



KONKURRENSVERKET	
2012-07-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Akthil

KLAGANDE

Sandå Umeå AB, 556515-8176
Förrådsvägen 6
901 32 Umeå

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 4 juni 2012 i mål nr 379-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 14 juni 2012 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Sandå Umeå AB (Sandå) yrkar att kammarrätten beslutar att Umeå kommuns upphandling avseende ramavtal för måleritjänster ska göras om.

Sandå anför i huvudsak följande. Förvaltningsrätten konstaterade att kommunen inte haft rätt att hänvisa till vissa fabrikat och varumärken, dvs. kommunens hänvisningar till vissa varumärken står i strid med 6 kap. 4 § LOU. Trots detta anger förvaltningsrätten felaktigt att Sandå varken lidit eller kunnat komma att lida skada. Som stöd för detta anger förvaltningsrätten att kravet inte är utformat som ett ska-krav som måste vara uppfyllt för att anbud ska vara kvalificerade och att inget anbud diskvalificerats på grund av uppställt krav. Kravet på vissa varumärken är mycket riktigt inget kvalificeringskrav utan ett utförandekrav. Kravet gör sig emellertid gällande även i anbudsfasen då Sandå vid tidpunkten för anbudsgivning ska kalkylera med visst material. I detta skede spelar otydligheten och den bristande transparensen stor roll då Sandå inte kunnat utläsa vilka egenskaper hos materialet som kommunen tillmäter betydelse. Att målningstreprenörerna, genom denna hänvisning till produkter och varumärken, skulle känna till vilken kvalitet som efterfrågas är felaktigt. Hänvisningen sker till ett flertal produkter och varumärken och det finns inget specificerat kvalitetskrav som gör det möjligt att förutse vad det är kommunen tillmäter betydelse vid bedömningen av "likvärdig kvalitet". Flera av de angivna varumärkena har ett flertal olika kvalitetsnivåer avseende exempelvis miljö, hållbarhet och egenskaper vid arbete. Det innebär således ett stort risktagande för Sandå att kalkylera med andra varumärken än de som kommunen med namn och varumärke angett i förfrågningsunderlaget. Då det är Sandå som har bevisbördan för att de material och produkter som Sandå använder verkligen är "likvärdiga" blir det av yttersta vikt att Sandå ur förfrågningsunderlaget kan utläsa vad som är likvärdigt.

För att kommunens förfarande ska vara tillåtet ska det vara i princip objektivt omöjligt att beskriva föremålet tillräckligt precist och begripligt utan att hänvisa till visst varumärke. Det är svårt att se att det inte skulle gå eller vara särskilt komplicerat att beskriva kvalitetskrav, exempelvis avseende hållbarhet, för produkter som används vid måleritjänster utan hänvisning till produkter och fabrikat. Förfrågningsunderlaget står därför i strid mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Sandå har varit förhindrad att avge ett konkurrenskraftigt anbud då det av hänvisningarna till de olika varumärkena inte går att utläsa vad som utgör likvärdig kvalitet. Sandå har därför lidit eller kunnat komma att lida skada.

Umeå kommun (kommunen) motsätter sig bifall till överklagandet.

Kommunen anför i huvudsak följande. Genom att kommunen tydligt i specifikationen angivit att likvärdig kvalitet kommer att godtas har inte Sandå missgynnats. Sandå hade kunnat lämna anbud med andra märken än de som var angivna. Det är inte möjligt att i detalj eller på bättre sätt beskriva kvaliteten än på det sätt som kommunen gjort i den aktuella upphandlingen, vilket också är det brukliga i branschen. Upphandlingar ska genomföras i konkurrens och de upphandlande enheterna ska inte formulera underlag för upphandling så att de riktar sig till en viss leverantör, vilket inte skett i den aktuella upphandlingen. Hänvisning har skett till ett stort antal färgproducenter och samtidigt anges i underlaget att även andra producenters färger kan accepteras bara de uppnår motsvarande kvalitet som den angivnas. Kommunen kan inte göra en beskrivning av kvaliteten utan att hänvisa till beprövade färger. Beskrivningsdokumentet Allmän Material och Arbetsbeskrivning (AMA) som används genomgående i merparten av alla byggtreprenader i Sverige har inte mäktat med att beskriva färgkvalitet, utan endast vilka färgtyper som ska användas i olika sammanhang. Målningsentreprenörerna på marknaden känner med detta förfaringsätt till vilken kvalitet som efterfrågas och kan därmed upprätta konkurrenskraftiga anbud. En detaljerad beskrivning av kvaliteten skulle däremot med största sannolikhet skapa förvirring bland anbudsgivarna. Att

det finns olika kvalitet hos en del av de angivna färgtillverkarna ändrar inte på saken. I de allra flesta upphandlingar av måleritjänster som annonseras ut idag görs kvalitetsbeskrivningarna av färger på motsvarande sätt som kommunen gjort i den aktuella upphandlingen. Anledningen till att hänvisning gjorts till färgfabrikanter var att kommunen önskade en kvalitet med lång hållbarhet vilket leder till en kostnadseffektiv lösning av målningsunderhåll.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av förfrågningsunderlagets Avtalsvillkor/Avtal framgår under rubrik Uppdraget och dess omfattning följande.

Uppdraget omfattar både in- och utvändiga måleriarbeten. Material som säljaren använder sig av ska vara av hög kvalitet. Nedan nämns ett antal fabrikat på färg och tapeter som motsvarar den kvaliteten. Dessa anges för att säljaren ska få kännedom om vilken kvalitetsnivå som krävs vid utförandet av arbeten åt köparen.

Exempel på produkter och kvalitetsnivå

Beckers, Alcro, Nordsjö, KEIM, Borosan (papper), Jotun.

Se även bilaga "Produkter och kvalitetsnivå" för val av utomhusfärger, likvärdiga fabrikat får användas.

Kammarrätten bedömer att Umeå kommun genom att ställa krav på hög kvalitet och ange ett antal varumärken angett en teknisk specifikation, varför 6 kap. 4 § LOU är tillämplig (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-368/10, punkten 61). Att kravet är utformat som ett genomförandekrav som ska uppfyllas vid utförandet av aktuella uppdrag förändrar inte denna bedömning.

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".

I förevarande fall har hänvisning skett till ett flertal färgfabrikanter inom branschen. Det kan emellertid finnas märken som det inte har hänvisats till och som används av vissa företag och som sålunda missgynnats. Kammarrätten anser därför, i likhet med förvaltningsrätten, att aktuell specifikation med hänvisning till varumärken missgynnar vissa företag. (jfr. Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2011, s. 246). Hänvisningen får därmed endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt.

Kammarrätten konstaterar att det redan av ordalydelsen i 6 kap. 4 § LOU och bakomliggande direktivbestämmelse framgår att det endast i undantagssituationer kan vara tillåtet med hänvisning till visst eller vissa varumärken. Syftet med att i undantagssituationer tillåta hänvisning till visst varumärke är inte att den upphandlande myndigheten, t.ex. p.g.a. 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 (Falk, a.a. s. 246).

Vid denna prövning bör avgörande betydelse fästas vid om det ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel är möjligt att förstå vad den upphandlande myndigheten efterfrågar så att anbudsgivaren kan utforma sitt anbud så att det motsvarar myndighetens behov (Pedersen, Upphandlingens grunder, 2011 s. 91 och Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010 s. 146 och p. 57 i Generaladvokatens yttrande i C 368/10).

Kommunen har anfört att berörda entreprenörer på marknaden känner till vilken kvalitet som efterfrågas med aktuell hänvisning till varumärken och vidare att det inte är möjligt att i detalj eller på ett bättre sätt beskriva kvaliteten än på det sätt som är gjort, vilket också är det brukliga i branschen. Kommunen har också anfört att beskrivningsdokumentet AMA som används i merparten av alla byggentreprenader inte har måttat med att beskriva färgkvalitet utan endast vilka färgtyper som ska användas i olika sammanhang.

Bolaget har invänt att färg och tapet kan besitta kvalitativa egenskaper i olika avseenden och att detta återspeglas i tillverkarnas sortiment. Bolaget har vidare anfört att det går att beskriva kvalitetskrav för aktuella produkter utan att hänvisa till vissa varumärken och att detta inte heller är särskilt komplicerat.

Kammarrätten finner att vad bolaget har anfört sätter ifråga om kommunens krav på hög kvalitet kan anses ha angetts tillräckligt preciserat eller begripligt genom en specifikation med hänvisning till vissa varumärken. Kammarrätten anser att det därför åligger kommunen att visa att det föreligger en sådan undantagssituation i vilken det är motiverat med en specifikation av hög kvalitet med hänvisning till vissa varumärken.

Kammarrätten anser att vad kommunen mera allmänt har anfört om att det inte finns ett bättre sätt att beskriva kvaliteten på, att det är brukligt i branschen samt att en mera detaljerad beskrivning skulle skapa förvirring hos entreprenörerna inte visar att det är fråga om en sådan undantagssituation där det är tillåtet med hänvisning till varumärken. Kammarrättens bedömning förändras inte av att, som framgår av anbudsbilagan, fråga varit om ett stort antal projekt som gäller olika ytskikt.


Mot bakgrund av det ovan sagda är det enligt kammarrätten inte heller visat att kvalitetsaspekterna ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel är


tillräckligt noggrant specificerade genom de hänvisningar som gjorts till vissa varumärken.


Eftersom förfrågningsunderlaget därmed står i strid med 6 kap. 4 § LOU föreligger en presumtion för att Sandå har lidit eller kunnat lida skada. Kammarrätten finner att Sandå har gjort sannolikt att bolaget riskerat att lida skada genom kommunens förfarande.

Felet i förfrågningsunderlaget är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och därmed ska upphandlingen göras om. Överklagandet ska således bifallas.

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


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd


Martin Gustafsson
tf kammarrättsassessor
referent

Anna Fors Nilsson
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ

DOM
2012-06-04
Meddelad i
Umeå

Bilaga A

Sida 1 (20)

Mål nr
379-12 E
Kansli 2

SÖKANDE

Sandå Umeå AB, 556515-8176
Förrådsvägen 6
901 32 Umeå

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 22726

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Umeå kommun (Kommunen) har infordrat anbud avseende ramavtal för måleritjänster (dnr 11046). Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Av förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter framgår att upphandlingen avser in- och utvändiga måleriarbeten samt att upphandlingen är indelad i tre delar; södra, västra respektive östra distriktet.

Efter separata anbudsutvärderingar för upphandlingens tre delar har Kommunen beslutat att, beträffande samtliga tre delar, anta SLC Invest AB som leverantör och rangordna Sandå Umeå AB som nummer fyra. Utvärderingsgrund är lägsta pris.

Sandå Umeå AB (Sandå) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets *Avtalsvillkor/Avtal* anges under *punkten 1.0 Uppdraget och dess omfattning* bl.a. följande.

Material som säljaren använder sig av ska vara av hög kvalitet. Nedan nämns ett antal fabrikat på färg och tapeter som motsvarar den kvaliteten. Dessa anges för att säljaren ska få kännedom om vilken kvalitetsnivå som krävs vid utförandet av arbeten åt köparen.

Produkter av andra fabrikat som håller minst likvärdig kvalitet får användas. Köparen förbehåller sig rätten att avgöra vad som är likvärdig kvalitet.

Exempel på produkter och kvalitetsnivå

- Beckers
- Alcro
- Nordsjö
- KEIM
- Borosan (papper)
- Jotun
- Se även bilaga "Produkter och kvalitetsnivå" (se bilaga 1 till domen) för val av utomhusfärger, likvärdiga fabrikat får användas.

Parternas anföranden

Sandå anför bl.a. följande.

Hänvisning till visst varumärke

Kommunen har i upphandlingen föreskrivit såväl varumärken och fabrikat som färgtyp och färg. Att ange ett flertal varumärken och sedan avslutningsvis komplettera denna skrivning med "eller likvärdigt" är i strid mot 6 kap. 4 § LOU. Dylika hänvisningar tillåts endast undantagsvis och då om det inte annars är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt. Någon svårighet för Kommunen att beskriva föremålet för upphandlingen utan hänvisning till något varumärke kan Sandå svårligen se.

Inte heller är det förenligt med LOU att hänvisa till visst varumärke för att ange viss kvalitetsnivå. Den "rätt" att ange kvalitetsnivå på viss produkt infaller enbart om det inte är möjligt att med ord beskriva den kvalitet som eftersträvas. Kommunen skulle rätteligen ha funderat över vilken kvalitet som efterfrågas och därefter definierat detta. Kommunen hade kunnat definiera begreppet hög kvalitet genom att ange vilka egenskaper man vill ha.

För att beskriva hur ett visst arbete ska utföras och för att ange vilken kvalitet som ett visst måleriarbete ska ha finns Allmän Material och Arbetsbeskrivning, s.k. AMA, framtagna av branschen. Genom att hänvisa till diverse koder i AMA kan en beställare ange hur ett visst arbete ska utföras och vilken kvalitet arbetet ska ha. Härigenom finns inget behov av att hänvisa till vissa varumärken. Någon undantagssituation där det skulle vara motiverat att hänvisa till vissa varumärken föreligger inte.

Vad Kommunen åsyftat med "motsvarande kvalitet" är ytterst oklart och i strid mot principen om transparens. Med viss kvalitet kan avses bl.a. vilken tryckteknik som en tapet är tryckt med, hur hög ljusåktighet en tapet har och hur tapeterna bleks, om tapeterna innehåller ämnen som inte är skadliga och framställts på ett miljövänligt sätt, smutsavvisande ytor och om ytan har hög tvättbarhet, om tapeten är lätt att hantera och skära, om färgen täcker väl, avger hälsoskadliga emissioner och färglukt, om färgen är vattenbaserad osv. Vad det är Kommunen tillmäter betydelse vid bedömning av motsvarande kvalitet framgår inte av förfrågningsunderlaget.

I avtalsvillkoren har angetts sex olika varumärken och i bilagan ytterligare åtta varumärken. Dessa olika varumärken skiljer sig åt kvalitetsmässigt och på ett flertal olika sätt. Det kan även konstateras att flera av de angivna varumärkena har ett flertal olika kvalitetsnivåer. Exempelvis kan nämnas Nordsjö som på sin hemsida anger tolv olika kvalitetsnivåer och egenskaper. Även Jotun anger diverse olika färgtyper och kvaliteter. Samma sak gäller för övriga angivna varumärken.

Att först hänvisa till ett stort antal olika fabriker och varumärken, i stället för att i förfrågningsunderlaget definiera den kvalitet som Kommunen önskar köpa, för att senare hänvisa till att anbudsgivarna får välja att räkna på den billigaste kvaliteten är inkonsekvent och medför inte att upphandlingen blir mer transparent och förutsägbar.

Mot bakgrund av vad som anförts är det uppenbart att Kommunen kunnat definiera vad man avsett med hög kvalitet utan att ange vissa varumärken och produkter. Kravet är inte heller tydligt definierat på ett sådant sätt att anbudsgivarna kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Framställt krav är således i strid både mot reglerna i 6 kap. 4 § LOU och mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Prislistor

I förfrågningsunderlaget anges att tre olika prislistor kommer att tillämpas. En prislista avser sommartid, en vintertid och en för arbeten på löpande räkning. Vidare anges att arbeten understigande 20 000 kr ska debiteras från prislistan för löpande räkning. Arbeten som beräknas överstiga 20 000 kr per objekt ska debiteras enligt enhetspriserna i prismall för sommar respektive vinter.

Kommunen kan ensidigt bestämma hur stora respektive avrop ska vara och på så sätt bestämma vilken prislista som ska tillämpas för större arbeten. Kommunen kan styra prissättningen för varje enskilt projekt vilket medför stor osäkerhet för anbudsgivarna. Det är därför inte transparent och förutsägbart hur anbudsgivarna kommer att erhålla betalning för ett utfört arbete och därför inte heller möjligt att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Som exempel kan nämnas att om Kommunen väljer att avropa arbeten i en lägenhet i taget kan detta komma att klassificeras som mindre arbeten och då ska prismall löpande räkning användas. Om Kommunen i stället väljer att avropa flera lägenheter i samma avrop ska i stället en annan prislista tillämpas. Ett annat exempel är om Kommunen ensidigt väljer att avropa målning av enstaka fönster per lägenhet i flera separata avrop eller om Kommunen väljer att avropa samtliga fönster samtidigt.

Högsta förvaltningsdomstolen har i mål nr 3345-09 konstaterat att kravet på likabehandling och transparens innebär att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. En upphandlande myndighet får inte efter fritt skön välja vilken avropsmodell som ska tillämpas. Ett förfrågningsunderlag som ger en upphandlande myndighet en valfrihet beträffande vilken modell som ska väljas uppfyller inte kraven på transparens och likabehandling.

Lägst pris utgör inte lägst pris

Kommunen har valt utvärderingsgrunden lägsta pris. En utvärderingsmodell får inte utformas på ett sådant sätt att principen om lägsta pris inte får genomslag. Kommunen har summerat å-priserna och fått en sammanlagd summa. Vissa av de efterfrågade arbeten som anges i prislistorna är betydligt mer vanligt förekommande än andra arbeten. Den vinnande anbudsgivaren har på ett flertal ställen spekulerat i de mest vanligt förekommande arbetena på ett sådant sätt att Kommunen kommer att få betydligt högre kostnader för att få de mest vanligt förekommande arbetena utförda. Utvärderingsmodellen medger en strategisk prissättning. I de fall Kommunen väljer att avropa arbeten som den vinnande anbudsgivaren prissatt med ett lägre pris finns det inget i förfrågningsunderlaget som hindrar den vinnande anbudsgivaren att tacka nej till arbetet och på så sätt enbart behöva leverera till de högre priserna. Den prismodell som använts medför således inte att den anbudsgivare som lämnat det lägsta priset är den anbudsgivare som tilldelas kontrakt. Även i denna del är upphandlingen i strid mot LOU. Kommarrätten i Stockholm underkände i mål nr 5913 – 5915-10 en utvärderingsmodell som medfört att leverantörer erhållit kontrakt utan att ha någon leveransskyldighet. Oaktat om det är en eller flera leverantörer som kommer att antas är ändå principerna desamma. I nu förevarande upphand-

ling går inte att utläsa någon leveransskyldighet för vinnande anbudsgivare.

Referenser

I Svarsbilaga kvalificering sk 3 Referenser anges att minst två referenskunder från liknande uppdrag ska anges. Kommunen synes mena att referenserna ska styrka att anbudsgivarna ska leva upp till avtalsvillkoren. Av förfrågningsunderlaget framgår att referenspersonerna ska svara på ett flertal frågor om hur anbudet är utformat såsom exempelvis om anbudsgivaren accepterar avtalsvillkoren, om anbudet är skrivet på svenska m.m. Detta är frågor som är hänförliga varken till kvalificeringen eller utvärderingen. Emellertid är de frågor som ska besvaras på Svarsbilaga kvalificering, vilket indikerar att frågorna skulle vara hänförliga till kvalificeringen, dvs. anbudsgivarnas tekniska och ekonomiska förmåga, men Kommunen anger själv i förvaltningsrätten att referenserna syftar till att "leverera den kvalitet som köparen efterfrågar och förväntar sig". Detta indikerar att referenserna är hänförliga till utvärderingen. Uppenbarligen har Kommunen sammanblandat kvalificeringen och utvärderingen på ett sätt som strider mot LOU. Inte heller har upphandlingen skett i enlighet med transparensprincipen då det av förfrågningsunderlaget inte på ett tydligt sätt går att utläsa hur Kommunen tänkt använda referenserna. Vidare är den omständigheten att Kommunen förbehållit sig rätten att begära in egna referenser inte förenlig med LOU och principerna om transparens och likabehandling.

CV

Kommunen har i Svarsbilaga kvalificering sk 4 Uppdraget angett "Leverantören ska inför avtalstecknande uppvisa cv på de personer som kommer att utföra arbeten åt Kommunen. Har ni gjort detta?" Oavsett om Kommunen vill ha CV under upphandlingen eller inför avtalstecknande ska kraven

på transparens och likabehandling upprätthållas. Det är oklart vilka personer Kommunen vill ha CV på. Kommunen anför att CV är ett sätt för Kommunen att följa upp att avtalsvillkoren kommer att uppfyllas under avtalstiden. Om det inte finns något krav på viss utbildning eller erfarenhet kan Sandå svårligen se på vilket sätt Kommunen tänker använda CV. Förfrågningsunderlaget strider mot LOU även i denna del.

Bas-U

I Avtalsvillkor/Avtal p. 24.0 anges att säljaren ska lämna namnuppgift på Bas-U. Hur denna uppgift ska redovisas framgår inte av förfrågningsunderlaget. Det är således inte möjligt för anbudsgivarna att veta om Bas-U ska namnges i upphandlingsskedet för att kvalificeras eller om det räcker med att Bas-U namnges när avtal tecknas eller vid varje avrop. Förfrågningsunderlaget strider således mot LOU och kravet på transparens även i denna del.

Sammanfattning

Kommunen har brutit mot LOU och de grundläggande principerna på sätt som angivits ovan. Konsekvensen av att Kommunen genomfört en upphandling i strid mot LOU är att Sandå inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Sandå har härvid lidit eller riskerat att lida skada. Enbart risken att Sandå lidit skada är tillräckligt för att ingripande enligt LOU ska ske.

Kommunen anför bl.a. följande.

Hänvisning till visst varumärke

Kommunen har mycket riktigt hänvisat till ett antal fabrikat och till vissa produkter. Det har tydligt angetts att dessa produkter är exempel på den kvalitetsnivå som är den miniminivå som kan accepteras för uppdragets utförande. Det framgår också med tydlighet att "likvärdiga" produkter får användas.

Det är riktigt att AMA-koden beskriver hur arbeten ska utföras. Det finns dock inget som beskriver kvaliteten på färgerna, förutom att det t.ex. ska vara en täcklasyr (där det finns ett stort antal olika täcklasyrer). Att beskriva kvalitetsnivån på färgerna i AMA-koden skulle vara oseriöst av branschen eftersom beskrivningen i AMA-koden inte förändras i takt med kvaliteten på färgerna. Kommunen är i sin fulla rätt att ange en kvalitetsnivå på de produkter som ska användas i uppdragen. Genom att hänvisa till vissa fabrikat/produkter har Kommunen angett denna kvalitetsnivå, vilket inte har varit möjligt genom att hänvisa till AMA-koden.

Inga leverantörer har riskerat att gynnas eller missgynnas på grund av att Kommunen hänvisat till vissa produkter med möjlighet för anbudsgivaren att erbjuda likvärdiga produkter. Kommunen har, efter bekräftelse från aktörer på marknaden, insett att det bästa sättet att ange en kvalitetsnivå är att ange exempel på fabrikat/produkter.

Av "Avtalsvillkor/Avtal" punkt 1 framgår att kvalitetsnivån på tapet gäller papper. Borosan är en tapettillverkare. Övriga angivna fabrikat avser färger. Kommunen har nämnt fem olika tillverkare av inomhusfärger i avtalsvillkoret samt olika fabrikat för utomhusfärger i särskild bilaga. När det ska vara strykningar med inomhustakfärg är det således fritt för anbudsgi-

varna att räkna på en inomhustakfärg som är likvärdig med inomhustakfärgerna från fabrikaten nämnda under punkt 1 Avtalsvillkor/Avtal.

Sandå påstår att det skiljer sig kvalitetsmässigt mellan angivna fabrikat vilket Kommunen hävdar att det inte gör. Angivna fabrikat håller en hög och likvärdig kvalitet rakt igenom och är kända på marknaden. Om det mot förmodan skulle uppstå motstridigheter mellan fabrikaten framgår det klart och tydligt av i förfrågningsunderlaget hänvisad punkt i AB 04 att om motstridigheter uppkommer i underlaget har anbudsgivaren rätt att räkna på den lägsta kvaliteten.

Kommunen har inte brutit mot 6 kap. 4 § LOU. Fullt medveten om denna bestämmelse har Kommunen valt att ange fabrikat på produkter då detta är det bästa sättet att på ett enkelt och begripligt sätt beskriva kvalitetsnivån. Det har också varit bra konkurrens i upphandlingen och anbudsgivarna har haft konkurrenskraftiga anbud.

Prislistor

Kommunen har valt att genomföra en ramavtalsupphandling enligt 5 kap. LOU. Det totala behovet delades upp i tre olika geografiska områden, dvs. anbudsgivare kunde välja mellan att lämna anbud på ett eller flera områden. Ett syfte med detta var att även ge möjlighet för små och medelstora företag att lämna anbud. Upphandlingen kunde härigenom resultera i ett eller flera ramavtal, dock högst tre, med alla villkor fastställda. För varje geografiskt område tecknas avtal endast med en leverantör. I denna upphandling sker tilldelning av kontrakt i samband med prövning och utvärdering av anbud, dvs. ramavtalet är upphandlingskontraktet och därefter sker avrop från ramavtalet. Ramavtalet har alla villkor fastställda och dessa villkor har ingått i upphandlingen.

Som framgår av förfrågningsunderlaget kan Kommunen inte ge några volymgarantier för avtalsperioden. De volymuppgifter som Kommunen angett i förfrågningsunderlag och prismall är uppskattade volymer som Kommunen anser är sannolika. Rent generellt är det dock oftast svårt för upphandlande myndigheter att ge exakta volymuppgifter.

Arbeten som beräknas understiga 20 000 kr är "Mindre arbeten" och arbeten som beräknas överstiga 20 000 kr är "Större arbeten". Kommunen har således valt att ha olika priskonstruktioner för dessa olika avrop. Även här finns en uppskattning av volym som anbudsgivare kan ha som vägledning för sin prissättning. Kommunen har valt denna modell eftersom man tror att den är mest lämpad utifrån administrativ, praktisk och ekonomisk hänsyn. Hur anbudsgivaren väljer att prissätta dessa modeller är upp till denne. Kommunen utgår från att anbudsgivarna tar rimligt betalt för sina tjänster oavsett vilken prismodell som gäller. Vad Sandå kanske missuppfattat är att oavsett om arbetet avser "Mindre arbeten" eller "Större arbeten" sker avropet till samma företag. Det uppstår således inte någon konkurrenssituation. Anbudsgivaren kan därmed själv påverka sina risker/möjligheter.

Eftersom dessa förutsättningar varit tydliga och inte gynnat eller missgynnat något företag kan inte Kommunen se att man brutit mot principen om transparens eller principen om likabehandling.

Lägst pris utgör inte lägst pris

Sandå spekulerar i att Kommunen ska frångå de volymuppskattningar som anges i förfrågningsunderlaget. Det är inte helt ovanligt att anbudsgivare försöker lägga "taktiska anbud", vilket också medför att de tar risker. Detta behöver inte medföra att Kommunen beställer de arbeten som anbudsgivaren spekulerat i. Kommunen kan inte, och får inte, diskvalificera en anbudsgivare för att de gör just dessa spekulationer. Det Kommunen har att

förhålla sig till är om de har ekonomisk och teknisk kapacitet att utföra uppdraget.

Det framgår tydligt hur anbudspriset kommer att sammanräknas och det är upp till anbudsgivaren att göra sina värderingar avseende prissättning. Sedan är det upp till Kommunen att se till att avtalsvillkoren uppfylls under avtalstiden.

Återigen hänvisar Sandå till en dom som inte har relevans för denna upphandling. I den angivna domen handlar det om ett ramavtal med flera leverantörer som har rangordnats och det är tydligt angivet att leverantören inte har någon leveransskyldighet. Detta kan inte jämföras med Kommunens upphandling där leverantören har en leveransskyldighet. Kommunen antar en leverantör som ska tillgodose behovet. Det är också reglerat i en vitesklausul om leverantören inte levererar i tid.

Referenser

Kommunen har valt att i denna upphandling lägga in så många krav som möjligt i avtalsvillkoren. Dessa krav (kontraktsvillkor) ska sedan accepteras i Svarsbilaga kvalificering. Fördelen med att lägga kraven som kontraktsvillkor innebär att anbudsgivaren inte behöver uppfylla kraven förrän vid avtalsstart. Detta förfarande kan underlätta för många företag, inte minst små och medelstora företag. Kommunen har naturligtvis ansvaret för att dessa kontraktsvillkor efterlevs under avtalstiden.

Även om de flesta kraven finns i avtalsvillkoren vill naturligtvis Kommunen så långt det är möjligt få en uppfattning om antagen leverantör har förutsättningar att genomföra och fullfölja uppdraget enligt avtalsvillkoren. Vad Kommunen vill med referenternas information är att de ska kunna

styrka att anbudsgivaren har kapacitet att leva upp till de avtalsvillkor som ska accepteras i Svarsbilaga kvalificering.

Det är vanligt, och i vissa fall ett viktigt komplement till andra bevis, att begära in referenser för att säkerställa att anbudsgivaren har förutsättningar att leverera den kvalitet som köparen efterfrågar och förväntar sig.

Kommunen har begärt att anbudsgivaren ska lämna uppgifter på minst två referenskunder och syftet är att dessa ska kunna styrka att anbudsgivaren har förutsättningar att uppfylla Kommunens krav. Mot bakgrund härav behöver heller inte framgå vilka frågor Kommunen ställer eller hur eventuella intervjuer ska ske. Det behöver heller inte poängsättas eftersom referenskundernas uppgifter inte var något utvärderingskriterium. Informationen från referenserna är endast en del av Kommunens möjlighet att kontrollera anbudsgivarens möjlighet att leverera efterfrågade tjänster. Kommunen har heller inte frångått eller gett indikation på att frångå utvärderingsgrunden Lägsta pris.

Vidare har Kommunen varit tydlig med att man kan ta in egna referenser. Detta ska naturligtvis ske på ett sådant sätt att man inte bryter mot de gemenskapsrättsliga principerna så att inte någon leverantör gynnas eller missgynnas.

CV

Av Frågor och svar framgår att CV ska uppvisas inför avtalsstart. Av avtalsvillkoren framgår att de som utför uppdraget ska ha en viss kompetens och att arbetena ska utföras av yrkeskunnig arbetskraft under kompetent arbetsledning. Att begära in CV i samband med avtalsstart är ett sätt för Kommunen att följa upp att avtalsvillkor kommer att uppfyllas under avtalstiden. Begreppet CV är ett vedertaget begrepp. CV ska bl.a. innehålla

meritförteckning och personens utbildning. Även om det inte klart framgår exakt vad CV ska innehålla borde det inte vara alltför svårt för antagen leverantör att tillhandahålla dessa uppgifter.

Kommunen har full förståelse för att det inte är helt enkelt att dimensionera sin organisation för ett uppdrag av detta slag. Därför har inte ställts några specifika storlekskrav på organisation eller begärts att anbudsgivaren redan vid anbudsgivningen ska ange hur många eller vilka som ska utföra uppdraget. Det enda anbudsgivaren behöver förhålla sig till är de uppskattningar som Kommunen angett i förfrågningsunderlaget. Vad Kommunen krävt är att de som kommer att utföra arbetena ska ha en viss kompetens och yrkeskunnande. Eftersom Sandå ändå har lämnat anbud och accepterat avtalsvillkoren har de sannolikt gjort en bedömning av vad som krävs beträffande kompetens och antal resurser.

Bas-U

Kravet på att ge namnuppgifter på Bas-U är ett kontraktsvillkor vilket innebär att denna namnuppgift ska ges i samband med att ett arbete beställs. Kommunen kan inte på något sätt se hur detta kan missuppfattas.

Sammanfattning

Kommunen har genomfört upphandlingen på ett likabehandlande, transparent och öppet sätt. Vidare har Sandå inte på någon punkt kunnat påvisa att man lidit någon ekonomisk skada genom Kommunens upphandlingsförfarande.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU)

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". (6 kap. 4 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (16 kap. 6 § LOU)

DOMSKÄL

Hänvisning till visst varumärke

Kommunen har i förfrågningsunderlaget hänvisat till ett antal fabrikat och vissa produkter för att ge exempel på vilken kvalitetsnivå som krävs för material, i huvudsak färg, som ska användas vid uppdragets utförande (se förfrågningsunderlagets Avtalsvillkor/Avtal samt bilaga 1 till domen). Det

har även angetts att produkter av andra fabrikat som håller minst likvärdig kvalitet får användas.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att hänvisning till visst varumärke endast får göras om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt samt att en sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Av aktuell artikel, art. 23.8, i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, som implementerats i svensk lagstiftning genom LOU, framgår följande. Om det inte motiveras av föremålet för upphandlingen, får tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, ej heller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om det får till följd att vissa företag eller produkter gynnas eller att andra inte kan komma ifråga. Sådana uppgifter eller hänvisningar ska i undantagsfall vara tillåtna, om en tillräckligt tydlig och begriplig beskrivning av föremålet för upphandlingen inte är möjlig genom tillämpning av punkterna 3 och 4. Sådana uppgifter eller hänvisningar ska följas av orden "eller likvärdigt".

Den första fråga som uppkommer är om Kommunens hänvisningar till fabrikat och produkter lett till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det är enligt förvaltningsrättens mening normalt sett svårt att tänka sig att sådana hänvisningar varken skulle gynna eller missgynna vissa företag, jfr Kamrarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903 – 1913-11. Kommunens hänvisningar måste därför, även om det i nu aktuell upphandling hänvisas till flera olika fabrikat och varumärken, anses ha lett till att vissa företag gynnas respektive missgynnas.

Nästa fråga som uppkommer är om det inte varit möjligt för Kommunen att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt. Av ordalydelsen i LOU och bakomliggande direktivbestämmelse framgår att det ska vara fråga om undantagssituationer.

I förarbetena anges att situationer som avses är då en upphandlande myndighet inte klarar av att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte (jfr prop. 2006/07:128 s. 193).

Kommunen menar att man, efter bekräftelse från aktörer på marknaden, insett att det bästa sättet att på ett enkelt och begripligt sätt beskriva kvalitetsnivån är att ange exempel på fabrikat/produkter. Enligt förvaltningsrättens mening kan denna tämligen vaga förklaring inte till fullo ge stöd för att det inte varit möjligt för Kommunen att beskriva önskad kvalitetsnivå tillräckligt preciserat eller begripligt. Det måste därför anses tveksamt om Kommunen haft rätt att hänvisa till vissa fabrikat/produkter eller produkter av minst likvärdig kvalitet eller likvärdiga fabrikat på det sätt som gjorts.

En ansökan om överprövning kan dock endast bifallas om konstaterade felaktigheter i upphandlingen medfört att den sökande lidit eller kan komma att lida skada. Det kan härvid noteras att kravet på användning av i förfrågningsunderlaget angivna fabrikat/produkter eller likvärdiga inte är utformade som skall-krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kvalificeras för utvärdering. Inget anbud har således diskvalificerats från utvärdering till följd av att produkter som avsetts användas inte godtagits som likvärdiga. Kraven är utformade som genomförandekrav som anbuds-givarna, genom att i Svarsbilaga kvalificering kryssa för att avtalsvillkoren accepteras, åtagit sig att uppfylla vid utförandet av de i upphandlingen aktuella uppdragen. Sandå anför att kravet inte är tydligt definierat varför anbudsgivarna inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Enligt

förvaltningsrättens mening skulle oklarheter beträffande vad som är likvärdiga produkter kunna leda till att en anbudsgivare inte vågar använda sig av billigare produkter som normalt brukar användas och därmed hindras från att lämna sitt bästa anbud. Sandå har dock inte på något sätt konkretiserat på vilket sätt man själv eventuellt skulle ha drabbats av det problemet. Det bör i sammanhanget också noteras att Kommunen för samtliga inomhusfärger angett ett flertal exempel på fabrikat och även för de flesta utomhusfärger angett flera exempel på produkter. Vidare torde en leverantör i branschen ha sådan kunskap om produkter på marknaden att man kunnat bedöma vad som utgör likvärdig kvalitet. På grund av det anförda kan Sandå, oaktat eventuella felaktigheter enligt ovan, inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd därav.

Prislistor

Kommunen har i förfrågningsunderlaget benämnt arbeten som beräknas understiga 20 000 kr för "Mindre arbeten" och angett att dessa debiteras enligt timtaxa samt benämnt arbeten som beräknas överstiga 20 000 kr för "Större arbeten" och angett att dessa debiteras enligt enhetspriser. Såväl volymen avseende "Mindre arbeten" och volymen avseende respektive position för vilken enhetspris ska lämnas har uppskattats i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget måste härvidlag anses förutsebart och ge vägledning för anbudsgivarnas prissättning.

För varje geografiskt område tecknas ramavtal med alla villkor fastställda endast med en leverantör. Avrop görs sedan från denne leverantör varför någon konkurrenssituation inte uppkommer. Omständigheterna skiljer sig härmed på ett betydande sätt från de i det av Sandå åberopade rättsfallet. I det fallet hade nämligen avropande myndigheter fritt skön att för kontrakt i ett visst prisintervall välja mellan avrop enligt rangordning av leverantörer och avrop efter förnyad konkurrensutsättning.

Lägst pris utgör inte lägst pris

Anbudspris beräknas genom att, för respektive geografiskt område, summera de totala priserna i Svarsbilaga prismall sommar, svarsbilaga prismall vinter och svarsbilaga prismall löpande räkning. Detta framgår också tydligt av förfrågningsunderlaget. De enligt ovan angivna uppskattade volymerna beaktas vid summeringen varmed anbudspriserna torde ge en ungefärlig bild av framtida faktiska priser. Utrymmet för en anbudsgivare att spekulera i vilka arbeten som är mest frekventa torde därför också vara tämligen begränsat. Det har inte heller framkommit någon annan omständighet som ger anledning att ifrågasätta utformningen av prismodellen. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte att vad som anförts av Sandå medför att den av Kommunen använda prismodellen skulle strida mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller mot någon bestämmelse i LOU.

Referenser

I Svarsbilaga kvalificering anges att anbudsgivare ska lämna uppgifter på minst två referenskunder från liknande uppdrag. Sandå ifrågasätter bl.a. utformning och syftet med detta skall-krav. Oaktat om det finns brister härvidlag noterar förvaltningsrätten att Sandås anbud har utvärderats, och således bedömts uppfylla detta skall-krav, varför Sandå i vart fall ej lidit skada till följd därav.

CV

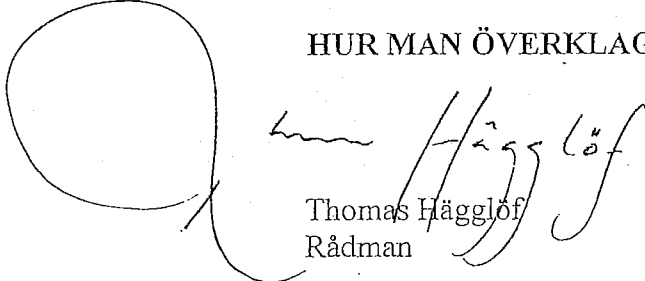
Av förfrågningsunderlaget framgår att CV ska uppvisas först inför avtalstecknande. Eventuella oklarheter beträffande vilka personer som avses kan därför inte ha påverkat anbudsgivarnas möjligheter att utforma konkur-

renskraftiga anbud varför principen om transparens enligt förvaltningsrät-
tens mening inte träts för när.

Sammanfattning

På grund av det anförda och då vad som i övrigt anförts av Sandå inte visar
att upphandlingen strider mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna
eller mot någon bestämmelse i LOU, finner förvaltningsrätten att Sandås
ansökan om överprövning ska avslås.

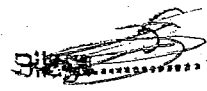
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (Dv 3109/1C LOU)



Thomas Hägglöf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

Bilaga 1



Färgtyp	Fabrikat	Färg
Slamfärg	Falu Vapen	Falu Vapen Fasadfärg
Akrylat/alkyd	Tikkurila	Fasad
Linolja	Engwall & Claesson	Lasol Utv. Linoljefärg
Akrylat	Caparol	Fasadakrylat
Akrylat	Alcro	Stugfärg
Slamfärg	Falu Vapen	Äkta Falu Rödfärg
Akrylat	Alcro	Bestå Täckfärg
Akrylat/alkyd	Jotun	Demidekk Ultimate
Slamfärg	Nordsjö	Nordsjö Rödfärg

Förvaltningsrätten i Umeå
Inkom
2012-03-01

Målnr	Aktbil
-------	--------

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.