
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

– ALTERNATIVA ANBUD OCH

TEKNISKT LIKVÄRDIGA LÖSNINGAR

– SAME SAME BUT DIFFERENT?

Kristian Pedersen & Erik Olsson*

1. INLEDNING

I alla upphandlingar, oavsett om det rör sig om tjänster, varor eller byggtreprenader, måste den upphandlande myndigheten ange vad som efterfrågas, det vill säga vad det är som den vill köpa. När det gäller att bestämma föremålet för upphandlingen har den upphandlande myndigheten mycket stor frihet, och det finns ingen möjlighet för en leverantör att på rättslig väg förmå en myndighet att köpa en viss vara, tjänst eller typ av byggtreprenad. En myndighet är, precis som vilken köpare som helst, fri att välja om den önskar köpa en flygbiljett eller en tågbiljett, en projektor eller en platt-tv, eller en rulltrappa eller en hiss.

Friheten att specificera föremålet för en upphandling kan dock missbrukas för att kringgå upphandlingslagstiftningen och därmed underminera den konkurrensutsättning som ska ske vid myndigheters köp av varor, tjänster och byggtreprenader. Om en myndighet exempelvis specificerar upphandlingsföremålet så att vad som efterfrågas är produkten ”*Iphone*” snarare än det mer generiska begreppet ”*smartphone*”, har myndigheten i realiteten begränsat konkurrensen i upphandlingen. Som vi kommer utveckla nedan är detta inte tillåtet.

Mellan ytterligheterna finns det naturligtvis en gråskala. Till synes generiska specifikationer kan i realiteten vara riktade till en viss leverantör, eller en viss grupp av leverantörer, och i praktiken avskära möjligheten till öppen konkurrens. Så kan exempelvis vara fallet med krav på att en produkt ska vara framställd med en viss produktionsprocess. En myndighet får som utgångspunkt

* Kristian Pedersen, advokat och delägare, och Erik Olsson, jur. kand., Advokatfirman Delphi, Stockholm.

inte ställa krav på att exempelvis fönsterglas ska vara framtaget genom en viss produktionsprocess, utan får istället specificera de egenskaper som glaset ska ha när det väl är producerat.¹ Inte heller får en myndighet ställa krav på att en produkt ska ha en viss färg eller utformning om detta inte är objektivt och funktionellt motiverat.

Vi kommer i denna krönika att diskutera gränsdragningen mellan vad som utgör den upphandlande myndighetens frihet att bestämma föremålet för en upphandling och vad som utgör en otillåten specificering av detta föremål.

2. UTFORMNINGEN AV TEKNISKA SPECIFIKATIONER OCH KRAVET PÅ ATT ACCEPTERA LIKVÄRDIGA LÖSNINGAR

Av beaktandesats 29 till upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn, 2004/18/EG, framgår följande om hur tekniska specifikationer ska utformas.

”De tekniska specifikationer som offentliga upphandlare upprättar bör tillåta att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens. Det måste därför vara möjligt att lämna anbud som baseras på olika tekniska lösningar. De tekniska specifikationerna måste följaktligen kunna bygga på prestanda- och funktionskrav och, om det hänvisas till europeisk standard eller, i avsaknad av sådan, till nationell standard, måste de upphandlande myndigheterna beakta anbud som baseras på andra likvärdiga lösningar. För att visa att en lösning är likvärdig bör anbudsgivarna få använda alla former av bevis. Den upphandlande myndigheten måste kunna motivera alla beslut om att likvärdighet inte föreligger.”

Beaktandesatsen får förstås som att det inte är möjligt för en myndighet att ställa krav på att en viss teknisk lösning ska användas, utan att myndigheten är skyldig att godta olika tekniska lösningar som uppfyller de funktionskrav som myndigheten ställt upp. Däremot får en upphandlande myndighet inte godta en vara, tjänst eller byggtreprenad som utformats på ett annat sätt än som beskrivits i förfrågningsunderlaget och som innebär en förändring av föremålet för upphandlingen.

Förutom detta mer generella uttalande i beaktandesatsen till direktivet finns frågan om teknisk likvärdighet närmare reglerad i artikel 23 i direktivet. I punkten 8 anges att tekniska specifikationer inte får, om det inte kan motiveras av föremålet för upphandlingen, innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande eller hänvisningar till varumärke, patent

¹ En annan sak är att en upphandlande myndighet har rätt att ställa exempelvis miljökrav på en varas produktionsprocess, under förutsättning att kraven är förenliga med de grundläggande unionsrättsliga principerna, vilket bland annat innebär att olika typer av produktionsprocesser accepteras förutsatt att de uppfyller kraven.

eller typ, ursprung eller tillverkning, om detta får till följd att vissa företag eller produkter gynnas eller att andra inte kan komma ifråga.

Bestämmelsen, som implementerats i Sverige genom 6 kap. 4 § LOU, medför att det som absolut huvudregel inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna hänvisa till ett visst varumärke eller ett visst patent. Det är nämligen mycket svårt att tänka sig en situation där en sådan hänvisning inte skulle medföra att det företag som innehar varumärket eller patentet gynnas framför andra.

Endast under förutsättning att det inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat utan hänvisning till ett visst varumärke eller ett visst patent är det tillåtet att göra en sådan hänvisning. Ett exempel på en sådan situation skulle kunna vara när ett varumärke är så inarbetat att det är ett vanligt sätt att hänvisa till en viss typ av produkt, såsom exempelvis är fallet med termos och overall. Om en hänvisning måste användas ska den under alla omständigheter efterföljas av lokutionen ”eller likvärdigt” så att upphandlingen förblir öppen för anbud som erbjuder en annan produkt, men med likvärdig funktionalitet.

I det så kallade *UNIX-målet*, hade den upphandlande myndigheten i den tekniska specifikationen uppställt ett krav på att leverantörerna av ett visst data-system skulle använda sig av operativsystemet UNIX.² Den upphandlande myndigheten gjorde gällande att UNIX, även om det var ett varumärke, var så inarbetat att det var att jämföra med en teknisk specifikation – en beskrivning av en viss funktionalitet – och att hänvisning till detta varumärke därför inte behövde åtföljas av orden ”eller likvärdigt”. EU-domstolen accepterade emellertid inte detta argument utan ansåg att hänvisningen kunde medföra att anbudsgivare som använde operativsystem som liknade UNIX avhöll sig från att lämna anbud, och att detta kunde medföra ett hinder mot den fria rörligheten. EU-domstolen har också gjort motsvarande bedömning i *Vestergaard* där den upphandlande myndigheten i en upphandling avseende en byggtreprenad rörande allmännyttiga bostäder hade ställt upp ett krav på att fönster och dörrar skulle leveras av ett visst lokalt företag.³

I artikel 23 punkt 5 i direktivet, och i 6 kap. 2 § LOU, finns bestämmelser om hänvisning till olika tekniska standarder.

Till skillnad från vad som gäller för varumärken är det alltid tillåtet att hänvisa till tekniska standarder, enligt viss i bestämmelsen angiven hierarki,⁴ för att

² Mål C-359/93 Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna, REG 1995 s. I-00157.

³ Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab, 2001 s. I-09505.

⁴ 1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard, 2. europeiskt tekniskt godkännande, 3. gemensam teknisk specifikation, 4. internationell standard, 5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller 6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggtreprenader samt materialanvändning.

tydliggöra en viss kravnivå. Sådan hänvisning måste dock under alla omständigheter åtföljas av lokutionen ”eller likvärdig”. Dessa regleringar är ett direkt utflöde av den fria rörligheten för varor och tjänster, och gäller således även för upphandlingar som inte omfattas av direktivet. I *Dundalk* hade en irländsk myndighet ställt upp ett krav på att tryckrör av asbestcement, som skulle användas i en byggentreprenad för utveckling av dricksvattenförsörjning, skulle vara certifierade enligt en viss irländsk standard.⁵ Vid anbudsgivning visade det sig att det endast fanns ett företag som hade sådana certifierade tryckrör. Den irländska regeringen gjorde gällande att kravet var nödvändigt för att de nya tryckrören skulle passa ihop med befintligt system. EU-domstolen accepterade emellertid inte denna argumentation. EU-domstolen klargjorde att den inte hade några invändningar mot att myndigheten hade använt en viss teknisk standard i upphandlingen. Myndigheten hade emellertid inte rätt att kräva att offererade produkter var certifierade enligt denna standard. Istället skulle myndigheten ha öppnat upp för anbudsgivare som ansåg sig ha likvärdiga produkter att inkomma med dessa, varpå myndigheten kunde pröva om dessa uppfyllde de krav som framgick av den ifrågasatt standarden. Myndigheten skulle således ha öppnat upp för anbudsgivning med tekniskt likvärdiga produkter genom att i det aktuella kravet tillägga ”eller likvärdigt”.

Det är viktigt att notera att likvärdighetsbegreppet inte innebär att de offererade produkterna exakt måste matcha den angivna tekniska standarden. Tvärtom har EU-domstolen framhållit att ett krav på exakt matchning skulle utgöra en överträdelse av proportionalitetsprincipen (se mål 188/84 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 16). Istället är det tillräckligt att produkten uppnår den nivå av säkerhet som eftersträvas genom den aktuella tekniska standarden.

3. FÖREMÅLET FÖR UPPHANDLINGEN OCH ALTERNATIVA ANBUD

Som framgått ovan är en upphandlande myndighet fri att bestämma föremålet för en upphandling, men måste samtidigt acceptera likvärdiga produkter och produktionsmetoder som uppfyller de tekniska funktionalitetskrav som uppställts i upphandlingen. Ett annat sätt att uttrycka det är att myndigheten har rätt att bestämma att upphandlingsföremålet ska vara en platt-tv men inte att den ska vara av märket *Bang & Olufsen*. Om det är nödvändigt för att beskriva produkten får sådana krav dock uppställas, men enbart under förutsättning att de åtföljs av lokutionen ”eller likvärdig”. Den myndighet som efterfrågat en platt-tv är emellertid inte som huvudregel skyldig att även acceptera anbud som

⁵ Mål 45/87 Europeiska gemenskapernas kommission mot Irland 1988 s. 04929.

avser en projektor eftersom en sådan produkt, även om den kan användas i mer eller mindre samma syfte som en platt-tv, är ett annat upphandlingsföremål.

Av artikel 24 i direktivet, och 6 kap. 9 § LOU, framgår emellertid att en myndighet får tillåta att anbudsgivare lämnar alternativa anbud. Ett alternativt anbud karakteriseras, enligt vår mening, av att det avser ett annat upphandlingsföremål än det efterfrågade, men att det uppfyller det av myndigheten uppställda syftet med upphandlingen. Det skulle således kunna vara möjligt att i en upphandling där alternativa anbud tillåts offerera en projektor även om det är en platt-tv som efterfrågats. En myndighet som vill möjliggöra för anbudsgivare att inkomma med alternativa anbud måste emellertid ange detta i förfrågningsunderlaget. Om så inte sker är alternativa anbud inte tillåtna. Vidare ska myndigheten i förfrågningsunderlaget ange vissa minimikrav som inte ens de alternativa anbuden får lov att avvika ifrån. Lämpligen är dessa funktionsinriktade och inte låsta till en viss teknisk lösning.

En fråga som infinner sig är hur gränsen ska dras mellan ett anbud avseende en tekniskt likvärdig lösning, vilket alltid måste accepteras, och ett alternativt anbud som endast får accepteras om detta särskilt föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Ett synsätt är att se tekniskt likvärdiga lösningar och alternativa anbud som motsatspar, där ett anbud som innehåller en tekniskt likvärdig lösning per definition inte kan utgöra ett alternativt anbud, och tvärtom. Om en produkt är tekniskt likvärdig innebär detta att den uppfyller samtliga de tekniska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget och den kan därför inte anses utgöra en alternativ lösning. Endast om en produkt avviker från de tekniska kraven i något avseende kan den anses vara alternativ. Arrowsmith redogör för gränsdragningen mellan alternativa anbud och teknisk likvärdighet på följande sätt.

”It is also arguable that to meet its Treaty obligations an entity must always refer to the possibility of submitting tenders that are functionally equivalent as being permitted as a standard bid, rather than as treating such bids as involving variants. For example, if the procuring entity wishes to propose a design for a bridge but also to accept bids with alternative designs that meet the same functional requirements, arguably bids that differ merely in the way in which those functional requirements are achieved and in no other respects possibly must be treated as standard bids. (Clearly they may always be treated as standard bids, by drafting the specification in terms of functional or performance requirements, and merely suggesting a particular design as a possibility).⁶”

Med Arrowsmiths synsätt är således anbud som är likvärdiga den lösning som framgår av förfrågningsunderlaget alltid tillåtna. Sådana anbud är inte att betrakta som alternativa anbud (”variants”), utan som ordinarie (”standard”) anbud. Om vi återgår till exemplet med platt-tv:n och projektorn skulle detta innebära att projektorn antingen kan anses utgöra en likvärdig lösning eller ett

⁶ Arrowsmith, S. *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, 2005, s. 530.

alternativt anbud, beroende på hur den tekniska specifikationen är utformad. Om det framgår av den tekniska specifikationen att vad som efterfrågas är en platt-tv av LCD-modell så utgör projektorn ett alternativt anbud eftersom det uppenbart inte uppfyller de tekniska krav som uppställts. Anbudsgivaren har i en sådan situation, under förutsättning att alternativa anbud är tillåtna i upphandlingen, att visa att projektorn är lika bra som en platt-tv av LCD-modell såvitt avser exempelvis bildkvalitet och ljudupplevelse eller övriga minimikrav som den upphandlande myndigheten ställt upp och som ska vara uppfyllda även för de alternativa anbuden.

Om myndigheten istället angett kraven på bildkvalitet och ljudupplevelse som funktionskrav och bara angett platt-tv av LCD-modell som ett förslag på en lämplig lösning kan ett anbud som avser en projektor vara ett tekniskt likvärdigt anbud, dvs. ett ordinarie anbud. Projektorn uppfyller nämligen i det fallet alla de tekniska krav som ställts och kan därför inte anses alternativt i förhållande till vad som efterfrågats, under förutsättning att den bild- och ljudkvalitet som erbjuds är tekniskt likvärdig med en platt-tv av LCD-modell.

4. ANALYS OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER

En upphandlande myndighet har stor frihet då den bestämmer föremålet för en upphandling och de tekniska specifikationer som beskriver den funktionalitet som efterfrågas. En upphandlande myndighet får emellertid inte utforma de tekniska specifikationerna så att dessa direkt eller indirekt utpekar en leverantör och utestänger övriga från anbudsgivning. Ett sådant otillåtet utpekande kan bestå i hänvisningar till varumärken eller ett ovillkorligt utpekande av en viss teknisk standard (utan angivande av ”eller likvärdigt”) men även i krav på att en produkt ska ha en viss färg eller utformning, vilka inte är objektiva och funktionellt motiverade.

Om en upphandlande myndighet hänvisar till ett varumärke eller en viss nationell teknisk standard för att tydliggöra vad upphandlingsföremålet är, får detta ske endast under förutsättning att hänvisningen åtföljs av lokutionen ”eller likvärdigt”. Likvärdighetskravet innebär emellertid inte att en produkt exakt måste matcha den produkt eller tekniska standard som hänvisningen avser.

Även om det ibland kan vara svårt att göra skillnad mellan en tekniskt likvärdig lösning och ett alternativt anbud synes skillnaden ligga i att ett likvärdigt anbud de facto uppfyller de uppställda tekniska kraven, även om en annan produkt än den efterfrågade offereras, medan ett alternativt anbud faktiskt avviker från uppställda krav.

Det kan avslutningsvis konstateras att skillnaden mellan alternativa anbud och tekniskt likvärdiga lösningar blir mindre betydelsefull ju mer funktions-

inriktad en teknisk specifikation är. Ju mer myndigheten strävar efter att beskriva syftet med upphandlingen och det behov – den funktion – som ska tillgodoseas, snarare än att specificera hur detta ska ske, desto större möjlighet ges anbudsgivarna att inkomma med anbud som innehåller olika lösningar utan att dessa för den sakens skull måste bedömas som alternativa.

