

REGERINGSRÄTTENS BESLUT

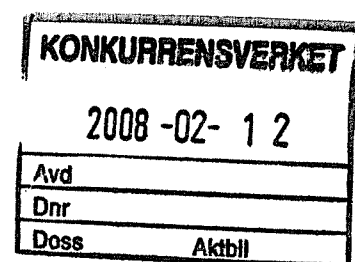
Mål nr
2382-06

meddelat i Stockholm den 11 februari 2008

KLAGANDE

Region Skåne

Ombud: Regionjuristen Jerker Alm
Region Skåne
Juridiska avdelningen
291 89 Kristianstad



MOTPART

AB Svenska Shell, 556011-2111

Ombud: Advokaten Ola Wiklund
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrättens i Göteborg dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05
(bilaga)

SAKEN

Offentlig upphandling

Dok.Id 48325

Postadress

Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress

Birger Jarls torg 5

Expeditionstid

09:00-12:00
13:00-15:00

Telefon

08-561 676 00

Telefax

08-561 678 20

YRKANDEN M.M.

Region Skåne yrkar att Regeringsrätten, med ändring av kammarrättens dom, fastställer länsrättens dom och lämnar AB Svenska Shells begäran om överprövning utan bifall. Regionen yrkar vidare att Regeringsrätten ska fastställa att kammarrättens dom är en nullitet. Till stöd för sin talan anför regionen bl.a. följande. Kammarrätten har felaktigt kommit fram till att AB Svenska Shell offererat produkter som efterfrågats av regionen. Den av bolaget åberopade bevisningen visar inte att produkterna uppfyller de av regionen ställda kraven. I sin dom har kammarrätten förordnat om rättelse på så vis att regionen ska genomföra en ny utvärdering. Anbudens giltighetstid gick ut den 1 januari 2006 och någon förlängning av anbudens giltighetstid har inte ägt rum. Vad kammarrätten förordnat om är att regionen ska genomföra en ny utvärdering av anbud som vid den nya utvärderingen inte existerar juridiskt sett. Det finns inte någon möjlighet för regionen att verkställa den åtgärd som kammarrätten har förordnat om.

AB Svenska Shell bestrider bifall till överklagandet. Shells produkt är utbytbar mot de efterfrågade produkterna varför Shells anbud ska utvärderas. Regionen har att genomföra en ny utvärdering och utifrån den tilldela vinnande anbud ett upphandlingskontrakt. Giltighetstiden av Shells anbud kan och får anses ha förlängts genom kammarrättens dom.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, har upphört att gälla den 1 januari 2008 (se SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den lagen ska dock LOU alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 7 kap. LOU finns bestämmelser om överprövning. En leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande enhet brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen, kan i en framställning med stöd av 7 kap. 1 § samma lag ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att domstolen ska besluta om åtgärder enligt 2 §, dvs. att den klandrade upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Vid andra former av upphandling än s.k. direktupphandling får enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU ansökningen om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. I samma stycke anges att ansökningen dock får prövas inom en på visst

sätt konstruerad tidsfrist, som inte är av intresse i förevarande mål. Motsvarande bestämmelser finns numera i 16 kap. i 2007 års lag om offentlig upphandling.

Regeringsrätten tar först upp frågan om förutsättningarna för kammarrätten att överpröva upphandlingen på det sätt som skett.

Inledningsvis erinras om att det vid tiden för kammarrättens dom gällde ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen. Eftersom upphandlingen således inte var avslutad hade kammarrätten att ta ställning till om det fanns skäl för ingripande enligt LOU. Den klagande leverantören yrkade i kammarrätten att upphandlingen skulle göras om eller rättas på visst sätt. Region Skåne bestred att det fanns skäl för åtgärd enligt LOU men har inte tagit upp frågan om det eventuella valet mellan att göra om upphandlingen och att rätta den. Inte heller har regionen i kammarrätten gjort invändning om att anbudens giltighetstid gått ut.

Då kammarrätten fann att det fanns skäl för ingripande enligt LOU hade kammarrätten att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen skulle göras om eller att den skulle rättas (RÅ 2005 ref. 47). Med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Så hade inte ens påståtts i det aktuella målet. Kammarrätten synes vidare ha övervägt om rättelse kunde ske med hänsyn till att anbudens giltighetstid gått ut men funnit att detta inte utgjorde något hinder med hänsyn till att regionen antagit övriga anbud varigenom dessa fortfarande fick anses ha giltighet. Kammarrätten fann av dessa skäl att rättelse var en möjlig men även tillräcklig åtgärd.

Regeringsrätten finner att kammarrätten rätteligen överprövat upphandlingen och instämmer i kammarrättens bedömning vad gäller valet av åtgärd enligt LOU.

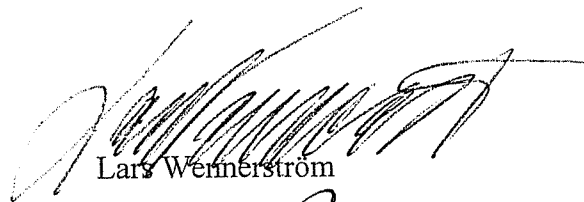
Regeringsrätten konstaterar vidare att kammarrättens dom innefattar ett förbud för regionen att avsluta upphandlingen innan rättelse företagits i enlighet med vad som anförs i domen (jfr RÅ 2005 ref. 17). Vad regionen anfört i Regeringsrätten föranleder ingen annan bedömning.


Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att upphandlingen skulle ligga till grund för ett ramavtal som skulle gälla under tiden den 1 februari 2006 – 31 januari 2007 med möjlighet till förlängning i högst ett år. Upphandlingen kan sålunda inte längre vare sig rättas eller göras om. Överklagandet föranleder därför inte någon ytterligare åtgärd från Regeringsrättens sida.

REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avskriver målet.


Susanne Billum


Lars Wennérström


Eskil Nord
se protokoll


Annika Brickman


Margit Knutsson


Margareta Larsson
Regeringsrättssekreterare

Avd. II
Föredraget 2007-10-18

Målet har föredragits av regeringsrättssekreteraren Peter Lif



KLAGANDE

AB Svenska Shell, 556011-2111
Gustavslundsvägen 18
167 80 Bromma

Ombud: Jur kand Christin Serlow, Wistrand Advokatbyrå Stockholm
KB, Box 70393, 107 24 Stockholm

MOTPART

MA-Skåne
Box 1
221 00 Lund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Skåne län dom den 4 november 2005 i mål nr 11580-05,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

AB Svenska Shell (bolaget) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen skall göras om eller rättas och åberopar vad som anförts i länsrätten samt framhåller bl.a. följande. MA-Skåne har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att anbudsgivarna skall kunna erbjuda bensin med oktantal 95, 96 och 98. Genom att uppställa krav på produkter med specifikt oktantal utesluts en sådan produkt som från bränslesynpunkt är fullt utbytbar. Länsrätten har underlåtit att bedöma huruvida det är befogat att ställa skall-krav för vissa produkter då en fullt utbytbar produkt, som uppfyller just de krav som kan ställas på den efterfrågade produkten med avseende på prestanda, egenskaper och funktionalitet, finns på marknaden. Detta är särskilt av intresse när det, som i detta fall, är fråga om en ny produkt på en begränsad marknad. Härtill kommer att länsrätten inte prövat bolagets grunder om att V-Power motsvarar de krav som ställs i förhållande till prestanda, egenskaper och funktionalitet, eller har bättre sådana egenskaper. Av

ingivna standarder framgår särskilt att V-Power till fullo uppfyller de krav som ställs på blyfri bensin. V-Power är således fullt utbytbar mot de efterfrågade produkterna. Att ställa krav på produkter med specifikt oktantal när en fullt utbytbar produkt finns på marknaden strider mot principen om god affärsmässighet. Genom att uppställa detta krav missgynnas bolaget i förhållande till andra företag. Bolaget saluför inte bensin med oktantal 96 och 98. Bolaget saluför V-Power, vilket kan ersätta såväl bensin med oktantal 96 som oktantal 98. Uppställandet av skall-kravet innebär brott mot likabehandlingsprincipen samt medför en försämrad konkurrens. Brotten mot grunderna för LOU medför att bolaget kan komma att lida skada. – Beträffande att de konkurrerande anbudsgivarna, som exempelvis Statoil, inte uppfyllt de uppställda skallkraven har länsrätten anfört att MA-Skåne synes ha följt de förutsättningar och krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Att länsrätten kan komma till denna slutsats är förvånansvärt. Det framgår av handlingarna ingivna till länsrätten att Statoil inte kan erbjuda bensin med oktantal 96 på bensinstationer i bland annat Lund och Kristianstad. Utdrag från Statoils hemsida visar att Statoil endast kan erbjuda denna produkt på ett fåtal tankstationer i Sverige. Uppgifterna rörande de nu aktuella tankstationerna i Region Skåne har även verifierats genom kontakter med personal på ifrågavarande tankstationer. Det framstår därför som klart att MA-Skåne upptagit en anbudsgivare som inte uppfyllt alla skall-krav till anbudsutvärdering. Region Skåne har härefter tilldelat bland annat denna anbudsgivare upphandlingskontrakt. Det är således klarlagt att fel föreligger i upphandlingen och att upphandlingen därmed skall rättas eller göras om. Felen medför att bolaget kan komma att lida skada. – Bolaget inger och åberopar av SIS utgiven ”Svensk standard SS 15 54 22 Motorbränslen – Oblyad bensin av miljöklass 1 – Krav och provningsmetoder” och ”Svensk Standard SS-EN 228:2004 Motorbränslen – Oblyad bensin – Krav och provningsmetoder” till stöd för sin talan.

Region Skåne (regionen) anser att kammarrätten skall avslå överklagandet och anför följande utöver vad den åberopat i länsrätten. Länsrättens dom är korrekt. Bevisbördan i målet åvilar bolaget. Bolaget har att bevisa dels att de krav som regionen ställt upp i sig utgör ett brott mot LOU, dels – om bolaget anses ha uppfyllt sin bevisbörda i angivet avseende – att bolagets produkter är substituerbara i förhållande till de som anges i förfrågningsunderlaget. Av den av bolaget åberopade bevisningen framgår inte på vilket sätt det av regionen uppställda kravet skulle vara diskriminerande. Regionens behov skall vara styrande eftersom det är detta behov som skall tillgodoses. Av den av bolaget åberopade bevisningen framgår inte att bolagets produkter motsvarar vad regionen efterfrågar. Såvitt framgår av handlingarna från SIS utgör innehållet i dessa endast allmän information om krav och provningsmetoder. Information om krav och provningsmetoder innebär inte att bolaget bevisat att dess produkter motsvarar vad regionen efterfrågar. – Vad gäller bolagets påstående om att Statoil inte uppfyller ifrågavarande skall-krav så är bolagets påstående felaktigt. Av bifogat utdrag ur Statoils anbud framgår att Statoil uppfyller ställt krav. Att det möjligen framgår annan information på Statoils hemsida saknar relevans. Då innehållet i anbudshandlingarna inte ger tvivel kring innebörden av ett visst svar finns heller ingen anledning att uppsöka ytterligare informationskällor i berört hänseende. Sammantaget har bolaget inte visat att det föreligger något brott mot LOU och under alla förhållanden har bolaget inte bevisat att det föreligger någon risk för skada för bolaget. – Regionen inger och åberopar kopia av bilaga 1 ”Kravspecifikation; Upphandling av bensin och diesel” ur Statoils anbud till styrkande av de uppgifter företaget lämnat om tillgängligheten av bensin på efterfrågade orter.

Bolaget genmäler följande. LOU reglerar hur den upphandlande enheten får utforma kraven. I 1 kap. 4 § nämnda lag stadgas att upphandlingar skall göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Kraven på konkurrens innebär att de

konkurrensmöjligheter som finns skall utnyttjas och kravet på affärsmässighet innebär att den upphandlande enheten inte bör uppställa krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen. I enlighet med principen om affärsmässighet kan den upphandlande enheten inte begränsa den relevanta marknaden. MA-Skåne har vid uppställandet av skall-kraven begränsat den relevanta produktmarknaden genom att uppställa krav på bensin med visst oktantal. Härigenom utesluts produkter som är utbytbara. Bolagets V-Power är som tidigare hävdats fullt utbytbar mot de efterfrågade produkterna. Till stöd för detta åberopas och inges artiklar i Teknikens Värld och en artikel i EVO. Tidningarna har genom egna undersökningar bl.a. testat de positiva effekter som en bensin med ett högre oktantal kan medföra. Att en biltillverkare rekommenderar ett visst oktantal innebär en minimirekommendation, dvs. detta är den lägsta kvalitetsnivå vid vilken tillverkaren tar ett fullt ansvar för bilens funktion. Dock kan bensin med högre oktantal användas i bilen utan att motorer eller andra tekniska komponenter skadas. Genom att använda bensin med högre oktantal kan bättre prestanda uppnås. Det kan alltså vara en fördel att bensin med högre oktantal används. Många tillverkare anger detta i sina instruktionsböcker genom att indikera att förbättrad prestanda kan uppnås om en bensin med högre oktantal används. Det står därför klart att V-Power är fullt utbytbar mot de av MA-Skåne efterfrågade produkterna och därmed uppfyller regionens krav. Genom att utesluta utbytbara produkter från upphandlingen har MA-Skåne gjort sig skyldigt till brott mot LOU då nyttjandet av de konkurrensmöjligheter som finns har eftersatts samt uppställandet av skall-kraven inte har gjorts affärsmässigt. Att utesluta nya produkter på marknaden lägger hinder för den tekniska utvecklingen. Det har framhållits av EU-kommissionen att tekniska specifikationer i form av funktionsstandarder är ett bra sätt att gynna tekniskt nytänkande och samtidigt ge konkurrensen fritt spelrum. I EG-domstolens mål Dundalk och UNIX (mål C-45/87 och C-359/93) har domstolen slagit fast att en upphandlande enhet inte får upprätta ett förfrågningsunderlag på så sätt att det exkluderar några produkter som

uppfyller enhetens behov. Den upphandlande enheten får hänvisa till viss standard eller liknande med tillägget ”eller likvärdig”. Så kommer även till uttryck i 1 kap. 16 § LOU. Den av MA-Skåne uppställda tekniska specifikationen är alltför snäv. – Bolaget inger och åberopar artiklar från tidningarna Teknikens Värld och EVO angående tester av produkten V-Power.

Regionen gemälar följande. Det förhållandet att ett fordon med ett rekommenderat lägre oktantal utifrån rent tekniska aspekter skulle kunna köras på drivmedel med ett högre oktantal innebär inte att köparen är förhindrad att ställa krav på förekomsten av tillhandahållande av drivmedel med det lägre oktantalet när behov av sådant drivmedel föreligger. I bedömningen måste ytterligare faktorer vägas in, t.ex. att drivmedel med högre oktantal är dyrare än drivmedel med lägre oktantal och vad biltillverkaren rekommenderar. Om bolagets resonemang läggs till grund för bedömningen skulle en upphandlande enhet kunna tvingas anta en leverantör som enbart tillhandahåller drivmedel med högsta oktantal och därmed tvingas bortse från såväl biltillverkarens rekommendationer som prisbild.

Kammarrätten har i beslut den 8 november 2005 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

I 1 kap. 16 § LOU anges som huvudregel att en upphandlande enhet inte i förfrågningsunderlaget får hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. Dock får en upphandlande enhet hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung, om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall följas av orden ”eller likvärdig”.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18 EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster kodifierar bl.a. de principer och förtydliganden i fråga om offentlig upphandling som kommit till uttryck genom EG-domstolens praxis efter tillkomsten av LOU. I artikel 23 punkt 4 av direktivet stadgas följande. Om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer på sätt anges i direktivet, får den inte förkasta ett anbud med motiveringen att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, då anbudsgivaren på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten anser vara tillfredsställande, i sitt anbud visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt den angivna tekniska specifikationen. Ett lämpligt sätt kan vara tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Regionen har varit berättigad att definiera de bensinprodukter som omfattas av upphandlingen genom att som teknisk specifikation ange oktantal. Emellertid har den upphandlande enheten inte ägt förkasta ett anbud med motiveringen att det inte överensstämmer med specifikationen om anbudsgivaren visar att anbudet på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven. Om produkten betingar ett högre pris är däremot ett förhållande som får betydelse vid utvärderingen. Enligt kammarrättens bedömning har bolaget genom utredningen i målet visat att dess offererade produkt V-Power på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven för blyfri bensin 96 oktan respektive 98 oktan. Regionen har därför inte i sin utvärdering ägt bortse från bolagets anbud i fråga om dessa produkter.

Med ledning av de prisuppgifter som framgår av utredningen i målet finner kammarrätten att bolaget riskerat att lida skada genom att dess

anbud förkastats. Bolagets talan skall därför enligt 7 kap. 2 § LOU bifallas.

Bolaget har uppgivit att Statoil inte uppfyller ett visst skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Regionen har bestritt detta och har som skriftlig bevisning ingivit utdrag ur Statoils anbud för att styrka sin ståndpunkt. Kammarrätten finner att regionens uppgift får godtas och att dess ståndpunkt vid sådant förhållande är riktig. Länsrättens bedömning i denna del står därför fast.

Enligt kravet i förfrågningsunderlaget skulle anbuden vara bindande till den 1 januari 2006, en tidpunkt som nu har passerats. Därvid uppkommer frågan huruvida kammarrätten kan nöja sig med att förordna om den minst ingripande åtgärden ”rättelse” eller om upphandlingen måste göras om. I dom den 16 maj 2005 (mål nr 1031-05) hade denna kammarrätt att ta ställning till frågan om anbuds giltighetstid och konstaterade att ett giltigt avtal kommit till stånd genom att leverantören fått meddelande om att hans anbud antagits. I förevarande mål har det slutliga tilldelningsbeslutet, varigenom de tre övriga anbudsgivarna antagits, meddelats den 26 oktober 2005. Det torde således ha kommit de antagna leverantörerna tillhanda långt före utgången av anbudens giltighetstid och bindande avtal har därmed uppkommit. – Vid sådant förhållande finner kammarrätten att den yrkade åtgärden ”rättelse” – i form av att bolagets anbud är med i utvärderingen av samtliga efterfrågade produkter – är möjlig men även tillräcklig för att beakta bolagets intresse i den aktuella upphandlingen.

DOMSLUT

Kammarrätten upphäver länsrättens dom och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i enlighet med vad ovan angivits.

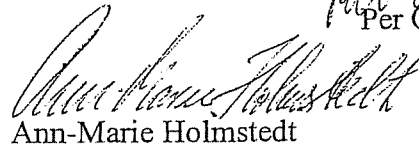
Därmed upphör kammarrättens interimistiska beslut att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga B)

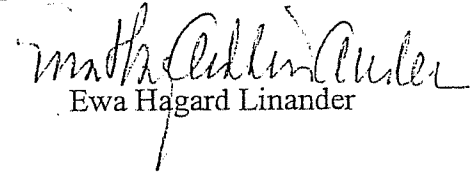


Per Ove Svensson



Ann-Marie Holmstedt

referent



Ewa Hagard Linander



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2005 -11- 0 4
Meddelad i
Malmö

Mål nr
11580-05E

Bilaga A

SÖKANDE

Svenska Shell AB, 556011-2111
Gustavslundsvägen 18
167 80 Bromma

Ombud: Advokat Ola Wiklund, Wistrand Advokatbyrå, Box 70393, 107 24
Stockholm

MOTPART

MA-Skåne, 232100-0255
Box 1
221 00 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Region Skåne, genom MA-Skåne, genomför upphandling "Köp av bensin med oktan 95, 96 och 98, diesel från pump till Region Skånes Fordon, samt produkter och tjänster", diarienummer MA/050078. Upphandlingen genomförs som öppen upphandling. Efter utvärdering har den upphandlande enheten genom tilldelningsbeslut den 26 oktober 2005 beslutat att anta anbud från OKQ8, Statoil Detaljhandel AB och Preem Petroleum AB.

I ansökan hos länsrätten begär Svenska Shell AB (nedan benämnt bolaget) överprövning enligt LOU av aktuell upphandling och yrkar därvid rättelse på så sätt att bolagets anbud upptas till prövning och utvärdering. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen skall göras om varvid skall-kravet avseende 96 och 98 oktan skall rättas och även innefatta utbytbara produkter såsom V-Power. Vidare yrkar bolaget att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Som grund för sina yrkanden anför bolaget i huvudsak följande. Genom att uppställa och tillämpa ett skall-krav som utesluter produkter som är sammanfallande med de efterfrågade produkterna har den upphandlande enheten brutit mot regeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Enhetens brott mot LOU har medfört att bolaget kan komma att lida skada. Av upphandlingsrapport framgår att bolaget inte uppfyller skall-kraven genom att bolaget inte ingivit anbud för bensin av typen 96 och 98 oktan, varför bolaget inte kunde bli aktuellt som leverantör. Bolaget har emellertid i sitt anbud angivit pris och rabatter på blyfri 95 och på V-Power. Shell V-Power, som har oktantalet 99, kan fullt ut ersätta bensin med 96 respektive 98 oktan. V-Power uppfyller kraven i Miljöklass 1. V-Power är formulerad för att ge mer kraft och bättre acceleration. Bolaget gör således gällande att V-Power i hög grad motsvarar de krav på kvalitet, teknik och funktion som ställs på bensin med

Dok.Id 45756

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Själbodgatan 8	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post:		09:00 - 14:00

de lägre oktantalerna 96 respektive 98 oktan. Vissa fördelar som kan uppnås med V-Power saknas dessutom för bensen med 96 respektive 98 oktan. De produkter som efterfrågats i upphandlingen är ur bränslesynpunkt helt och hållet utbytbara mot V-Power. V-Power tillhandahålls exklusivt av bolaget och har inkluderats i anbudet med förmånlig rabattsats. Det är orimligt att i skall-kraven uppställa krav på en produkt när det finns två substituerbara produkter på marknaden. Att som skall-krav ange en produkt som har en substituerbar produkt och inte acceptera ett anbud rörande substitutprodukten strider mot principen om affärsmässighet. Genom att uppställa kravet utesluts ett antal (potentiella) anbudsgivare, med försämrad konkurrens som resultat. Uppställandet av kravet är vidare inte förenligt med proportionalitetsprincipen. I detta sammanhang skall beaktas att de ifrågavarande produkterna endast utgör en liten del av upphandlingen. På grund av att den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande principerna måste upphandlingen rättas och/eller göras om. Genom att felaktigt utesluta bolaget från utvärderingen kan bolaget orsakas skada.

Region Skåne bestrider i yttrande bolagets begäran om överprövning i sin helhet och anför därvid i huvudsak följande. Av kravspecifikationen framgår att upphandlingen avser bensen med oktantal 95, 96 och 98 samt diesel d.v.s en beskrivning av Region Skånes behov av drivmedel. Vidare framgår tydligt kravet att anbudsgivare skall kunna erbjuda bensen av såväl 95, 96 och 98 oktan. Bolaget har inte uppfyllt skall-kravet på att offerera bensen med oktantal 96 och 98 varför bolaget helt korrekt inte antagits som leverantör. Vidare saknar proportionalitetsprincipen relevans. Förhållandet är sådant att Region Skåne har behov av leverantörer med bensen med oktantal 96 och 98, andelen för respektive oktantal har ingen betydelse. Bolaget har inte visat att det aktuella kravet som sådant strider mot gällande rätt och har inte heller bevisat att bolaget uppfyllt det ställda kravet. Eftersom bolaget inte uppfyllt det korrekt ställda skall-kravet föreligger ingen risk för skada för bolaget. Bolagets begäran om överprövning, inkluderande begäran om inhibition skall lämnas utan bifall.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Naturligtvis har en upphandlande enhet rätt att efterfråga produkter som den har behov av. Det föreligger dock begränsningar i hur kraven får utformas. Bolaget gör gällande att de efterfrågade produkterna är fullständigt utbytbara mot bolagets offererade produkter. De av den upphandlande enheten uppställda skall-kraven strider mot LOU. Genom att utesluta bolaget från anbudsutvärderingen, trots offererad produkt som motsvarar uppställda krav, kan bolaget orsakas skada. Grund föreligger således för inhibition av beslutet samt bifall till den av bolaget anförda talan. Vidare uppfyller vissa av de konkurrerande anbudsgivarna inte de ställda skall-kraven. Statoil har inte bensen med oktan 96 i bland annat Lund och Kristianstad. Den upphandlande enheten har alltså beslutat att teckna avtal med anbudsgivare som inte uppfyller skall-kraven.

Region Skåne vidhåller i yttrande sin inställning i målet och anför därvid bl.a. följande. Regionen har uppställt kravet avseende oktantal utifrån att man innehar fordon där dessa oktantal krävs. Kravet är således affärsmässigt. Bolaget har inte visat att de av bolaget offererade produkterna skulle vara likvärdiga med de produkter som efterfrågas. Bolagets begäran om överprövning, inkluderande begäran om inhibition skall lämnas utan bifall.

DOMSKÄL

Enligt 7 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i LOU och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Vidare får länsrätten enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 16 § LOU får den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras, om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får hänvisa till ett visst märke, fabrikat eller ursprung, om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall följas av orden "eller likvärdig".

Länsrätten som omedelbart tar upp målet till slutligt avgörande gör följande bedömning.

Bolaget har i målet bl.a. anfört att den upphandlande enheten bryter mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling och bestämmelserna i LOU genom att i förfrågningsunderlaget uppställa krav på en viss produkt, bensin oktän 96 och 98, trots att det enligt bolaget finns en eller flera andra produkter som motsvarar de efterfrågade produkterna.

En upphandlande enhet får inte hänvisa till en särskild vara eller process så att vissa företag gynnas eller missgynnas, om det går att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En hänvisning till ett specifikt märke kan komma ifråga endast om det som skall upphandlas inte kan beskrivas mer neutralt genom att hänvisa till europeiska eller nationella tekniska specifikationer. Vidare kräver enligt länsrättens uppfattning principen om likabehandling av leverantörerna att en upphandlande

enhet, så långt det överhuvudtaget är möjligt, undviker uttryckliga varumärken och diskriminerande tekniska beskrivningar. Till diskriminerande tekniska beskrivningar hör sådana som inte är avgörande för prestanda.

I nu föreliggande upphandling har Region Skåne i förfrågningsunderlaget och i kravspecifikationen uppgett att upphandlingen avser köp av bl.a. bensin med oktantal 95, 96 och 98. Efterfrågan avser såvitt framgår en produkt som den upphandlande enheten har behov av och den aktuella beskrivningen av produkten får anses ha betydelse för prestanda, egenskaper och funktionalitet. Därmed kan den upphandlande enheten enligt länsrättens mening inte i nu aktuellt avseende anses ha angivit en diskriminerande teknisk beskrivning. Länsrätten finner inte heller att kravet såsom bolaget anfört bryter mot proportionalitetsprincipen. Vid sådana förhållanden och då det inte är visat annat än att bolagets anbud vad avser bensin med oktantal 96 och 98 avviker från vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget har Region Skåne haft fog för att utesluta anbudet från utvärderingen. När det sedan gäller vad bolaget anfört om att vissa av de konkurrerande anbudsgivarna inte uppfyller de ställda skall-kraven kan länsrätten av den i målet föreliggande utredningen inte finna annat än att den upphandlande enheten därvid följt de förutsättningar och krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Inte heller kan enligt länsrättens mening de aktuella anbuden i detta avseende anses avvika från förfrågningsunderlagets skall-krav på ett sådant sätt att det kan anses strida mot bestämmelserna i LOU. Bolagets begäran om ingripande med stöd av LOU skall därför avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Svenska Shell AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1b)


Marianne Sturk

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och innehålla:

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

REGERINGSRÄTTEN

Avd. II

PROTOKOLL

2007-10-18

Stockholm

Mål nr 2382-06

Aktbilaga

NÄRVARANDE REGERINGSRÅD

Billum, Wennerström, Nord, Brickman och Knutsson

✓ ✓ ✓ ✓

FÖREDRAGANDE

Regeringsrättssekreteraren Peter Lif

PROTOKOLLFÖRARE

Regeringsrättssekreteraren Margareta Larsson

KLAGANDE

Region Skåne

Ombud

Regionjuristen Jerker Alm, Region Skåne, Juridiska avdelningen, 291 89 Kristianstad

MOTPART

AB Svenska Shell

Ombud

Advokaten Ola Wiklund, Wistrand Advokatbyrå, Box 7543, 103 93 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrättens i Göteborg dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05

SAKEN

Offentlig upphandling

Målet föredras.

Regeringsrätten fattar beslut.

PostadressBox 2293
103 17 Stockholm**Besöksadress**Birger Jarls torg 5
Stockholm**Expeditionstid**09.00 - 12.00
13.00 - 15.00**Telefon**

08-561 676 00

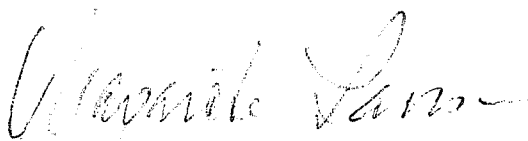
Telefax

08-561 678 20

Regeringsrådet Nord anför till utveckling av sin mening:

Det förhållandet att ett tilldelningsbeslut fattas och information lämnas om att vissa anbud kommer att antas påverkar inte en anbudsgivares bundenhet av det anbud som lämnats. Genom bestämmelserna i 1 kap. 19 a § LOU och numera i 9 kap. 11 § i 2007 års lag om offentlig upphandling har en civilrättslig specialreglering införts av innebörd att anbudsgivare är bundna av sina anbud även om de fått underrättelse om beslutet (se prop. 2001/02:142 s. 71 ff och prop. 2006/07:128 s. 380 ff). Den omständigheten att ett bindande avtal kan uppkomma genom tilldelningsbeslutet har alltså inte någon upphandlingsrättslig betydelse för anbudsgivarna, eftersom de är bundna av sina anbud under den tid som angetts i dessa. Under förutsättning att huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller numera principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § i 2007 års lag om offentlig upphandling iakttas kan denna tid förlängas. Om så ska ske eller inte är främst en fråga mellan den upphandlande enheten och anbudsgivarna. Vid detta förhållande och då någon invändning inte gjorts i kammarrätten om att giltiga anbud inte längre skulle föreligga, trots att den giltighetstid som framgick av handlingarna i målet gått ut innan kammarrätten meddelade sin dom, hade kammarrätten inte anledning att utgå från annat än att förutsättningar för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU förelåg. Det lagrummet motsvaras numera av 16 kap. 2 § i 2007 års lag om offentlig upphandling.

De åtgärder som enligt nyss nämnda lagrum står till domstolens förfogande är att förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Om ett fel är hänförligt till det inledande skede under en upphandling när den upphandlande enheten öppnar upphandlingen för konkurrens har det ansetts att valet mellan de två åtgärderna i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om, eftersom en rättelse i enskilt fall lätt kan medföra att fel uppkommer i andra delar av upphandlingen. Rättelse kan dock anses vara en lämplig åtgärd när anbudsvärderingen gjorts på ett felaktigt sätt (se Hentze/Sylvén, Lagbokscommentaren 1998 s. 352). Om det fel som förekommit påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen alltså normalt göras om (jfr RÅ 1999 ref. 12). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas kan vara att det fel som förekommit inte påverkat detta skede (jfr RÅ 2005 ref. 47).



Uppvisat och lämnat för
expediering 2008-02-05

