



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1

**DOM**  
 2016-08-30  
 Meddelad i Malmö

Mål nr  
 4708-16

**SÖKANDE**

Abena AB, 556361-8817  
 Ljungadalsgatan 19  
 352 46 Växjö

Ombud: advokaten Magnus Wennerholm  
 Advokatfirman Glimstedt Växjö AB  
 Box 124  
 351 04 Växjö

**MOTPART**

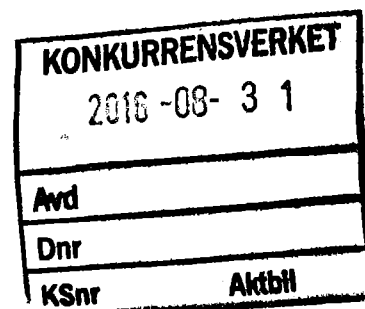
Kristianstads kommun  
 Västra Storgatan 10-12  
 291 80 Kristianstad

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att Kristianstads kommuns upphandling av pappers- och plastprodukter ska göras om.



## BAKGRUND

Kristianstads kommun genomför en upphandling av pappers- och plastprodukter, KS 2016/357. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Något tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats.

## YRKANDE OCH INSTÄLLNING

**Abena AB** (Abena) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Abena bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget ställs ett antal krav på de pappers- och plastprodukter som offereras. I punkt 4.4 *Hygienpapper* och i punkt 4.5 *Dispensrar* ställs en rad miljökrav vilka också framgår av prisbilagan till förfrågningsunderlaget. I punkt 4.4 anges att kommunen vill ha enhetlighet när det gäller hygienpapper och dispensrar och därför ska det vara samma märke på positionerna A5, A6, A9, A10, A12 och A13 i fliken Hygienpapper som offererat märke på positionerna i fliken Dispenser. Vidare anges att det ges prisavdrag på 25 procent avseende hygienpapper om anbudsgivare offererar Katrins eller Torks sortiment på positionerna. Vad gäller dispensrar anges att det ges prisavdrag på 50 procent på utvärderingspriset om Katrins eller Torks dispensrar offereras.

Katrin är ett varumärke som ägs av företaget Metsä Tissue och Tork är ett varumärke som ägs av företaget SCA. Under varumärket tillhandahålls ett liknande sortiment som Katrin. Både Metsä Tissue och SCA är konkurrenter till Abena och Abena har därför ingen möjlighet att sälja dessa konkurrerande varumärken. Abena har ett eget varumärke, Care Ness, av pappers- och plastprodukter som i varje del uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Abena marknadsför och säljer under detta varumärke likvärdiga produkter till Katrin- och Torksortimentet.

Kommunens svar på fråga rörande hygienpapper kan inte förstås på annat sätt än att likvärdiga produkter inte accepteras. Genom kommunens svar rörande dispenserar står det klart att kommunen accepterar att likvärdiga produkter offereras. Det står även klart att något prisavdrag skulle sådana produkter inte få trots att det var fråga om likvärdiga produkter i förhållande till varumärkena Katrin och Tork.

Upphandlingen strider mot LOU då hänvisning sker till två varumärken på ett sätt som inte är förenligt med 6 kap. 4 § LOU och 1 kap. 9 § LOU. Av 6 kap. 4 § LOU följer att tekniska specifikationer inte får innehålla hänvisningar till varumärke om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådan hänvisning får dock förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”. Kommunens hänvisning till de två varumärkena leder till att Abena missgynnas. Abena har varken tillgång till dessa varumärken eller möjlighet att offerera dessa. På motsvarande sätt som Abena missgynnas genom hänvisningen kommer de anbudsgivarna som äger och förfogar över de två varumärkena att gynnas genom det väsentliga prisavdrag som är kopplat till varumärkena. Prisavdraget är så pass omfattande att hänvisningen tvingar Abena att avstå från att delta i upphandlingen. Kommunen äger inte rätt att hänvisa till varumärkena på den grunden att det inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan en hänvisning. Av rättspraxis följer att det endast i undantagsfall är tillåtet att hänvisa till varumärke. Det är endast tillåtet om det inte går att beskriva föremålet för upphandlingen på annat sätt t.ex. vid tekniskt komplicerade produkter. I detta fall rör det sig om produkter som enkelt kan beskrivas på ett preciserat och begripligt sätt vilket kommunen också gjort i prisbilagan.

Den upphandlande myndigheten är dessutom skyldig att ange att likvärdiga produkter accepteras och måste acceptera produkter som är likvärdiga om de

erbjuder samma nivå eller högre nivå på produktstandard än de varumärkesprodukter som det hänvisas till. Det står klart att kommunen endast tillåter att likvärdiga produkter offereras rörande dispensrar. Att det saknas hänvisning till likvärdiga produkter inom hygienpapper strider i sig mot LOU. Det ska poängteras att orden ”eller likvärdigt” är en ytterligare förutsättning för att varumärkeshänvisning ska vara tillåten. Om det går att beskriva produkten utan att hänvisa till ett varumärke är en sådan hänvisning otillåten även om den följs av orden ”eller likvärdigt”. Även om en likvärdig produkt skulle offereras medför detta inte att anbudsgivare erhåller det avsevärda prisavdraget för den likvärdiga produkten. Prisavdraget är uttryckligen kopplat till två varumärken som endast kan tillhandahållas av de två företag och potentiella anbudsgivare som äger varumärkena. Alldeles oavsett om likvärdiga produkter accepteras eller inte så har kommunen valt att i utvärderingsfasen ge ett avsevärt prisavdrag i de fall produkter inom varumärkena Katrin och Tork offereras. Detta får i praktiken den följden att likvärdiga produkter inte accepteras eller ges möjlighet att konkurrera om kontraktet. Prisavdraget är kopplat till två varumärken och har inget att göra med egenskaperna på produkterna. En med angivna varumärken likvärdig eller bättre produkt får därmed en betydligt sämre utvärdering.

Bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU rör kravspecifikation. Kommunen avser att först i utvärderingsfasen ge ett omfattande prisavdrag för anbud som innehåller ”rätt” varumärke. Konsekvensen blir densamma även om kommunens förfarande ska tolkas så att kommunen valt att inte sätta ett skall-krav på att Katrin och Tork ska offereras utan i stället valt att ge ett avsevärt prisavdrag om produkter inom varumärkena Katrin och Tork offereras. Även om konsekvensen framkommer först vid utvärderingen medför den att Abena missgynnas och Abenas två konkurrenter gynnas i motsvarande mån. Detta strider mot de grundläggande principerna. Kommunens förfarande är en överträdelse av principerna att leverantörerna ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. En upphandling får inte utformas i syfte att be-

gränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas och vissa missgynnas på ett otillbörligt sätt. Abena som kan leverera produkter som är likvärdiga tvingas avstå från att inkomma med anbud och lider därmed skada.

**Kristianstad kommun** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett varumärkena Katrin och Tork för att beskriva de aktuella produkterna dispensrar och hygienpapper, de senare utgör positionerna A5, A6, A9, A10, A12 och A13 (punkterna 4.4 och 4.5). Uppgifterna utgör bör-krav och inte skall-krav och likvärdiga produkter kan offereras. Om anbudsgivare svarar nej på bör-kraven medverkar denne i den fortsatta utvärderingen med offererade produkter.

Kommunen har vid upphandlingar av de aktuella artiklarna haft stora problem med dispensrar som inte överensstämmer med upphandlade pappersprodukter därav kravet att dispensrar och pappersprodukter ska vara av samma märke. Vidare har kommunen konstaterat att det varit omöjligt att precisera kvalitetsnivån på produkterna vilket lett till att kommunen tvingats köpa produkter som inte uppfyllt de krav som skäligen ska kunna ställas. Under senaste avtalsperioden har det framförts omfattande klagomål på Abenas Care-Ness på grund av att pappret går sönder i små bitar när man drar i det eftersom pappret inte klarar av att hålla ihop när man drar i rullen. Care-Ness uppfyller således ställda skall-krav men på grund av att pappret är mycket tunt går det sönder och biten hamnar på golvet vilket innebär att hygienteknikern får mer jobb och brukaren använder betydligt större mängd papper vilket i förlängningen medför högre kostnader. Motsvarande problem har inte förelegat med de två övriga produkterna.

Kommunen har inför upphandlingen övervägt hur produkterna ska kunna preciseras för att uppnå den kvalitetsnivå som krävs för nöjda brukare m.m. Det har funnits överväganden om att väga pappret, undersöka uppsugningsförmågan men inga alternativ har konstaterats uppfylla samtliga de krav som

måste tillgodoses för att en fullgod produkt föreligger. Det saknas referenssystem för kvalitetsnivåer eller annan produktinformation att stödja sig på. Kommunen har sett stora problem med hur en utvärdering på ett objektiv och likvärdigt sätt skulle kunna genomföras med preciseringar av ifrågavarande slag. Arbetet skulle dessutom vara oerhört omfattande. Den enda möjligheten att på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt beskriva vad som efterfrågas är att referera till de båda angivna produkterna vars egenskaper är väl kända av tillverkare och återförsäljare. Inför upphandlingen genomförde kommunen också en kartläggning av konkurrensen på marknaden och konstaterade att produkterna Katrin och Tork finns hos i vart fall sju leverantörer. Det är känt för kommunen att Abena uppfyller ställda skall-krav.

Kommunen har använt sig av en utvärderingsmodell som innebär att samtliga anbud som uppfyller skall-kraven i prisbilagan utvärderas utifrån mervärde med prisavdrag och där mervärde med prisavdrag är möjligt för Katrin och Torks produkter då det är ett mervärde för kommunen att få in dessa produkter. Abena kan, genom prissättning, mycket väl konkurrera med de preciserade produkterna. Det prisavdrag som följer med att Katrin och Tork offereras hänförs uteslutande till att det är dessa dispenser som kommunen måste köpa för att kunna hantera de olika papprena som efterfrågas.

## **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. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 6 kap. 4 § 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".

I förfrågningsunderlaget anges i **punkt 4.4 Hygienpapper** att kommunen vill ha enhetlighet när det gäller hygienpapper och dispensrar, därför ska det vara samma märke på hygienpappret på positionerna (A5, A6, A9, A10, A12 och A13) i fliken "A Hygienpapper" i Bilaga 2 (prisbilaga) som offererat märke på positionerna i fliken "B Dispensrar" i Bilaga 2 (prisbilaga).

Prisavdrag (mervärde) 25 % (hanteras av kommunen vid utvärderingen)

Offereras Katrins eller Torks sortiment på positionerna (A5, A6, A9, A10, A12 och A13) i fliken "A Hygienpapper" i Bilaga 2 (prisbilaga) så ges ett prisavdrag (mervärde) på 25 % på dessa positioner i fliken "A Hygienpapper" Bilaga 2" (prisbilaga).

I **punkt 4.5 Dispensrar** anges att dispensrarna ska finnas i både vit och svart färg till samma pris.

Prisavdrag (mervärde) 50 % (hanteras av kommunen vid utvärderingen)

Offereras Katrins eller Torks dispensrar så ges ett prisavdrag (mervärde) på 50 % på utvärderingspriset i fliken "B Dispenser" Bilaga 2 (prisbilaga).

I kraven 4.5.1 Katrin och 4.5.2 Tork anger ni vilket märke ni kommer att använda i ert anbud. Genom att säga Ja på kravet och det märke ni kommer att offerera och Nej på det märke ni inte kommer att offerera.

Offereras annat märke så svarar ni Nej på båda kraven 4.5.1 *Katrin* och 4.5.2 *Tork*. Offererade produkter ska vara likvärdiga.

I **punkt 4.5.1** *Katrin* anges följande. De dispensrar som ni ska offerera priser på när det gäller *Katrin* är dessa artikelnummer som tillhör *Katrins* sortiment.

Position B1 vit 90168 och svart 92063.

[...]

Position B6 vit 90120 och svart 92124.

I **punkt 4.5.2** *Tork* anges följande. De dispensrar som ni ska offerera priser på när det gäller *Tork* är dessa artikelnummer som tillhör *Torks* sortiment.

Position B1 vit 552000 och svart 552008

[...]

Position B6 vit 559000 och svart 559008

### Förvaltningsrättens bedömning

Som huvudregel får 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).

I det klassiska direktivet (2004/18/EG) anges i artikel 23.2 att tekniska specifikationer ska tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 8 april 2015 (mål nr 3064-14) uttalat att även om de aktuella produkterna finns fritt på marknaden är det själv-



klart 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.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att man vill ha samma märke på hygienpappret som på dispensrarna. Vidare anges i kraven avseende punkterna 4.5.1 och 4.5.2 att anbudsgivarna ska ange vilket märke som anbudsgivarna kommer att offerera. Om annat märke än Katrin och Tork offereras ska anbudsgivarna svara Nej på båda kraven. Därtill anges att offerrade produkter ska vara likvärdiga. Om Katrin eller Torks sortiment offereras utvärderas anbudet utifrån mervärde i form av prisavdrag med 25 procent avseende hygienpapper och 50 procent avseende dispensrar.

Kommunen har anfört att man angett varumärkena Katrin och Tork för att beskriva de aktuella produkterna samtidigt som man angett att likvärdiga produkter kan offereras. Kommunen har inför upphandlingen övervägt hur produkterna ska kunna preciseras för att uppnå den kvalitetsnivå som krävs för nöjda brukare bl.a. har det funnits överväganden om att väga pappret men inga alternativ har konstaterats uppfylla samtliga de krav som måste tillgodoses för att en fullgod produkt ska föreligga. Vidare har kommunen anfört att det varit omöjligt att precisera kvalitetsnivån på produkterna och den enda möjligheten att på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt beskriva vad som efterfrågas är att referera till de båda angivna produkterna. Vad gäller prisavdraget har kommunen anfört att det prisavdrag som följer med att Katrin och Tork offereras hänförs uteslutande till att det är dessa dispensrar som kommunen måste köpa för att kunna hantera de olika papprena samt att det är den papperskvaliten som efterfrågas.

Utifrån vad kommunen anfört anser förvaltningsrätten att det inte är visat att det i aktuell upphandling är fråga om en sådan 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 de efterfrågade produkterna tillräckligt preciserat eller begripligt utan hänvisning till ett visst varumärke. Enligt förvaltningsrätten har kommunen, genom att hänvisa till ett visst varumärke, brutit mot 6 kap. 4 § LOU. Detta oavsett att kommunens hänvisning till visst varumärke följs av orden ”eller likvärdigt”.

Vidare finner förvaltningsrätten att det fastställda prisavdraget på 25 procent respektive 50 procent utgör en sådan väsentlig del av utvärderingen att Abena rimligen inte kan konkurrera på lika villkor. Eftersom Abena inte kan offerera produkter från varken Katrin eller Tork missgynnas företaget i förhållande de företag som kan offerera produkter från nämnda märken och därmed erhålla det angivna prisavdraget. Genom att ett visst varumärke erhåller ett prisavdrag på angivet sätt har kommunen således även brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Eftersom Abena till följd av kommunens agerande lidit eller riskerat att lida skada föreligger det grund för ingripande enligt LOU. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

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



Cecilia Hanö

Maria Persson har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

