



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

**DOM**  
2018-06-12  
Meddelad i Göteborg

Mål nr  
1437-18

**SÖKANDE**

Essity Hygiene and Health AB, 556007-2356

Ombud: Eva-Lotta Svensson  
Essity Hygiene and Health AB  
405 03 Göteborg

**MOTPART**

Strömstads kommun  
452 80 Strömstad

Ombud: Advokaten David Hertzman  
Danderydsgatan 14  
114 26 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2018-06-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 539359

<b>Postadress</b> Box 53197 400 15 Göteborg	<b>Besöksadress</b> Sten Sturegatan 14	<b>Telefon</b> 031 - 732 70 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	<b>Telefax</b> 031 - 711 78 59	<b>Expeditionstid</b> måndag–fredag 08:00–16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

## BAKGRUND

Strömstads kommun genomför en upphandling av hygienpapper och plastprodukter, dnr KS 2017/0380.

Det förvaltningsrätten ska pröva i målet är om det strider mot principerna om icke diskriminering, likabehandling och proportionalitet att som Strömstads kommun har gjort inte godkänna förpackningsavvikelser med mer än  $\pm 20$  procent per efterfrågad artikel.

## YRKANDEN M.M.

*Essity Hygiene and Health AB* (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om samt anför i huvudsak följande. Kommunen uppfyller inte principerna i 4 kap. LOU på grund av ett tydligt fel i underlaget. Offererade artikel ska vara likvärdig efterfrågad artikel. Likvärdig förpackningsstorlek med en procentuell avvikelse  $\pm 20$  procent godkänns. När det gäller hygienpapper såsom t.ex. pappershanddukar och toalettpapper är mindre förpackningsavvikelser inte relevant för att mäta produktens funktion. Att inte godkänna mindre förpackningsavvikelser är starkt konkurrens-hämmande och strider mot grundprinciperna i LOU. Exempelvis efterfrågas vid pos 53 pappershandduk i förpackning om 2 025 blad och en förpackning med 3 800 st godkänns inte. Detsamma gäller pos 57 pappershandduk i kartong om 21x144 st där en likvärdig handduk med 3 780 st. per förpackning inte godkänns. – Vid pos 63 toalettpapper efterfrågas 36x800 blad men en likvärdig rulle förpackad 27 rullar per förpackning godkänns inte. Det strider mot proportionalitetsprincipen. Kraven och villkoren i upphandlingen ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Då det endast finns en tillverkare som kan tillhandahålla en förpackning om 36 rullar är det dessutom starkt konkurrens-hämmande att inte godkänna en likvärdig produkt som förpackas 27 rullar per förpackning. – Bolaget är med varumärket Tork Sveriges och världens största leverantör av mjukpapper. Kommunen finner det

inte intressant att få in ett anbud med samtliga möjliga produkter utan finner att produkterna är konkurrensutsatta utan att bolaget har möjlighet att kunna offerera delar av sitt sortiment. Bolaget anser att de skillnader i förpackningsstorlek som finns inte är av sådan betydelse att det skulle få negativa konsekvenser för kommunens användare när det gäller distribution, användning och förvaring. Bolaget anser att kommunen inte tillåter konkurrens på lika villkor då alternativa produktsortiment inte godkänns. Förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen, kravet står inte i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven för positionerna 62 och 63 är starkt konkurrenshämmande då endast en tillverkare kan leverera önskad förpackningsstorlek. – Kommunen ifrågasätter varför bolaget inte kan erbjuda produkter inom kravställd marginal. Olika producenter har olika förpackningsstorlekar. Som tillverkare har bolaget ett sortiment vars prioritet är att möta kunders behov av funktionella produkter som har minsta möjliga miljöpåverkan.

*Strömstads kommun* bestrider bifall till bolagets ansökan och anför följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapetsrättsliga principerna. Bolaget har ställt frågor om positionerna 53 och 57 (handdukar), 62–63 och 68 (toalettpapper) i prisbilagan. Samtliga frågor har gällt om avvikande förpackningsstorlekar kan godtas. Kommunen har besvarat frågorna nekande med hänvisning till krav enligt förfrågningsunderlaget, punkten 3.1. – Av likabehandlingsprincipen följer att ett anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte får beaktas vid utvärderingen. Om inget särskilt anges ska krav angivna i ett förfrågningsunderlag vara uppfyllda vid tiden för anbudet. Kravet i förfrågningsunderlaget (punkten 3.1) syftar till att definiera vad kommunen anser likvärdigt i fråga om efterfrågade artiklars förpackningsstorlek och att kravspecifikationerna i prisbilagan tillåts över- respektive underskridas till en omfattning om 20 procent. Detta är motiverat för att upprätthålla likabehandling av leverantörer vars sortiment kan variera i fråga om förpackningsstorlek. En

avvägning har gjorts mot de variationer av förpackningsstorlekar som finns på marknaden i förhållande till dess intresse av att effektivt kunna konkurrensutsätta upphandlingsföremålet. Denna avvägning har lett till att nämnda avvikelsetolerans har fastställts. Utvärderingen av anbuden kräver också att anbuden avser samma produkter i så stor utsträckning som möjligt, dels för att kommunen ska få de produkter som efterfrågas, dels för att anbudsgivarna ska konkurrera på lika villkor till efterkommande av likabehandlingsprincipen. Vidare är kommunens slutanvändare, t.ex. skolor, beroende av att aktuella artiklars förpackningar motsvarar efterfrågad storlek för att kunna distribueras, användas och förvaras i praktiskt hänseende. Kravet är ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet och nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet samt rimligt avvägt i förhållande till vad leverantörerna får anpassa sig till. – Det är riktigt uppfattat av bolaget att kommunen inte efterfrågar anbud som offererar ”samtliga möjliga produkter”. Vid påbörjandet av upphandlingen har upphandlingsföremålet bestämts utifrån en samlad bedömning av slutanvändarnas behov och för att effektivt konkurrensutsätta upphandlingen måste kommunen ställa krav på de varor som efterfrågas. Utan krav skulle inte anbudsgivarna kunna konkurrera på lika villkor om kontraktet. Syftet med aktuellt krav på förpackningsstorlek inom en avvikelsemarginal om  $\pm 20$  procent är grundat av skäl hänförliga till slutanvändarnas distribution, användning och förvaring av produkterna. Kravet har således en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet. Kommunen bestrider att endast en leverantör eller tillverkare kan leverera produkterna med förpackningsstorlekar inom kravställd marginal. Bolaget har inte angett varför det inte kan erbjuda produkter med förpackningsstorlek inom kravställd marginal. Kommunens erfarenheter av branschen och tidigare upphandlingar är att återförsäljare vanligtvis tävlar om kontraktet, ofta med offererande av produkter med samma varumärke. Detta stärker kommunen i uppfattningen att kravet avseende produkternas förpackningsstorlek inte innebär någon konkurrensbegränsning för aktörerna inom aktuell bransch.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

### Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

[...]

#### Punkten 3.1

Artiklar listade i Prisbilagan anger lägsta krav per position. Offererad artikel ska vara likvärdig efterfrågad artikel. Detta gäller även förpackning av efterfrågad artikel. Med likvärdig förpackningsstorlek menas att en förpackning som är samma som den som efterfrågas med en accepterad procentuell avvikelse på + - 20 %. Att artikel är likvärdig ska kunna styrkas. Bevis om artikels likvärdighet lämnas på anmodan av Upphandlande myndighet och Upphandlande myndighet avgör om offererad artikel är likvärdig eller bättre. Likvärdigheten bedöms på om erbjuden artikel motsvarar efterfrågade krav gällande tänkt funktion och användning, innehåll och hanterbarhet.

Många av de efterfrågade artiklarna är lika varandra och en målsättning är att detta ska bibehållas i nytt avtal för att beställare ska ha ett brett sortiment att välja bland för att behov ska täckas på bästa sätt.

Detta innebär att Anbudsgivaren ska offerera olika artiklar på varje position.

[...]

**Förvaltningsrättens bedömning**

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Regeringsrättens [numera Högsta förvaltningsdomstolen] avgörande RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att formulera kraven i ett förfrågningsunderlag under förutsättning att det överensstämmer med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. En förutsättning är att uppställda krav för ett visst kontrakt har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta. Det förvaltningsrätten ska pröva i målet är om det finns sådana brister i förfrågningsunderlaget på sätt som strider mot principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet.

Principen om icke-diskriminering innebär i upphandlingssammanhang ett förbud mot både direkt och indirekt diskriminering på grund av nationalitet eller etablering i en viss medlemsstat. En svensk upphandlande myndighet får inte ställa sådana krav som i praktiken endast svenska leverantörer kan uppfylla. Förvaltningsrätten konstaterar att så inte är fallet i förevarande fall.

Likabehandlingsprincipen medför ett generellt förbud mot olikbehandling av företag som är i en likvärdig konkurrenssituation. Annat har inte framkommit än att bolaget befinner sig i en likvärdig konkurrenssituation. Genom att ställa särskilda krav på förpackningsstorlekar har kommunen inte behandlat lika situationer olika och det har inte framkommit att kraven är framtagna för att särbehandla en viss leverantör. Det aktuella kravet kan

därmed inte anses strida mot principen om likabehandling. Inte heller i detta avseende har bolaget visat att det finns skäl att ingripa med stöd av LOU.

En upphandlande myndighet har normalt stor frihet när den bestämmer det närmare föremålet för en upphandling (jämför RÅ 2010 ref. 78). I detta fall har kommunen valt att upphandla produkter i vissa förpackningsstorlekar med möjlighet till en variation om  $\pm 20$  procent. Frågan är om kravet om att produkterna ska levereras i vissa angivna storleksintervall strider mot principerna om proportionalitet.

Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att krav som ställs inte får gå utöver vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen i fråga (jfr prop. 2006/07:128 s. 132). En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se RÅ 1999 ref. 76; jfr Contse, C-234/03, EU:C:2005:644).

Kommunen har redogjort för att kravet på de efterfrågade produkterna har ställts för att dessa ska kunna användas i befintlig utrustning hos kommunens användare. Bolaget har däremot inte redovisat någon förklaring till varför offererade produkter inte kan levereras i förpackningar motsvarande de som efterfrågas i upphandlingsdokumentet eller att en viss leverantör gynnas av uppställda krav. Det kan vara av stort intresse för en upphandlande myndighet att produkter kan användas i befintliga verksamheter utan vidare. Förvaltningsrätten anser att kommunen i förevarande mål har angett ett sakligt motiverat syfte med kravet och att kravet framstår som en godtagbar åtgärd för att uppnå detta syfte. Något mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet har inte framkommit. Den negativa effekt som kravet

kan få för leverantörer framstår inte som överdrivet stor eller opropor-  
tionerlig på annat sätt. Kraven på förpackningsstorlek kan därmed inte anses  
strida mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som kommunen anfört  
beträffande valda förpackningsstorlekar får anses vara godtagbara i ett fall  
som förevarande. Kravet på viss storlek, med en variation om  $\pm 20$  procent,  
strider inte mot principerna om icke-diskriminering, proportionalitet eller  
likabehandling och det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU. Bo-  
lagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Ann-Carin Glimstedt  
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen M Georgsson.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

*Forts. nästa sida*

## **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.