddelade den 22 december 2015 ett beslut att tilldela ett antal leverantörer kontrakt i upphandlingen.

Dok.Id 240892

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

STRIHL Scandinavia AB (Bolaget), som lämnade ansökan men inte anbud i upphandlingen, ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Tekniska verken anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Tekniska verken har i förfrågningsunderlaget hänvisat till LUF men Förvaltningsrätten i Jönköping har i en dom (mål nr 5105-14) konstaterat att gatubelysning ska behandlas under LOU.

Den genomförda upphandlingen står i strid med reglerna för offentlig upphandling eftersom förfrågningsunderlaget innehåller namngivna produkter vilket är i strid med 6 kap. 4 § LUF och LOU. Med anledning av detta har Bolaget lidit skada då Tekniska verken i upphandlingen uppenbart gynnar de namngivna produkterna samt de företag som har tillgång till samtliga produkter.

En gatubelysningsarmatur är inte så tekniskt komplicerad att den inte kan beskrivas med ord och en teknisk specifikation, vilket förvaltningsrätten i tidigare praxis har konstaterat.

Tekniska verkens förfrågningsunderlag består dels av en sammanfattning av villkor och krav, dels av en prisbilaga. Prisbilagan är indelad i två anbudsområden. Under respektive område finns fyra områden där ett antal namngivna belysningsarmaturer finns uppställda som i sin tur är viktade med en procentsats som är en uppskattad fördelning av det antal som Tekniska verken har för avsikt att köpa årligen. De namngivna armaturerna är tydligt

beskrivna med fabrikat/varumärke, fullständig beteckning, artikelnummer, effekt och färgtemperatur. Man kan konstatera att Tekniska verken på förhand valt ut de armaturer som man har för avsikt att upphandla och även fördelat inköpsvolymerna bland dessa.

Bolaget ställde en fråga till Tekniska verken och påminde att det enligt 6 kap. 1 § LUF ska ingå tekniska specifikationer i underlaget. Svaret var att tekniska specifikationer finns att hitta på respektive tillverkarens hemsida samt att det också fanns ett antal bilagor publicerade i upphandlingsverktyget. Syftet med detta borde rimligen ha varit att anbudsgivare själva skulle stämna av sina armaturer mot de namngivna för att veta om de möjligen skulle kunna vara en ett alternativ/likvärdig armatur. I ett produktblad inom Anbudsområdet 1 gällande den högsta viktningen på 50 procent (Philips BGP352) finns emellertid endast viss enklare och ofullständig ljus teknisk information och ingen relevant information när det gäller att utläsa tekniska specifikationer såsom utseende, kapslingsklass, temperaturområde etc. som kan ligga till grund för likvärdighetsbedömningar. Vidare kan det knappast vara förenligt med 6 kap. LUF och LOU att anbudsgivare på egen hand ska leta teknisk information på olika fabrikat/varumärkens hemsidor och produktblad för att få klarhet i vad som efterfrågas i upphandlingen. Tekniska verken har dessutom i tidigare upphandlingar av belysningsarmaturer visat att man har kompetens och kunskap att beskriva sitt behov i termer av tekniska specifikationer på detaljnivå.

Genom att namnge armaturer så skapas fördelar för specifika produkter medan icke namngivna armaturer missgynnas. Både LUF och LOU beskriver i 6 kap. 4 § att det inte är tillåtet att de tekniska specifikationerna innehåller uppgifter om ursprung eller hänvisningar till varumärken om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Bolaget lider skada då Tekniska verken på förhand namngett önskade fabrikat och modeller samt fördelat volymer bland dessa genom viktning. Om underlaget innehållit en tydlig teknisk beskrivning skulle Bolagets armaturer ha kunnat passa in flertalet viktningssområden där en gatubelysningsarmatur efterfrågas. Utformandet av förfrågningsunderlaget med namngivna produkter försvårar möjligheterna att erbjuda alternativa produkter då en namngiven armatur med tillhörande teknisk data omöjligen kan betraktas som en objektiv information. En viktig del i sammanhanget är att de företag som i realiteten har möjlighet att inkomma med anbud i upphandlingen är elgrossister då endast de har möjligheten att sätta samman anbud med den bredd av namngivna armaturer som finns i förfrågningsunderlaget. För att armaturtillverkare ska ingå som en del i någon annans anbud på fler poster än där de redan finns omnämnda måste armaturtillverkarna ersätta de av beställaren namngivna armaturerna. Namngivna armaturer i förfrågningsunderlaget är en mycket försvårande omständighet då det i praktiken omöjliggör utbyten mot alternativa produkter då anbudsgivarna (i detta fall elgrossisterna) inte utsätter sig för risken att erbjuda alternativa produkter som kan komma att underkännas rörande likvärdigheten av beställaren vid utvärdering. Om beställaren ställt samman neutrala tekniska specifikationer utan referenser till fabrikat etc. hade möjligheterna att erbjuda produkter sett helt annorlunda ut.

Tekniska verken

De omständigheter som anförts i Bolagets ansökan om överprövning utgör inte överträdelser av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i den lagen. Inte heller har Bolaget visat att det lidit, eller riskerar lida, skada i den bemärkelse som avses i 16 kap. 6 § LUF av de påstådda överträdelserna. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande mot upphandlingen.

Inledningsvis kan det konstateras att det framgår uttryckligen att de namngivna produkterna i prisbilagan endast utgör historiska data på vad som tidigare köpts in. Därutöver anges det också att de leverantörer som inte har dessa specifika produkter är välkomna att offerera likvärdiga produkter från andra tillverkare. Tekniska verken har således, utöver att ha utformat ett förfrågningsunderlag vari ingår sådana tekniska specifikationer med sådant innehåll som gör att varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör kan förstå vad det är för lösningar som efterfrågas, även hänvisat till vissa vanligt förekommande varumärken. Det bör i sammanhanget noteras att ett av de varumärken som Tekniska verken hänvisar till är Bolagets. Att benämning av vissa varumärken överhuvudtaget skett är således överflödigt information, i syfte att underlätta för leverantörer i branschen att ytterligare förstå vad som efterfrågas. De tekniska specifikationer som bifogats underlaget är emellertid, även utan hänvisning till varumärken, tillräckliga för att leverantörerna ska förstå vad som efterfrågas. Hänvisningen till varumärken utgör således överskottsinformation som omöjligen kan ha försvårat för Bolaget eller något annat företag att förstå vad som efterfrågas.

Bolaget har inte anfört att det inte har kunnat förstå vad det är för typ av lösningar som har efterfrågats eller att det faktiska innehållet i de tekniska specifikationerna varit bristfälligt vad avser omfattningen av den information som ingår i dem. Det Bolaget förefaller göra gällande är att den överflödiga information som har lämnats i förfrågningsunderlaget *i sig* gör att Bolaget inte kan lämna anbud. Bolaget har dock inte angivit varför det skulle förhålla sig på detta sätt eller hur Bolaget anser att man missgynnats av att förfrågningsunderlaget bl.a. nämner dess produkter vid namn.

Tekniska verken har avsett att använda ett tillräckligt enkelt förfrågningsunderlag, för att samtliga potentiella leverantörer skulle ges en god möjlighet att begripa vad som efterfrågas, vilket är precis vad bestämmelsen i 6 kap. 4 § LUF syftar till att möjliggöra. Förfrågningsunderlaget innehåller av denna

anledning beskrivningar av på marknaden vanligt förekommande belysningsarmaturer, med uttrycklig hänvisning till att de leverantörer, som inte kan erbjuda det exakta fabrikatet eller ens visst fabrikats artikelnummer, är välkomna att lämna likvärdiga alternativ. Det knappast kan krävas av en upphandlande enhet att uttömmande beskriva allt som kan anses falla in i begreppet "likvärdigt alternativ". Syftet med denna skrivelse i förfrågningsunderlaget är tvärtom att tillåta även sådana fabrikat som Tekniska verken på förhand inte känner till, men som likväl uppfyller kraven som framgår av de tekniska specifikationerna i upphandlingen.

Det saknas bevis för, och Bolaget synes inte ens ha gjort gällande, att Tekniska verken haft för avsikt att tillämpa eller tolka de tekniska specifikationerna på ett sätt som på något sätt skulle försvåra för Bolaget att inkomma med anbud eller på annat sätt missgynna Bolaget. Bolaget valde själv avstå från att lämna anbud och är således ensam ansvarigt för att det inte kunnat tilldelas kontrakt i upphandlingen. Det är således Bolagets agerande, och inte Tekniska verkens hänvisning till varumärken i de tekniska specifikationerna, som föranlett att Bolaget inte kunnat tilldelas kontrakt. Bolaget har därmed inte uppfyllt rekvisiten 16 kap. 6 § LUF, nämligen att Bolaget dels ska visa en överträdelse och dels visa att denna överträdelse har lett till skada för Bolaget.

Det är felaktigt att presumera missgynnande vid varje hänvisning till ett varumärke. Även om en sådan presumtion har gjorts gällande i vissa sammanhang kan konstateras att den saknar stöd såväl i verkligheten som i den relevanta bestämmelsen. Det kan konstateras att 6 kap. 4 § LUF är uppbyggd som så att det som är otillåtet är hänvisningar till varumärken i de situationer hänvisningarna leder till ett missgynnande eller ett gynnande. Av detta följer att hänvisning till varumärken inte kan anses *per se* förbjudna. Den rimliga tolkningen av bestämmelsen torde istället vara att hänvisning till varumärken är otillåten endast om hänvisningen medför att en leverantör

hamnar i en bättre sits än en annan. Det räcker inte här med hypotetiska resonemang om vad som eventuellt skulle ha hänt om leverantören lämnat anbud, när leverantören inte ens försökt.

Om Bolagets påstådda missgynnande består i att Tekniska verken förmodas skulle ha förkastat Bolagets anbud är det ett sådant beslut om förkastande som Bolaget har att överpröva. Förfrågningsunderlaget i sig kan emellertid inte anses ha missgynnat Bolaget i detta skede.

Om det vid en prövning av huruvida någon har gynnats eller missgynnats kan konstateras att de tekniska specifikationerna i ett visst fall gynnar eller missgynnar någon leverantör, vilket Tekniska verken bestrider i det nu aktuella målet, framgår det av 6 kap. 4 § 2 st. LUF att en sådan hänvisning ändå är tillåten, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen "tillräckligt preciserat och begripligt".

Bolaget har anfört att de tekniska specifikationerna i upphandlingen inte kan anses utgöra "objektiv information", med anledning av förekomsten av uppgifter om vissa varumärken. Tekniska verken ställer sig frågande till denna uppfattning, då de tekniska specifikationernas innehåll knappast ens teoretiskt kan ha en subjektiv karaktär. Beskrivningarna som ingår i de tekniska specifikationerna utgörs nämligen av uppgifter om exempelvis effekt, märkspänning, färgåtergivningsindex m.m.

Bolaget förefaller göra gällande att endast elgrossister har haft möjlighet att lämna anbud, då en anbudsgivare har varit tvungen att sätta samman anbud med den bredd av armaturer som namngivits i förfrågningsunderlaget. Detta påstående är emellertid inte korrekt, vilket stöds av det faktum att förfrågningsunderlaget uttryckligen välkomnar alternativa fabrikat. Om det är så att Bolaget inte har en tillräcklig sortimentsbredd för att erbjuda så många alternativa armaturer som Tekniska verken har behov av så innebär det inte att

Tekniska verken har en skyldighet att efterfråga färre varianter på armaturer. Tekniska verkens behov ska naturligtvis styra kontraktsföremålet, inte Bolagets knappa sortimentsbredd. Bolaget har därutöver möjlighet att åberopa annans kapacitet. Att anbudsgivare inte skulle "utsätta sig för risken" att erbjuda alternativa produkter är en beskrivning som saknar förankring i de faktiska omständigheterna. Invändningen från Bolaget förefaller än märkligare vid en jämförelse av hur de aktuella kraven faktiskt sett ut, där Tekniska verken explicit angivit att likvärdiga alternativ från andra fabrikat godtas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlaget

Av punkt 4.1.1 *Anbudsområden* framgår följande.

Upphandlingen är indelad i två anbudsområden, Trafik- och parkarmaturer samt specialarmaturer. Leverantören väljer själv om anbudet omfattar båda områdena eller enbart ett av dem. För att leverantören ska uppnå kraven ska samtliga armaturer, eller likvärdiga alternativ, kunna levereras inom respektive anbudsområde.

Av punkt 4.1.3 *Fabrikat och likvärdiga alternativ* framgår bl.a. följande.

De fabrikat och artikelnummer som är angivna i prisbilagan är de som beställaren främst köpt under 2014 och även räknar med att köpa i framtiden. Den leverantör som inte kan erbjuda det exakta fabrikatet eller artikelnumret ska lämna likvärdigt alternativ.

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten finner att annat i målet inte har framkommit än att Tekniska verken har genomfört upphandlingen enligt LUF samt att de tjänster

som är föremål för upphandlingen är avsedda för Tekniska verkens försörjningsverksamhet för vilken denna lag är tillämplig.

Av 6 kap. 1 § LUF framgår att tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

Av 6 kap. 4 § LUF 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".

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Tekniska verken genom att hänvisa till vissa varumärken och produkter vid beskrivandet av föremålet för upphandlingen har brutit mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LUF.

Tekniska verken har i målet gjort gällande att de namngivna produkterna i prisbilagan endast utgör historiska data på vad som tidigare köpts in och att de tekniska specifikationer som bifogats, även utan hänvisning till varumärken, är tillräckliga för att leverantörerna ska förstå vad som efterfrågas.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att vilka armaturer som är föremål för uppdraget i aktuell upphandling inte beskrivs på annat sätt i förfrågningsunderlaget än genom hänvisningen till de varumärken och produk-

ter som Tekniska verken räknat upp i prisbilagan och de produktspecifikationerna som hänför sig till dessa (och som uppges ha varit tillgängliga via upphandlingsverktyget). Att Tekniska verken har lämnat tekniska specifikationer för upphandlingens föremål genom den aktuella hänvisningen och att dessa omfattas av bestämmelsen i 6 kap. 4 § LUF är således klarlagt.

Den första fråga som uppkommer är om Tekniska verkens hänvisning till varumärken och produkter lett till att vissa företag gynnas eller missgynnas. I detta avseende krävs således enligt förvaltningsrättens mening inte att Bolaget ska visa att just Bolaget missgynnats genom den aktuella hänvisningen. Kammarrätten i Jönköping har i en dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903–1913-11 konstaterat 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. Tekniska verkens hänvisning måste därför, även om det i nu aktuell upphandling hänvisas till flera olika varumärken, inklusive Bolagets, anses ha lett till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

Nästa fråga som uppkommer är om det inte varit möjligt för Tekniska verken att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning till visst varumärke är inte att den upphandlande enheten, t.ex. på grund av kompetens- eller resursbrist, ska slippa beskriva föremålet för upphandlingen, utan istället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas (se bl.a. Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010, s. 146 f.). 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 (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 9 november 2012, mål nr 5037-12, samt Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, s. 246). Vid denna prövning bör avgörande betydelse fästas vid om det ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel är möj-

ligt att förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar så att anbudsgivaren kan utforma sitt anbud så att det motsvarar enhetens behov (Sundstrand, a.a., s. 146).

Tekniska verken har som förklaring till vad som motiverat hänvisningen till vissa varumärken gjort gällande att de namngivna produkterna i prisbilagan utgör historiska data avseende vad som tidigare köpts in, som angetts för att samtliga potentiella leverantörer skulle ges en god möjlighet att begripa vad som efterfrågas. Tekniska verken har vidare hävdat, att då förfrågningsunderlaget innehåller beskrivningar av på marknaden vanligt förekommande belysningsarmaturer, med uttrycklig hänvisning till att de leverantörer som inte kan erbjuda det exakta fabrikatet eller ens visst fabriks artikelnummer är välkomna att erbjuda likvärdiga alternativ, kan den aktuella hänvisningen omöjlig ha försvårat för Bolaget eller något annat företag att förstå vad som efterfrågas.

Förvaltningsrätten finner att det som Tekniska verket anfört inte kan anses medföra att det är fråga om en sådan undantagssituation där det är tillåtet med hänvisning till varumärken. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet bedömer rätten således att det inte kan anses vara objektivt omöjligt att beskriva krav för armaturer endast utifrån funktionskrav och utan att använda referensprodukter. Tekniska verken har således, genom att hänvisa till vissa varumärken vid beskrivningen av föremålet för upphandlingen, brutit mot 6 kap. 4 § LUF då man formulerat förfrågningsunderlaget.

För att rätten ska besluta om ett ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF krävs emellertid *dels* att den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen, *dels* att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. För att skaderekvisitet ska vara uppfyllt för en leverantör som inte lämnat anbud i en upphandling får det förutsättas att leverantören hade kun-

nat lämnat anbud i upphandlingen om den påstådda bristen inte hade förelagat.

Vad Bolaget avseende sin skada gjort gällande kan sammanfattas som att

- om underlaget innehållit en tydlig teknisk beskrivning skulle Bolagets armaturer ha kunnat passa in flertalet viktningssområden där en gatubelysningsarmatur efterfrågas
- utformandet av förfrågningsunderlaget med namngivna produkter försvårar möjligheterna att erbjuda alternativa produkter då en namngiven armatur med tillhörande teknisk data inte kan betraktas som en objektiv information
- utformandet av underlaget med namngivna produkter omöjliggör i praktiken utbyten mot alternativa produkter då anbudsgivarna inte utsätter sig för risken att erbjuda alternativa produkter som kan komma att underkännas rörande likvärdigheten vid utvärdering.

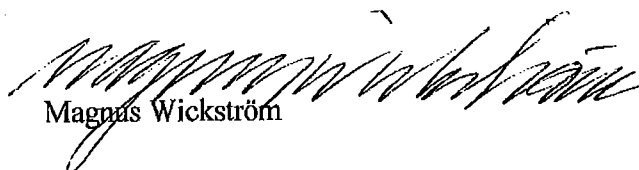
Förvaltningsrätten konstaterar att Bolaget inte har lämnat anbud i upphandlingen och att det saknas påstående att Bolaget på grund av utformandet av förfrågningsunderlaget i aktuellt hänseende ska ha haft svårt att förstå vilken sorts armaturer som är föremål för upphandlingen eller varit *förhindrat* att lämna ett anbud. Bolaget har istället gjort gällande att utformningen av förfrågningsunderlaget *försvårar* för Bolaget att kunna offerera sina egna armaturer istället för att behöva samarbeta med andra leverantörer för att kunna lämna likvärdiga alternativ till samtliga armaturer som Tekniska verken vill upphandla.

En upphandlande enhet har stor frihet när det gäller att bestämma vad som ska upphandlas – även när det gäller antalet olika varor – och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas, under förutsättning att kraven inte strider mot LUF eller de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Eftersom Tekniska verken i aktuell upphandling inte har begränsat anbudsgivarnas möjlighet att åberopa andra leverantörers kapacitet och det inte heller i övrigt genom det som Bolaget anfört har visats att Bolaget har varit förhindrat att lämna anbud i upphandlingen finner förvaltningsrätten att Bolaget inte förmått visa att det lidit eller kan komma att lida någon skada även med beaktande av ovan konstaterat fel i upphandlingen.

Av det anförda följer att det saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF och att ansökan om överprövning därför inte kan bifallas.

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



Magnus Wickström

Föredragande har varit Stefka Bokmark.