

PM 2 2015-06-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåtna varumärkeskrav vid offentlig upphandling.

Simrishamns kommun har vid en varuupphandling av flytbryggor m.m. uppställt krav på att enbart vissa varumärken kan komma ifråga för leverans.

Simrishamns kommun, Samhällsbyggnadsnämnden, (nedan Kommunen) har genom annons i Visma TendSign som publicerades den 4 februari 2014 infortrat anbud i ett s.k. förenklat upphandlingsförfarande avseende leverans och installation av två betongpontonbryggor med tillbehör till småbåtshamnen i Simrishamn. Förfrågningsunderlaget¹ är upprättat den 3 februari 2014.

I dokumentet "Rambeskrivning" med tekniska specifikationer för upphandlingen² anges att i upphandlingen förekommande Y-bommar "skall vara av typ Örsta". Vidare anges att "Förankring skall ske enligt Seaflex mooring system" och med "Seaflexankare betongankare". Örsta och Seaflex är varumärken för vissa tillverkare men Kommunens nu aktuella hänvisningar följs inte av orden "eller likvärdigt". På annan plats i underlaget framgår dock, av upphandlingens administrativa föreskrifter, att "om entreprenören har för avsikt att byta ut någon i förfrågningsunderlaget angiven vara och/eller arbetsmetod mot likvärdig ska detta anges i anbudet, annars gäller det förfrågningsunderlaget anger".³

Kommunen hade tidigare, i november 2013, påbörjat en sedermera avbruten upphandling⁴ avseende samma behov av flytbryggor med ett i allt väsentligt likalydande förfrågningsunderlag. Även i denna upphandling angavs det i rambeskrivningen hänvisningar till varumärkena Örsta respektive Seaflex, vilka i denna version dock följdes av orden "eller likvärdigt".

På en fråga från en leverantör som inte har fabriken Örsta och Seaflex i sitt ordinarie sortiment har Kommunen angivit att det enligt Kommunens uppfattning inte finns några andra, med dessa varumärken likvärdiga, produkter som skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning. Kommunen har även vid en rättslig prövning i domstol givit uttryck för att "Samhällsbyggnadsförvaltningen ser systemen Örsta och Seaflex som unika i sin funktion och tekniska lösning varför andra bomsystem eller förankringssystem inte kan likställas med ovan angivna varumärken" samt att klagande-företaget inte utgör sådan behörig leverantör som "anse sig lidit skada då [företaget] inte producerar eller säljer förankringssystem eller bomsystem som av Samhällsbyggnadsförvaltningen anses likvärdiga med efterfrågade system".⁵ Enligt egen efterforskning av bommar och förtöjningssystem och vid avsaknaden av anbud med likvärdiga system har enligt egen uppgift Kommunen kommit till slutsatsen att systemen Örsta och Seaflex är unika i sin funktion och tekniska lösning.

Upphandlingens aktuella kontraktvärde kan uppskattas till i vart fall c:a 2,1 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁶

Kammarrätten i Göteborg har i dom av den 8 april 2015 beslutat att Kommunens aktuella upphandling ska göras om eftersom den brister i förhållande till kravet på icke-diskriminering vid offentlig upphandling.⁷

¹ Kommunens förfrågningsunderlag rubricerat "Småbåtshamnen i Simrishamn, Simrishamns kommun Två nya flytbryggor med accessbroar, våren 2014", daterat den 3 februari 2014, dnr. 2014/55.

² Se avsnitten "Bommar" och "Seaflex" i dokumentet Rambeskrivning, bilagt till Kommunens ovan (i not 1) angivna förfrågningsunderlag.

³ Se avsnitt AFD.21 i dokumentet Administrativa föreskrifter, bilagt till Kommunens ovan (i not 1) angivna förfrågningsunderlag.

⁴ Denna upphandling avbröts genom beslut av Kommunen den 15 januari 2014, med uppgivande av "otydigheter i handlingarna i förfrågningsunderlaget".

⁵ Se Förvaltningsrätten i Malmö, aktbilaga 21 i mål 2202-14 med yttrande från Kommunen, daterat den 6 mars 2014.

⁶ Uppskattat värde, c:a 2,1 miljoner kronor, grundar sig på en kostnadsuppskattning av priset för (136-97=) 233 meter betongpontosbrygga, motsvarande c:a 1,8 miljoner kronor samt c:a 300.000 kronor för Y-bommar, jämte leverans och tillbehör som förankringsanordningar m.m.

⁷ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 8 april 2015 i mål 3064-14. Av domskälen framgår att Kommunen brutit mot principen om icke-diskriminering i 1 kap. 9 § LOU genom att hänvisa till varumärkena Örsta och Seaflex. Kommunen hade i målet inte visat att det utan sådan hänvisning skulle varit omöjligt att beskriva varornas tekniska funktion. Varumärkeshänvisningarna hade dessutom inte åtföljts av orden "eller likvärdigt" på sätt som angivits i LOU och det förhållandet att det på annan plats i underlaget framgår att likvärdig vara skulle kunna komma ifråga medför – enligt rättens mening – inte att formkravet i 6 kap. 4 § LOU kan anses uppfyllt.

Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna grundar sig på principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt fri etablering och rörlighet av varor och tjänster i bl.a. artiklarna 28, 49 och 56 samt i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).⁸

Lagen ska tillämpas på *kontrakt med ekonomiska villkor* av bland annat tjänster som ingår mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer, om inte något särskilt angivet undantag anger motsatsen. Skyldigheten att följa lagens bestämmelser omfattar bl.a. kommuner, som i lagen anges som ”*upphandlande myndigheter*”. Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).⁹

Varor eller kombinerade varor och tjänster till ett sammanlagt värde under gällande tröskelvärde: 1.806.427 kronor,¹⁰ får upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU i exempelvis ett s.k. förenklat upphandlingsförfarande.

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke-diskriminerande upphandling och att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Vilka bestämmelser i lagen som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel enligt 1 kap. 9 § LOU alltid de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *icke-diskriminering* följer att vissa leverantörer inte får gynnas eller missgynnas relativt andra leverantörer, särskilt inte med avseende på varans eller tjänstens kommersiella ursprung. Med principen om *öppenhet (transparens)* avses främst myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information att de i förväg kan sätta sig in i vad som gäller för upphandlingen och att denna information inte är ägnad att missuppfattas.

Av 6 kap. 4 § jämförd med 15 kap. 2 § LOU följer därför¹¹ att de tekniska specifikationerna för en upphandling som huvudregel 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 undantagsvis komma ifråga om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska i dessa fall följas av orden ”*eller likvärdigt*”.

⁸ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling (ÅLOU), återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänstepupphandlingsdirektivet).

⁹ Se 2 kap. 11 § LOU.

¹⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivandet ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor - se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹¹ Föreskriften är en konsekvens av EU:s primärrätt och art. 23.8 i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) och kan varken avtalas bort eller eljest sättas åt sidan genom exempelvis standardföreskrifter i ett upphandlingsunderlag. Att bestämmelsen ska tillämpas även på sådana upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda området som i Sverige regleras genom 15 kap. LOU framgår av bl.a. av EU-domstolens beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, *Vestergaard*, REG 2001, s. I-9505.

Formkravet om att förekommande varumärkeshänvisningar m.m. måste åtföljas av orden ”eller likvärdigt” motiveras av den unionsrättsliga principen om öppenhet (tydlighet och förutsägbarhet - transparens) i 1 kap. 9 § LOU. Exempelvis har EU-domstolen pekat på att den omständigheten att orden ”eller likvärdigt” inte lagts till efter det att en viss produkt nämnts i kontraktshandlingarna inte bara riskerar leda till att företag som använder system som liknar denna produkt avstår från att besvara anbudsinfordran. Denna omständighet kan även, i strid med primärrätten, hindra importflödet mellan medlemsstaterna genom att upphandlingen förbehålls enbart de leverantörer som använder det utpekade systemet.¹²

Av principen om öppenhet följer vidare ett krav på att den upphandlande myndigheten i förekommande fall ska kunna redovisa utifrån vilka specifika krav och tekniska egenskaper som en likvärdighetsbedömning kommer att ske.¹³

Från svensk nationell rättspraxis kan nämnas bl.a. ett avgörande från Länsrätten i Hallands län¹⁴ där rätten fann att ett obligatoriskt s.k. skall-krav genom vilket upphandlande myndigheten hade beskrivit föremålet för upphandlingen så detaljrikt att endast ett visst patentskyddat fabrikat kunde komma ifråga stred mot (den dåvarande motsvarigheten till) 6 kap. 4 § första stycket LOU¹⁵ och att några godtagbara skäl till en sådan ingående kravspecifisering inte hade visats i målet. Eftersom det i förfrågningsunderlaget även saknades en hänvisning till att även likvärdiga varor kunde komma ifråga ansågs upphandlingen strida mot angivna bestämmelser och principen om likabehandling.

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att vid sina anskaffningar iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen vid sin upphandling av betongpontonbryggor till småbåtshamnen i Simrishamn har utformat anbudsförutsättningarna så att endast varor av märkena Örsta och Seaflex kan komma ifråga för anbudsgivning.

Det har, såsom kammarrätten kunnat konstatera, inte varit omöjligt för Kommunen att i förfrågningsunderlaget beskriva de efterfrågade bommarna och förankringssystemet tillräckligt preciserat eller begripligt utan hänvisning till de båda varumärkena. Hänvisningarna har heller inte åtföljts av orden ”eller likvärdigt”. Kommunen har även på annat sätt givit uttryck för att bom- eller förankringssystem av andra fabrikat inte kan likställas med ovan angivna varumärken eller komma ifråga för tilldelning i upphandlingen.

Kommunens ovan beskrivna förfarande strider således mot den s.k. icke-diskrimineringsprincipen och förbudet i LOU mot att hänvisa till visst varumärke eller annat kommersiellt ursprung på ett sätt som medför en diskriminerande särbehandling av leverantörer. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.

¹² Se bl.a. det ovan angivna avgörandet C-59/00 (*Vestergaard*), p. 22, samt EU-domstolens dom av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, *kommissionen mot Nederländerna*, REG 1995, s. I-157, p. 27.

¹³ Se bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) - NOU-info mars 2004, s. 10 f. samt EU-kommissionens där redovisade klagomålsärende mot Luleå kommun ang. ett av kommunen vid offentlig upphandling av datorer angivet ett krav på att dessa ska innehålla mikroprocessorer av märket ”Intel Pentium IV”. Kommissionen menade att processorn istället borde kunna ha beskrivits på ett mer objektiva sätt utifrån efterfrågade prestanda. Saklig grund för kommunen att överhuvudtaget ange visst varumärke, ens med tillägget ”eller likvärdigt”, ansåg kommissionen därigenom inte föreläggat.

¹⁴ Se Länsrätten i Hallands dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07 (*Kiddes*). Avgörandet överklagades inte.

¹⁵ Motsvarande reglering med avseende på förbud mot anvisning av visst varumärke m.m. fanns vid den aktuella tidpunkten i 6 kap. 3 § ÅLOU.