



KLAGANDE

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

MOTPART

Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

KONKURRENSVERKET	
2016 -05- 2 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 1 mars 2016 i mål nr 13596-15,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Med undanröjande av förvaltningsrättens dom avvisar kammarrätten
STRIHL Scandinavia AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

STRIHL Scandinavia AB (STRIHL) yrkar att upphandlingen görs om och
anför bl.a. följande. Upphandlande myndigheter bryter ständigt mot
6 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU,
genom att namnge specifika produkter. I den aktuella upphandlingen har
STRIHL misslyckats med att få någon anbudsgivare att lämna anbud med
STRIHL:s produkt trots att denna uppfyller samtliga krav. Anbudgivarna

har i stället valt att lämna anbud med den av kommunen namngivna produkten. Anledningen till detta är att anbudsgivarna inte vill utsätta sig för risken att bli uteslutna genom att basera sina anbud på en produkt som inte är namngiven. Felaktigheten som begåtts av kommunen medför att STRIHL lider skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Med leverantör avses enligt definitionen i 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Enligt förarbetena (prop. 1992/93:88 s. 101) riktar sig bestämmelsen främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Bestämmelsen motsvarar art. 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG och i 92/13/EEG av vilka det framgår bl.a. att medlemsstaterna ska se till att ett prövningsförfarande införs och kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat att lida skada. I förslag till hur den offentliga upphandlingen borde regleras (Ds 1992:62) lät man de tidigare föreslagna begreppen anbudsgivare och anbudssökande ersättas med begreppet leverantör för att inte utesluta den som velat vara med i upphandlingen, men som inte kunnat bli vare sig anbudsgivare eller anbudssökande.

I förarbetena till nuvarande LOU angavs bl.a. följande. I andra stycket i artikel 1.8 i det klassiska direktivet respektive artikel 1.7 i försörjningsdirektivet anges att begreppet "ekonomisk aktör" betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör och att termen används endast i syfte att förenkla texten. Regeringen delar utredningens uppfattning


att det väl inarbetade begreppet "leverantör" alltjämt bör användas som en samlingsbeteckning för entreprenörer och leverantörer och alltså – i enlighet med vad som normalt tillämpas i Sverige – få beteckna alla som ingår ett upphandlingskontrakt med en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet. Det innebär ingen ändring i sak i förhållande till LOU men definitionen av begreppet "leverantör" i respektive lag bör utformas i nära överensstämmelse med direktiven (prop. 2006/07:128 s. 150).

Mot bakgrund av direktivens och lagtextens lydelse samt vad som anfördes vid lagens tillkomst anser kammarrätten att begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Eftersom STRIHL inte haft en sådan avsikt kan bolaget inte anses ha talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU. Förvaltningsrätten borde mot denna bakgrund ha avvisat STRIHL:s ansökan om överprövning. Förvaltningsrättens dom ska därför undanröjas och STRIHL Scandinavia AB:s ansökan om överprövning avvisas.

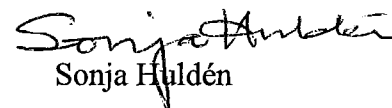
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



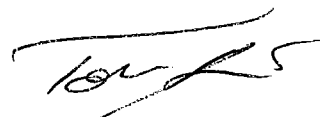
Raymond Grankvist



Lennart Berglund
referent



Sonja Huldén



/Töre Arvidsson



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-03-01
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

Mål nr
13596-15

1

SÖKANDE

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

MOTPART

Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår STRIHL Scandinavia AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 304776

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Ängelholms kommun genomför en upphandling av armaturbyte 2015-2016, dnr 2015-718. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

STRIHL Scandinavia AB (STRIHL) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om och då med ett underlag som inte innehåller namngivna referensarmaturer. Som grund för sin talan anför STRIHL bl.a. följande. I den tekniska beskrivningen hänvisas till specifika produkter och därigenom har man gett dessa produkter betydande fördelar och klart försvårat för andra alternativ. Enligt Förvaltningsrätten i Linköping är inte gatuarmaturer av sådan art att de inte går att beskriva enbart med ord, se mål nr 7915-13 och 2422-14. STRIHL är en producent av gatubelysningsarmaturer som främst genom offentliga upphandlingar levererar belysningsarmaturer till kommuner. Försäljning sker genom direktupphandlingar och genom entreprenadupphandlingar som i förevarande fall. För att delta i en entreprenadupphandling där utbyte ingår behöver armaturerna från STRIHL finnas med i ett anbud som lämnas in av en entreprenör som i sin tur utför det fysiska utbytet av armaturerna. När förfrågningsunderlaget innehåller namngivna armaturer, punkt SND 1, är det i praktiken omöjligt att hitta en entreprenör som väljer att basera sitt anbud på en icke namngiven armatur då det är förenat med en överhängande risk att bli utesluten då beställaren på ett tydligt sätt uttryckt vilken armatur man föredrar. Att namnge en produkt är i strid med 6 kap. 4 § LOU. Att det begränsar konkurrensen i detta fall är tydligt då samtliga anbudsgivare har valt att basera huvuddelen av sitt anbud på den namngivna armaturen. Endast en anbudsgivare har valt att offerera ett alternativ men då endast på den option som är ett tillägg på ett mindre antal kompletterande armaturer som beställa-

ren kan välja att aktivera. Det får därmed anses styrkt att upphandlingen förfelat sitt syfte och diskriminerat alternativa anbud då åtta av åtta anbudsgivare använt den namngivna armaturen i sitt anbud. STRIHL lider skada på så sätt att förfrågningsunderlaget diskriminerar alternativa armaturer och i praktiken finns ingen möjlighet att delta i upphandlingen trots att STRIHL har likvärdiga produkter. STRIHL har blivit diskriminerade då man inte på likvärdiga och icke diskriminerande grunder kunnat delta i upphandlingen.

Ängelholms kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Vad beträffar 6 kap. 4 § LOU får man inte hänvisa till varumärke om detta leder till att företag gynnas eller missgynnas. Så skulle ha kunnat vara fallet om man enbart angett ett fabrikat utan att lämna andra uppgifter som kan ge ledning om vad som avses med likvärdighet. Förutom att ange exempel på armatur har kommunen angett att en likvärdig produkt kan offereras. För att åstadkomma en fullständig transparens i förfrågningsunderlaget har kommunen också lämnat en detaljerad specifikation av vad som anses vara likvärdiga produkter. Det är därmed enkelt för en anbudsgivare att förstå vilka specifikationer en produkt måste uppfylla för att accepteras. Alla anbud där armaturer som uppfyller de tekniska specifikationer som anges har offererats kan accepteras. Då förfrågningsunderlaget därmed är transparent finns inga problem för en anbudsgivare att avgöra vilka produkter som kan offereras. Anbudsgivarna avgör själva vilka fabrikat de vill offerera och väljer naturligtvis den produkt som ger det bästa anbudet, i det här fallet det lägsta priset. En anbudsgivare har offererat andra produkter än de exempel som gavs. Det faktum att man angivit exempel på tillverkare av armatur har alltså inte medfört att något företag varken gynnas eller missgynnas då den tekniska specifikationen är tydlig. Kommunen har inte brutit mot 6 kap. 4 § LOU genom att ange ett fabrikat. Att ange ett fabrikat strider mot bestämmelsen enbart om ett företag gynnas eller missgynnas av detta. Då förfrågningsunderlaget är fullständigt transparent, med hänsyn till den tekniska specifikationen, har angivandet av ett fabrikat ingen betydelse. An-

budsgivarna har fritt kunnat välja vilken produkt man vill offerera så länge denna uppfyller de detaljerade specifikationer som återfinns.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 6 kap. 4 § LOU (jfr 15 kap. 2 § LOU) följer 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

Som huvudregel får alltså de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget inte innehålla uppgifter om bl.a. varumärke. Om det inte är möjligt

att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt får en sådan hänvisning förekomma. Det ska i princip vara omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten. Det innebär att det inte ska gå att beskriva föremålet för upphandlingen på annat sätt än genom hänvisning till ett visst varumärke. Om undantagsregeln tillämpas ska hänvisningen följas av orden ”eller likvärdigt”. Det går således inte att tillämpa undantagsregeln rent slentrianmässigt (Falk – lag om offentlig upphandling – en kommentar, tredje uppl. 2014, s. 246).

Kommunen har i sin tekniska beskrivning efterfrågat armatur av typ Philips Lumistreet och Philips Mini Iridium. Varumärket följs av ”eller likvärdig” samt skall-krav vid offert av likvärdig produkt. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 3064-14 uttalat att även om de aktuella produkterna finns fritt på marknaden är det självklart 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. Vidare uttalas att det är svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att hänvisningen till det aktuella varumärket i den tekniska beskrivningen för armaturbyte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Kommunen har anfört att man har angett ett fabrikat på armaturer samtidigt som man angett att en likvärdig produkt kan offereras. För att åstadkomma fullständig transparens i förfrågningsunderlaget har kommunen även lämnat en detaljerad specifikation av vad som anses vara likvärdiga produkter. Utifrån vad kommunen anfört anser förvaltningsrätten att det inte är visat att det i aktuell upphandling är fråga om en undantagssituation då det är tillåtet att hänvisa till ett varumärke. Det finns således inget som tyder på att det inte skulle ha varit möjligt att beskriva den efterfrågade armaturen tillräck-

ligt preciserat eller begripligt utan hänvisning till ett visst varumärke. Kommunen har inte heller påstått detta. Enligt förvaltningsrätten har kommunen, genom att hänvisa till visst varumärke vid beskrivningen av föremålet, brutit mot 6 kap. 4 § LOU. Detta oavsett att kommunens hänvisning till visst varumärke följts av orden ”eller likvärdig”.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada. STRIHL har i målet anfört att bolaget lider skada då förfrågningsunderlaget diskriminerar alternativa armaturer och att det i praktiken inte finns en möjlighet att delta i upphandlingen trots att bolaget har likvärdiga produkter. Det kan inledningsvis konstateras att STRIHL inte lämnat anbud i upphandlingen. STRIHL är producent av gatubelysningsarmaturer och brukar i denna egenskap leverera sina produkter till kommuner genom olika upphandlingsförfaranden. Som STRIHL självt konstaterat innefattar den nu aktuella upphandlingen emellertid att leverantören ska byta ut belysning. Förvaltningsrätten uppfattar därför STRIHL:s talan på så vis att bolaget hävdar att det lidit eller riskerat att lida skada genom att, som en indirekt följd av hur förfrågningsunderlaget utformats, det inte fått möjlighet att avyttra sina produkter till leverantörer som har lämnat anbud i det nu aktuella upphandlingsförfarandet. STRIHL gör enligt förvaltningsrätten snarast gällande att åberopade brister i förfrågningsunderlaget utgör en konkurrensbegränsning i sig mera allmänt sett. Enligt förvaltningsrättens mening har STRIHL därför inte förmått visa att utformningen av förfrågningsunderlaget, dvs. i den del kommunen brutit mot 6 kap. 4 § LOU, har medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada i den mening som avses i LOU (jfr HFD 2013 ref. 53). Med hänsyn härtill saknas det således skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Ansökan ska därför avslås.

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

Madeleine Westberg

Maria Persson har föredragit målet.