



**SÖKANDE**

Essity Hygiene and Health Aktiebolag, 556007-2356  
405 03 Göteborg

Ombud:

Advokaterna Fredrik Linder och Erik Sigfridsson  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Västra Götalands läns landsting  
462 80 Vänersborg

Ombud:

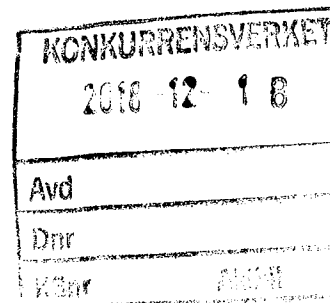
Advokaten Göran Andersson, jur.kand. Ponthus Andersson och biträdande  
juristen Gustav Delén  
Hellström Advokatbyrå KB  
Box 7305  
103 90 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



## BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting (landstinget) genomför en upphandling av *Inkontinens (3) pr. gr. 94, dnr RS 2018-00263*.

Av tilldelningsbeslut den 20 april 2018 framgår att två anbud inkom och att Attends Aktiebolag (Attends) vunnit upphandlingen. Essity Hygiene and Health Aktiebolags anbud placerades på andra plats vid utvärderingen.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl till ingripande i upphandlingen till följd av att krav i upphandlingsdokumentet strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och om landstinget agerat i strid med LOU genom att anta Attends anbud.

## YRKANDEN M.M.

*Essity Hygiene and Health Aktiebolag* (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på sådant sätt att utvärderingen görs om, varvid anbudet från Attends inte beaktas. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande.

### Miljökravet

Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU genom att vid utvärderingen beakta anbudet från Attends, trots att anbudet inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Mot denna bakgrund skulle landstinget rätteligen ha förkastat Attends anbud. Bolaget skulle därmed vara den enda kvarvarande anbudsgivaren och hade därmed kunna tilldelas kontraktet. Mot denna bakgrund har bolaget lidit eller riskerat att lida skada enligt 20 kap. 6 § LOU.

Attends miljöbilaga uppfyller inte kravet som ställs i punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan. Om det anbudsgivande bolaget inte är certifierat enligt ISO 14001 eller likvärdigt, ska anbudsgivaren, enligt kravet i avsnitt 6.5.6, bifoga dokumentation som visar att ett likvärdigt miljöledningssystem finns för det anbudsgivande bolaget.

Redan ordalydelsen i punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan stipulerar tydligt att både anbudsgivaren och den tillverkande enheten ska ge in efterfrågad dokumentation. Därmed har det varit ett obligatoriskt krav i upphandlingen för Attends att ge in Attends miljöbilaga. Att kravet i punkt 6.5.6 ska tillämpas på detta sätt bekräftas också av landstinget självt i dess begäran om komplettering till bolaget av den 6 april 2018 där landstinget uppger att det är ”anbudsgivarens miljöledningsarbete som ska styrkas och i det här fallet är anbudsgivaren det svenska bolaget Essity Hygiene and Health AB”. Trots detta har landstinget under processen i stället anfört att dess begäran om komplettering var felaktig. Denna uppfattning om punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan står i strid både med ordalydelsen i punkt 6.5.6 och det sätt på vilket landstinget tillämpat punkt 6.5.6 under upphandlingens gång. Landstingets uppfattning i dess yttrande är uppenbarligen en efterhandskonstruktion, för att försvara dess felaktiga beslut att inte förkasta Attends anbud. Något som ytterligare bekräftar att det är just en efterhandskonstruktion är att landstinget uttryckligen i samband med utvärderingen av anbuderna angivit att det varit ett krav för bolaget att ge in dess miljöbilaga – trots att bolaget inte är en tillverkande enhet.

I det första stycket i den till Attends anbud bifogade miljöbilagan anges bl.a. att ”tillverkningsenheten i Aneby” är certifierad enligt ISO 14001. Denna tillverkningsenhet tillhör emellertid ett annat bolag än det anbudsgivande bolaget Attends. Certifieringen avser bolaget Attends Healthcare AB (ett dotterbolag till Attends), vilket framgår av de två certifikat för Attends Healthcare AB som Attends bifogade till sitt anbud. Nu nämnd certifiering

kan dock inte åberopas för att uppfylla de krav som gäller det anbuds-  
givande bolaget – Attends – enligt punkt 6.5.6. Det avgörande är i stället om  
resterande delar av Attends miljöbilaga har ett sådant innehåll som krävs  
enligt punkt 6.5.6. Innehållet i Attends miljöbilaga är mycket kortfattat och  
innehåller ingenting avseende: rutiner för styrning av dokumenterad inform-  
ation och rutiner för fördelning av miljöansvar, miljöpolicy, rutiner för  
korrigerande åtgärder, rutin för revision av miljöledningssystemet eller rutin  
för hantering av miljöavvikelser.

Landstinget har under processen anfört att syftet med kraven i punkt 6.5.6 i  
Anbudsinbjudan är att säkerställa att tillverkningsprocessen av inkontinens-  
produkterna följer ett miljöledningssystem. Dock har detta anförande inget  
stöd i punkt 6.5.6 – där anges ingenting om att syftet med efterfrågad miljö-  
dokumentation skulle vara begränsat till tillverkningsprocessen.

Bolaget anser att kravet i punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan är tydligt, d.v.s. att  
anbudsgivaren är skyldig att ge in efterfrågad dokumentation även om  
anbudsgivaren inte är en tillverkande enhet. Om förvaltningsrätten mot  
förmodan skulle vara av en annan uppfattning, så är kravet följaktligen –  
som landstinget anfört i dess yttrande – otydligt utformat och skulle därmed  
stå i strid med transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Upphandlingen ska  
i sådant fall göras om.

Bolagets miljöbilaga, inklusive bilagor, innehåller emellertid samtliga  
moment som efterfrågas i punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan. Vad landstinget  
anför beträffande frågan om bolagets komplettering av anbudet kan beaktas  
eller inte är något som är hänförligt till en eventuell ny anbudsprövning i  
upphandlingen, efter en eventuell dom om rättelse från förvaltningsrätten  
innebärande att Attends anbud ska förkastas. Även om bolaget inte skulle  
anses ha uppfyllt kravet i punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan uppfyller bolaget  
emellertid skaderekvisitet i LOU av följande skäl. En leverantör som inte

uppfyllt samtliga obligatoriska krav i en upphandling riskerar nämligen att lida skada om även de övriga anbuderna i upphandlingen rätteligen skulle ha förkastats. Detta eftersom leverantören då skulle ha kunnat få en ny chans att delta i en ny upphandling (jfr Kamrättens i Göteborg dom i mål nr 406-17).

#### Pris- och sortimentskraven

Kraven gällande sortiment och pris i avsnitt 6.7 i Anbudsinbjudan är utformade i strid med likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Kravet gällande sortiment står dessutom i strid med proportionalitetsprincipen. Bolaget har lidit eller åtminstone riskerat att lida skada till följd av detta.

Av avsnitt 6.7 framgår att anbudsgivarna ska offerera produkterna som anges på de efterfrågade fyra positionerna 10, 20, 30 och 40, och därutöver offerera samtliga storlekar och mått de har på produkterna i sitt sortiment. Detta övriga sortiment måste offereras till samma eller lägre pris som offereras för varje position. Bolaget har inom produktgruppen som upphandlingen omfattar offererat sammanlagt 16 stycken olika produkter och Attends har offererat 12 stycken.

Som sortimentkravet formulerats, är det endast om en anbudsgivare har andra storlekar i sitt sortiment som dessa måste offereras. Om anbudsgivaren enbart har just de fyra produkterna i sitt sortiment uppfyller denna anbudsgivare kraven utan att ytterligare storlekar behöver offereras. Eftersom bolaget tvingas offerera produkter som inte Attends behöver offerera, har landstinget i praktiken utformat sortimentkravet på ett sådant sätt att det blir en nackdel att ha ett brett sortiment.

Sortimentskravet är inte proportionerligt. Ett uppenbart mindre ingripande alternativ hade varit att specificera t.ex. en ytterligare storlek som anbudsgivaren skulle leverera för respektive position. Sortimentkravet kan under inga omständigheter anses nödvändigt eftersom en anbudsgivare som inte har några ytterligare storlekar än de som anges i respektive position är helt fri att endast offerera den storlek som anges i positionen ifråga.

*Landstinget* anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

#### Miljökravet

Kravet i punkten 6.5.6 i Anbudsinbjudan kunde ha varit tydligare. Det är främst formuleringen, och i förlängningen, tillämpningen av de två sista styckena i punkten som givit upphov till bolagets ansökan om överprövning i denna del. Landstinget kan i och för sig hålla med om att kravet kunde varit bättre formulerat på sådant sätt att de olika situationerna när anbudsgivaren är tillverkande enhet respektive när anbudsgivaren inte är tillverkande enhet tydligare särskilts. Att utformningen av kravet hade kunnat vara ännu tydligare innebär dock inte att landstinget handlat i strid med LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50). Det har även funnits brister i hur landstinget internt har handlagt anbudet i denna del samt i att landstinget begärt en komplettering av bolaget för uppfyllande av miljökravet. Detta agerande saknar rättsligt stöd i 4 kap. 9 § LOU. Även om bolagets anbud efter kompletteringen skulle uppfylla kravet saknar detta relevans eftersom kompletteringen under alla omständigheter inte varit tillåten.

Syftet med kravet på miljöarbete i punkten 6.5.6 är att säkerställa att tillverkningsprocessen av inkontinensprodukterna följer ett miljöledningssystem. Kravet kompletteras av miljökraven i kravspecifikationen. Att det är tillverkningen av de upphandlade produkterna som avses är tydligt utifrån miljökraven i kravspecifikationen. En bättre formulering av punkten 6.5.6

hade varit om de fem första styckena försågs med underrubriken ”Anbudsgivare som är tillverkande enhet” och det sista stycket med ”Anbudsgivare som inte är tillverkande enhet”. Syftet med femte stycket är givetvis att den anbudsgivare som är en tillverkande enhet inte ska kunna åberopa något annat företags miljöledningssystem. I de fall anbudsgivaren däremot inte är en tillverkande enhet räcker det, enligt sjätte stycket, att ge in certifikat eller dokumentation avseende den tillverkande enhetens miljöledningssystem (i annat fall hade sjätte stycket formulerats ”... ska anbudsgivaren även redovisa den tillverkande enhetens...”).

Trots att bolaget inte är en tillverkande enhet uppmanades bolaget den 6 april 2018, d.v.s. efter det att anbudstiden löpt ut, av landstinget att komplettera anbudet med certifikat alternativt dokumentation av dess eget miljöledningssystem. Landstingets begäran om komplettering var felaktig, både mot bakgrund av att bolaget givit in den tillverkande enhetens certifikat och därmed uppfyllt miljökravet i punkten 6.5.6 samt mot bakgrund av att en sådan begäran saknar stöd i 4 kap. 9 § LOU.

Både bolagets och Attends anbud uppfyller miljökravet i punkten 6.5.6. Ingen av dessa leverantörer är en tillverkande enhet. Båda leverantörernas anbud innehåller efterfrågade certifikat avseende de tillverkande enheterna. Skulle bolagets tolkning av kravet i punkt 6.5.6 delas av förvaltningsrätten saknas förutsättningar för att bifalla bolagets yrkande om rättelse. Detta eftersom inget av de två anbudsgivarna under dessa förutsättningar uppfyller kravet ifråga. Att utvärdera två anbud som båda i och för sig kunde ha diskvalificerats är helt i linje med likabehandlingsprincipen (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg domar i mål nr 741-13, 3244-13 och 3245-13).

Pris- och sortimentskraven

Syftet med pris- och sortimentskraven är att tillgodose ett mångfasetterat och omfattande behov av produkterna ifråga (jfr 10 kap. 2 § hälso- och sjukvårdslagen [2017:30] samt 7 kap. 2 § patientlagen [2014:821]). Genom den modell med produktsegment som valts i upphandlingen säkerställer landstinget att de avropande verksamheterna, utifrån de enskilda patienternas /brukarnas behov, kan köpa in andra produkter än de fyra ”standardprodukter” som utvärderas. Vidare har landstinget bedömt det nödvändigt att sätta ett takpris för det övriga sortimentet som anbudsgivarna offererar (det s.k. priskravet). Detta för att förhindra att anbudsgivarna, mot bakgrund av att det övriga sortimentet inte utvärderas, ska sätta så höga priser att det inte blir ett rimligt alternativ för verksamheterna att köpa dessa produkter.

Bolaget offererade totalt 16 produkter medan Attends offererade 12 produkter. Attends totalpris är mer än 8 miljoner kronor lägre än bolagets totalpris. Den utvärderingsmodell som använts i upphandlingen drabbar, till skillnad från vad bolaget anfört, den anbudsgivare som har ett dyrare sortiment jämfört med sina konkurrenter. Detta är naturligtvis också syftet med en utvärderingsmodell som ska resultera i att anbudsgivaren vars anbud har lägst pris tilldelas kontraktet. Det är även uppenbart att så blev fallet i och med att Attends tilldelades kontraktet. Även om förvaltningsrätten kommer fram till att utvärderingsmodellen drabbat bolaget för att bolaget har något bredare sortiment, så utgör inte det ett brott mot LOU. En utvärderingsmodell som är mer negativ för en viss anbudsgivares verksamhet jämfört med andras är förenlig med LOU (jfr Kamrättens i Göteborg dom i mål nr 8328-12). Beställarnas högst berättigade behov av att kunna göra inköp från den vinnande leverantörens hela sortiment bör således väga tyngre än, som bolaget påstår, det förhållandet att några anbudsgivare med bredare sortiment påverkas negativt.



Bolaget har anfört att sortimentskravet i upphandlingen står i strid med proportionalitetsprincipen. Någon bedömning utifrån proportionalitet ska dock inte göras såvitt gäller föremålet för upphandlingen, även om föremålet för upphandlingen ska utformas objektivt och utan att diskriminera någon leverantör. Det ska inte heller framstå som godtyckligt eller uppenbart osakligt (jfr RÅ 2010 ref. 78).

## **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

### **Grundläggande bestämmelser**

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).

### **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 begränsas till de grunder som parten åberopar.

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

*Frågan om punkten 6.5.6 i upphandlingsdokumentet uppfyller kravet på öppenhet*

Bolaget har anfört att om förvaltningsrätten skulle anse att kravet i punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan är otydligt utformat, och därmed skulle stå i strid med transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU, ska upphandlingen göras om.

Av punkt 6.5.6 i Anbudsinbjudan framgår följande:

**6.5.6 Anbudsgivarens miljöarbete**

Anbudsgivaren bör vara miljöcertifierad enligt standarden ISO 14001 eller likvärdigt. Är anbudsgivaren certifierad ska certifikat bifogas.

Om certifiering saknas ska anbudsgivaren bifoga dokumentation som visar att ett likvärdigt ledningssystem för miljö finns.

Med eget, likvärdigt miljöledningssystem avses minst följande:

- En miljömanual med rutiner för styrning av dokumenterad information, rutiner för fördelning av miljöansvar
- En dokumenterad miljöpolicy
- Dokumenterad information om miljömål
- Dokumenterad information om miljöaspekter och dess miljö-påverkan
- Rutiner för förebyggande och korrigerande åtgärder
- Rutin för hantering av miljöavvikelser

- Rutin för riskbedömningar
- Rutin för revision av miljöledningssystemet

Dokumentation enligt ovanstående punkter ska bifogas anbudet.

Kravet kan inte uppfyllas genom att anbudsgivaren åberopar moderbolag eller tillverkares certifikat eller likvärdiga miljöledningssystem.

I de fall där anbudsgivaren inte är en tillverkande enhet ska anbudsgivaren redovisa den tillverkande enhetens certifikat alternativt tillverkarens likvärdiga ledningssystem enligt punkterna ovan. Dokumentationen ska bifogas i anbudet.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 4 kap. 1 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 samt HFD 2012 ref. 48). Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i upphandlingsdokumentet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (jfr t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, Pizzo, punkt 36). Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling. Ett upphandlingsdokument ska dock vara såpass klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Av utredningen framgår inte annat än att vare sig bolaget eller Attends är en tillverkande enhet. Det följer då direkt av ordalydelsen av sista stycket i punkten 6.5.6 i Anbudsinbjudan att det är den bestämmelsen som ska tillämpas i en sådan situation. Motsatsvis följer att de övriga bestämmelserna 6.5.6 i Anbudsinbjudan ska tillämpas i de fall anbudsgivaren är en tillverkande enhet.

Såväl bolaget som Attends har lämnat den dokumentation som efterfrågas för anbudsgivare som inte är tillverkande enheter.

Det förhållande att det i näst sista stycket i punkten 6.5.6 i Anbudsinbjudan talas om ”tillverkares certifikat eller likvärdiga miljöledningssystem” kan inte förstås på annat sätt än att det inte är möjligt för en anbudsgivare som är en tillverkande enhet att uppfylla kraven gällande miljöarbete genom att åberopa underleverantörers certifikat etc.

Även om punkten 6.5.6 i Anbudsinbjudan säkerligen skulle ha kunnat formulerats på annat sätt anser förvaltningsrätten att avsnittet uppfyller kravet på att samtliga villkor och bestämmelser ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan förstå den exakta innebörden av det och tolka detta på samma sätt (jfr EU-domstolens dom i mål C-27/15). Det förhållande att landstinget begärt in kompletteringar innebär inte någon annan bedömning gällande villkorens och bestämmelsernas innebörd. Det finns således inte skäl till ingripande i upphandlingen i denna del.

#### *Pris- och sortimentskraven*

Bolaget har gjort gällande att kraven gällande sortiment och pris i avsnitt 6.7 i Anbudsinbjudan strider mot likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Kravet gällande sortiment står dessutom, enligt bolaget, i strid med proportionalitetsprincipen. Grunden för detta är att kravet ifråga innebär att anbudsgivarna ska offerera alla sina produkter i sitt sortiment inom de fyra efterfrågade produktsegmenten, till samma eller till lägre pris.

Som anförts ovan har en upphandlande myndighet stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 4 kap. 1 § LOU. Det innebär också att den

upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart sätt kan leda till att den upphandlade tjänsten eller varan motsvarar det behov som motiverade upphandlingen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 5903-16).

Av avsnitt 6.7 i Anbudsinbjudan framgår följande:

#### **6.7 Utvärdering av anbud**

Under förutsättning att samtliga obligatoriska krav uppfylls kommer det anbudet med lägst kostnad att antas på produktgrupp 94. Skulle två anbud/produkter få lika jämförelsetal kommer lottdragning att ske. En (1) leverantör antas.

Anbudsvärdering görs per produktgrupp (flera positioner ingår i en produktgrupp). I bilaga Anbudsspecifikation framgår vilka positioner som ingår i en produktgrupp. Samtliga positioner inom respektive produktgrupp ska offereras för att kunna bedömas och utvärderas som produktgrupp.

Samtliga i bilagorna Anbudsspecifikation, Kravspecifikation redovisade storlekar och mått är angivna med utgångspunkt från det sortiment som används idag. Anbudsgivaren ska i sitt anbud ange faktiska uppgifter. Upphandlande myndighets utsedda projektgrupp avgör vad som är inom en acceptabel gräns för avvikelser av storlek och/eller mått på produkt och förbehåller sig rätten att bedöma den som godkänd eller ej.

#### **Produktgrupp 94**

*"Samtliga storlekar i anbudsgivarens offererade positioner i produktgruppen, var och en position för sig, utöver de efterfrågade positionernas storlek i produktgruppen, ska offereras i anbudsspecifikationen, flik 2 till samma eller lägre pris som offererats per position på efterfrågad produkt i produktgruppen. För vinnande anbud kommer de övriga offererade storlekarna i denna produktgrupp att antas om verksamheten har behov av dessa."*

Anbudsgivare ska offerera alla de storlekar och mått utöver de efterfrågade positionerna i upphandlingen som anbudsgivare har i sitt sortiment i Anbudsspecifikation flik 2.

Likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU innebär att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Utifrån hur pris- och sortimentskraven i punkt 6.7 ovan är utformade kommer anbudsgivare med ett större sortiment att behöva offerera fler produkter per produktsegment, till samma eller lägre pris, än en anbudsgivare med ett mindre sortiment.

Förvaltningsrätten anser dock inte att kraven ifråga strider mot principen om likabehandling eller är diskriminerande eftersom kraven är objektivt utformade och gäller lika för alla leverantörer (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 2222-16). Att olika leverantörers verksamheter påverkas olika av kraven på det sätt som bolaget anfört innebär inte, enligt förvaltningsrätten, att det är något landstinget rimligtvis kan ta hänsyn till vid utformandet av kraven för att dessa inte ska strida mot likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 8328-12). Att bolaget behövt offerera 16 produkter i stället för 12 produkter som Attends offererat innebär inte att bolaget kunnat visa att pris- och sortimentskraven står i strid med likabehandlingsprincipen.

I målet uppkommer vidare frågan om sortimentskravet är proportionerligt.

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Tanken är att de uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska täckas (jfr prop. 2006/07:128, s. 132 och 155).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg (jfr HFD 2016 ref. 37, RÅ 1999 ref. 76 och EU-domstolens avgörande Contse, C-234/03, EU: C:2005:644). Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den 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. Reglerna ska tolkas i funktionella termer, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5832-13).

Såvitt framgår i målet har landstingets syfte med det aktuella kravet varit att det ramavtal upphandlingen ska resultera i kan tillgodose det omfattande behov av produkterna som de skilda verksamheterna som kommer nyttja avtalet har. Syftet har också varit att kunna tillgodose inköp av produkterna ifråga till lägsta möjliga kostnad genom att utforma krav som möjliggör en effektiv konkurrens där ett brett spann av leverantörer har möjlighet att lämna anbud. Landstinget har vidare anfört att sortimentskravets syfte också är att uppfylla kraven i hälso- och sjukvårdslagen samt patientlagen innebärande att patienter ska ges möjlighet att välja de hjälpmedel de föredrar.

Förvaltningsrätten konstaterar att den sistnämnda grunden inte innebär att de ställda kraven i upphandlingen inte måste uppfylla bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU, såsom t.ex. kravet på proportionalitet. Landstingets syfte med kravet på att sjukvården ska ha tillgång till ett brett sortiment, för att spegla det marknadsutbud som finns för de aktuella produkterna ifråga och för att sjukvården ska kunna ta del av detta, anser dock förvaltningsrätten är ett rimligt krav i sig. Att uppställa sortimentskravet är därför en lämplig och effektiv åtgärd för att kunna uppnå ett bredare produktsortiment i ramavtalet till ett lägre pris, d.v.s. det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten anser därför att det kan, för att uppnå syftet med upphandlingen, vara nödvändigt att uppställa sortimentskravet.

Den negativa effekt som kravet ifråga kan få för bolaget kan inte anses vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet och nyttan för den upphandlande myndigheten. Således kan inte proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LOU anses åsidosatt. Sammantaget ska därför bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om till följd av att pris- och sortimentskraven strider mot LOU avslås.

Eftersom det inte har framkommit några skäl till ingripande mot upphandlingen ska ansökan avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Nylander  
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.





## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.