

BECH-BRUUN



Anvendelse af referenceprodukter - "eller tilsvarende"

Advokatfuldmægtig Sune Troels Poulsen, Bech-Bruun  
E-mail: [spo@bechbruun.com](mailto:spo@bechbruun.com)

## Kravspecifikationen

- **Udbredt praksis at henvise til varemærker:**
  - Rockwool, Hvidbjergvinduet, Ruko m.fl.
  - For lamper: PH5, Lampas, Jakobsson Kleeman m.fl
- **Hvorfor anvendes varemærker ved kravspecifikationen?**
  - Henvisning til et varemærke er en genvej.
    - Tidsbesparende.
    - Omkostningsbesparende.
    - Klarhed over æstetik og design.

## Reglerne: EF-traktaten og udbudsdirektivet

- **EF-traktaten**
  - Reglerne om handelshindringer i artikel 28 m.fl.
  - Principper: Gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-diskrimination.
- **Udbudsdirektivet**
  - **Præambelens punkt 29, sidste punktum:**

”De tekniske specifikationer bør være klart angivet, således at alle tilbudsgivere er klar over, hvad de krav, som de ordregivende myndigheder har stillet, omfatter.”
  - **Direktivets artikel 23, stk. 2:**

”De tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.”

## Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8

- "Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, og de må ikke henvide til et bestemt mærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres.
- En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3 og 4; en sådan angivelse eller henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«."

## Henvisning til varemærker - en handelshindring

- **Hvad er problemet ved henvisning til et varemærke?**
  - Det er helt klart, hvad der vil opfylde ordregivers krav.
  - MEN – henvisningen udelukker fuldstændig konkurrencen!
  - Alene én producents produkter kan opfylde kravene.
- **Er eller kan henvisning til et bestemt varemærke være lovlig?**
  - NEJ – henvisning til et bestemt varemærke er altid ulovlig.
    - Dette er ulovligt både inden for og uden for udbudsdirektivet.
  - Praksis i henhold til EF-traktaten – "Bent Moustén Vestergaard."
  - Praksis i henhold til udbudsdirektivet – "Mariendal EI-Teknik A/S."

## Angivelse af "eller tilsvarende" er problematisk

- **Angivelse af "eller tilsvarende" fører til uigennemsigtighed:**
  - Uklarhed mht.:
    - hvad ordregiver ønsker,
    - hvilke fravigelser der vil blive accepteret.
  - Konkurrencefordel
    - Varemærkeindehaverens produkter vil være 100% i orden.
    - Andre producenters produkter vil sjældent være identiske.
      - Meromkostning, manglende egnethed m.v.
      - Risikoen for produktplagiering.
- **Henvisning til et bestemt varemærke med angivelsen "eller tilsvarende" kan dog være lovlig.**

## Forskelle: Uden for eller inden for udbudsdirektivet

- **Uden for udbudsdirektivet – "eller tilsvarende" er tilstrækkeligt**
  - EF-domstolens praksis.
  - Det er tilstrækkeligt at angive "eller tilsvarende."
- **Inden for udbudsdirektivet – yderligere krav skal opfyldes**
  - Ordlyden af direktivets artikel 23, stk. 8:
    - Særlige betingelser for at tillade henvisning til varemærker.
    - Yderligere betingelse er angivelse af "eller tilsvarende".
  - Praksis fra Klagenævnet for Udbud:
    - Pligt til objektiv kravspecifikation jf. art. 23, stk. 3 og 4.
    - Bevisbyrden hos ordregiver for, at det "ikke kan lade sig gøre."



## Hvornår er et tilbudt produkt "tilsvarende"?

- **Præambelens punkt 29, uddrag:**
  - "Tilbudsgiverne bør kunne benytte ethvert bevismiddel for at godtgøre, at der er tale om en tilsvarende løsning. De ordregivende myndigheder skal kunne begrunde enhver beslutning om, at der i et givet tilfælde ikke er tale om en tilsvarende løsning."
- **En processuel forpligtelse for ordregiverne**
  - Acceptere andre produkter som tilsvarende, hvis de er dette.
  - Undersøge, hvorvidt de tilbudte produkter er tilsvarende.
  - Ikke kræve, at tilbudsgiverne skal dokumentere ligeværdighed.



## Andre mærker – objektivitet og dokumentation

