

Hänvisning till fabrikat och varumärken kan tillåtas om det motiveras av det som ska anskaffas

Så lyder undantagsregeln till det omtalade förbudet mot att hänvisa till fabrikat och varumärken i de tekniska specifikationerna i en offentlig upphandling. Och trots att det inte är tillåtet används det flitigt av offentliga beställare, inte minst vid offentlig upphandling av entreprenader. Men när kan det egentligen anses vara motiverat av det som ska anskaffas?

Som huvudregel gäller att de tekniska beskrivningarna inte får innehålla hänvisningar till bland annat fabrikat, ursprung eller framställningssätt som tillhandahålls av en viss leverantör om det leder till att en leverantör gynnas eller missgynnas. Det är endast i undantagsfall som sådana hänvisningar får förekomma. Det förutsätter dock att det motiveras av det som ska anskaffas eller att det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. Görs en sådan hänvisning måste den dessutom innehålla orden "eller likvärdigt". Huvudregeln ska så långt som möjligt upprätthållas och det är inte tillåtet för upphandlande myndigheter att på rutin kasta in ett "eller likvärdigt" bakom en produkthänvisning för att spara tid istället för att, som lagen kräver, beskriva varje egenskap med egna ord.

Den aktuella bestämmelsen, som återfinns i 9 kap 6 § LOU, syftar till att konkurrensen ska främjas och att så många anbudsgivare som möjligt ska kunna delta i en upphandling. Genom att begränsa möjligheterna för upphandlande myndigheter att hänvisa till fabrikat och varumärken ger det anbudsgivare större möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud eftersom anbudsgivare då kan räkna även på likvärdiga fabrikat och därmed dra nytta av redan upparbetade leverantörsrelationer och rabatter.

Det har under de senaste åren meddelats ett antal domar i kammarrätterna runt om i landet, i vilka det konstateras att det är svårt att se en situation när en hänvisning till ett visst varumärke varken gynnar eller missgynnar en leverantör. Även om de aktuella referensprodukterna finns fritt tillgängliga på marknaden är det sannolikt 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.¹ Som utgångspunkt leder en hänvisning till ett fabrikat därmed i princip alltid till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Med den utgångspunkten är upphandlande myndigheter alltså generellt sett förhindrade att hänvisa till fabrikat och varumärken. För att det ska vara tillåtet med hänvisningar måste det vara så svårt att beskriva upphandlingsföremålet att det inte går att göra på ett sätt som blir begripligt för anbudsgivarna.

I offentliga upphandlingar av byggentreprenader är det inte ovanligt att de tekniska beskrivningarna innehåller ett stort antal hänvisningar till diverse fabrikat följt av "eller likvärdigt". Vid större ramavtalsupphandlingar förekommer också hänvisningar följt av dessa välanvända ord. Men frågan är om det egentligen är nödvändigt med sådana hänvisningar alla gånger. Domstolarna har godtagit hänvisningar när det varit fråga om mycket omfattande upphandlingar, ofta ramavtal, med ett stort antal produkter då det i dessa fall oftast är mycket svårt att beskriva de efterfrågade produkterna tillräckligt specificerat. Så var fallet i en kommuns upphandling av bland annat färg och tapeter i vilken en varukorg med 269 produkter efterfrågades. Kommunen hade för varje prispost hänvisat till

¹ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborg 2018-02-23, mål nr 4889–17 och Kammarrätten i Göteborg, 2016-05-11, mål nr 6156–15

referensprodukter följt av orden "eller likvärdigt". Kammarrätten konstaterade att en precisering av produkternas egenskaper inte skulle ha gjort upphandlingsföremålet tydligare för anbudsgivarna. Den omständigheten att det rörde sig om 269 produkter ansågs vidare tala för att preciseringarna riskerat att begränsa utrymmet att erbjuda likvärdiga produkter. Hänvisningarna godtogs således.² Ett exempel som ledde till motsatt utgång är HBV:s ramavtalsupphandling avseende rörmaterial. HBV hade i de tekniska specifikationerna hänvisat till varunamn eller artikelnummer för de produkter som leverantörerna i det befintliga ramavtalet erbjöd. Likvärdiga produkter accepterades. Upphandlingen kom att överprövas och gick upp till kammarrätten, som hade att pröva om det varit möjligt att beskriva de efterfrågade produkterna på ett sätt som var begripligt för anbudsgivarna utan hänvisning till specifika varumärken. Kammarrätten fann att HBV genomgående hade hänvisat till specifika varumärken och att det hade varit möjligt att beskriva upphandlingsföremålet utan sådan hänvisning för vissa av produkterna. Hänvisningarna underkändes därmed.³

Förvaltningsrätten i Malmö har nyligen meddelat en dom i vilken domstolen prövar frågan om tillåtligheten av hänvisningar till produktnamn när upphandlingsföremålet ska integreras i ett befintligt system.⁴ En kommun utförde en upphandling avseende drift och underhåll av trafiksignaler. Kommunen hade i upphandlingen ställt krav på att anbudsgivare skulle lämna pris på ett antal produkter som tillverkas och tillhandahålls av endast en leverantör. Den leverantören tilldelades sedermera kontrakt i upphandlingen varpå upphandlingen kom att överprövas av en av de deltagande leverantörerna i upphandlingen. Den klagande leverantören gjorde gällande att kommunen utformat upphandlingen i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna på grund av att kommunen hänvisat till en viss tillverkare. Den klagande leverantören menade vidare att kommunen kraftigt begränsat möjligheterna för andra anbudsgivare än den vinnande att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Vinnande anbudsgivare hade fått en otillbörlig konkurrensfördel eftersom denne, i egenskap av tillverkare, kunde prissätta produkterna väsentligt dyrare till konkurrenterna.

Kommunen hade i förfrågningsunderlaget föreskrivit att likvärdiga produkter godtogs, men sådana fanns inte i realiteten eftersom de reservdelar som upphandlades endast tillverkas av den vinnande leverantören. Det var dessutom endast reservdelar av samma märke som kunde användas till de apparater de var avsedda för. Kommunen invände att reservdelarna måste vara kompatibla med apparaterna som sådana. Av den anledningen hade kommunen beskrivit upphandlingsföremålet genom hänvisning till produktnamn från vinnande leverantören, då dessa produkter var kompatibla med kommunens befintliga system. Problemet var att det inte fanns några likvärdiga produkter utan att övriga leverantörer som avsåg lämna anbud i upphandlingen hade att förhandla med tillverkaren, som själv var en potentiell anbudsgivare. Kommunen ansåg dock att det varit motiverat och föranlett av upphandlingsmålet att hänvisa till produktnamnen och hänvisade till att kommunen annars, eftersom det var omöjligt att beskriva produkterna med egna ord, skulle bli tvungen att byta ut själva systemet vilket skulle få oproportionerliga konsekvenser.

Förvaltningsrätten konstaterade att det är svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling vare sig gynnar eller missgynnar vissa företag. Hänvisningen till produktnamn ansågs leda till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Förvaltningsrätten prövade då om det fanns förutsättningar för att tillämpa undantagsregeln, det vill säga om hänvisningen motiveras av det som ska anskaffas eller om det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. Förvaltningsrätten ansåg att kommunen visserligen hade kunnat beskriva upphandlingsföremålet på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt utan att hänvisa till

² Kammarrätten i Göteborg 2016-05-11, mål nr 6156–15

³ Kammarrätten i Stockholm 2017-06-22, mål nr 7824–16

⁴ Förvaltningsrätten i Malmö, 2018-03-20

produktnamn, men att det förelåg en undantagssituation på den andra grunden att en hänvisning till ett produktnamn motiveras av det som ska anskaffas. Eftersom upphandlingsföremålet skulle integreras i kommunens befintliga system fann förvaltningsrätten att det varit motiverat av det som ska anskaffas att hänvisa till produktnamn. Detta då efterfrågade reservdelarna måste vara kompatibla med befintligt system som kommunen redan hade implementerat. Förvaltningsrätten slog fast att en sådan hänvisning inte kan anses oproportionerlig och att den därmed var tillåten.

Förvaltningsrättens dom är intressant då den klargör under vilka förutsättningar en anskaffning kan motivera att en upphandlande myndighet avviker från huvudregeln och hänvisar till specifika fabrikat och varumärken. Förvaltningsrättens resonemang är logiskt och ligger i linje med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet proportionalitetsprincipen. Man kan förstå den klagande anbudsgivarens frustration över att tvingas förhandla med en leverantör som också är en potentiell anbudsgivare i den aktuella upphandlingen. Den upphandlande myndigheten måste emellertid göra en intresseavvägning och ställa å ena sidan likabehandlings- och transparensprinciperna mot å andra sidan proportionalitetsprincipen. I förevarande fall gavs proportionalitetsprincipen företräde då konsekvensen av att inte hänvisa till produktnamn skulle ha inneburit stora kostnader för kommunen som inte stod i rimlig proportion till det som anskaffades. Märk väl att det måste till en bedömning i varje enskilt fall om det verkligen föreligger förutsättningar att göra en hänvisning till specifika fabrikat eller varumärken och offentliga beställare har att i första hand så långt som möjligt försöka beskriva efterfrågade tekniska egenskaper med egna ord.

Johanna Hellström, advokat på Foyen Advokatfirma
johanna.hellstrom@foyen.se

Som medlem i SBR har du tillgång till 15 minuters fri rådgivning hos Foyen Advokatfirma. Rådgivningen når du på 08-506 184 00.