



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

Enhet 2

**DOM**  
2017-03-08  
Meddelad i Uppsala

Mål nr  
5445-16 E

**SÖKANDE**  
RFSU AB, 556039-2986

Ombud: Advokat Karl-Oscar Dalin  
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB  
Box 7315  
103 90 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Landstinget Dalarna
2. Region Uppsala
3. Landstinget i Västmanlands län
4. Landstinget Sörmland
5. Region Örebro

*Samtliga genom:*

Varuförsörjningen Region Uppsala  
Landstingsjuristen Joachim Ahl  
Box 602  
751 25 Uppsala

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-03-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 200634

**Postadress**  
Box 1853  
751 48 Uppsala

**Besöksadress**  
Kungsgatan 49

**Telefon**  
018-431 63 00  
**E-post:** forvaltningsratteni uppsala@dom.se  
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

**Telefax**  
018-10 00 34

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00-16:00

**BAKGRUND**

Gemensamma nämnden för Landstinget Dalarna, Region Uppsala (tidigare Landstinget i Uppsala län), Landstinget i Västmanlands län, Landstinget Sörmland, Region Örebro (Varuförsörjningen) har genomfört en upphandling av kondomer (VF2016-0026). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande och vid anbudstidens utgång hade anbud från fem leverantörer inkommit. I tilldelningsbeslut den 14 oktober 2016 antogs anbud från Jewa Sweden AB (Jewa). Anbud från RFSU AB (RFSU) uteslöts som ofullständigt då samtliga efterfrågade produkter inte offererats.

**YRKANDEN M.M.**

RFSU ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska undanröja Varuförsörjningens beslut att tilldela Jewa kontraktet i upphandling och istället tilldela RFSU kontraktet och ålägga Varuförsörjningen att teckna avtal med RFSU. I andra hand yrkar RFSU att upphandlingen ska göras om utan beaktande av det obligatoriska kravet gällande produkterna XXL-kondomer och slickklappar. I tredje hand yrkar RFSU att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför RFSU i huvudsak följande.

Syftet med upphandlingen är enligt förfrågningsunderlaget avsnitt 1.1.2.1.1 att finna en leverantör av kondomer som dessutom aktivt ska arbeta för att minska oönskade graviditeter och sjukdomar samt skapa ökad lust till att använda kondomer. Upphandlingen och dess utvärdering måste förstås i ljuset av detta.

RFSU diskvalificerades då inte samtliga efterfrågade produkter offererats. Anbudet omfattade inte produkterna XXL-kondomer och slickklappar vilka utgjorde 0,31% av totala antalet produkter och 0,86% av totala värdet. RFSU:s anbud innefattade således 99,69% av totala produkterna och

99,14% av totala värdet och var samtidigt 125 000 kr billigare på årsbasis än vinnande anbudet. RFSU menar därför att ska-kravet att samtliga produkter måste ingå i anbudet helt saknar proportionalitet och att det inte är förenligt med LOU:s syften att en så liten del av anbudet gjorts till ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Varuförsörjningen har trots vad som sägs i förfrågningsunderlaget avsnitt 1.1.1.2.5 under pågående utvärderingsperiod tagit kontakt med en av anbudsgivarna Cefem AS (Cefem) med anledning av att deras produkter inte var korrekt märkta. Varuförsörjningen har alltså i strid med förfrågningsunderlaget kontaktat en av anbudsgivarna. Däremot har inte Varuförsörjningen kontaktat varken RFSU eller [REDACTED] med anledning av den lätt avhjälpta bristen som sedermera diskvalificerade deras respektive anbud. Därmed har Varuförsörjningen brutit i sin handläggning då alla anbudsgivare inte behandlats lika i den mening som avses i LOU. Detta har påverkat utgången då RFSU kunde ha offererat det ytterst begränsade antalet XXL-kondomer och slickklappar genom inköp från tredje man.

Efter att RFSU den 21 oktober 2016 kontaktat Varuförsörjningen för att begära ut de anbud som inkommit i upphandlingen skickade Varuförsörjningen ett e-postmeddelande med bekymmersamt innehåll. Meddelandet är bekymrande dels, då juridisk överprövning av ett myndighetsbeslut är en civil rättighet och fyller ett grundläggande rättsäkerhetsintresse. Dels har RFSU svårt att se hur Varuförsörjningens mål, ”att minska oönskade graviditeter och sjukdomar samt skapa ökad lust till att använda kondomer” är beroende av att det träffas avtal med en enda leverantör. RFSU har även svårt att se hur myndighetens företrädare kan dra slutsatsen att dessa mål inte delas av RFSU om RFSU begär överprövning. Det som i meddelandet sägs om övriga leverantörer framstår som ett närmast otillbörligt sätt att försöka påverka RFSU att inte begära överprövning. Meddelandet ger även sken av att utlova positiv eller negativ särbehandling i framtiden.

RFSU anser sammanfattningsvis att det faktum att en upphandlande myndighet uttrycker sig på detta sätt under rådande avtalsspärr måste betraktas som anmärkningsvärt och att det är ägnat att rubba förtroendet för Varuförsörjningens saklighet och opartiskhet i ärendet. Upphandlingen borde på grund av detta göras om.

Av de anbud som inkom hade Cefem de lägsta priserna. Cefems anbud uppfyllde dock inte samtliga krav som ställdes i förfrågningsunderlaget avseende kondomsortiment och märkning. Av de kvarvarande anbuden var RFSU:s anbud det lägsta och RFSU har en oöverträffad erfarenhet och kapacitet vad gäller att uppnå det bakomliggande målet med upphandlingen, att upplysa ungdomar om vikten av att skydda sig vid sexuella kontakter. RFSU:s produkter är välkända och tillgängliga bland ungdomar. Varuförsörjningens övergripande syfte försvåras av att den vinnande anbudsgivaren enbart bedriver grossistverksamhet.

Det vinnande anbudet hade en total årskostnad om 448 252 kr medan RFSU:s kostnad var 323 442 kr per år. Detta ska ställas mot årskostnaden om 3 838 kr för samtliga XXL-kondomer och slickklappar.

Enligt LOU ska en upphandlande myndighet välja det objektivt sett mest fördelaktiga anbudet efter en ekonomiskt rationell bedömning. Det är varken rationellt eller proportionerligt att tillmäta de helt försumbara produkterna XXL-kondomer och slickklappar så stor vikt när resultatet blir att det allmänna får betala närmare 125 000 kr per år extra för leveranserna och när RFSU dessutom är betydligt bättre rustat för att hjälpa landstingen uppnå de övergripande målsättningarna.

**Varuförsörjningen** bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Varuförsörjningen har inte brutit mot LOU och dess grundläggande principer. Varuförsörjningens utvärdering av inkomna anbud har varit korrekt och

har följt i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar och samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt och således uppfyllt kravet på öppenhet. Uppställda krav har varit proportionerliga.

RFSU medger i ansökan att de inte lämnat anbud avseende alla produkter som Varuförsörjningen efterfrågat. Anbudet har saknat XXL-kondomer och slickklappar.

En upphandlande myndighet har en exklusiv rätt att själv avgöra vad som ska upphandlas och myndigheter har en stor frihet vid utformandet av förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen, så länge de inte står i strid med de grundläggande principerna i LOU. Upphandlande myndigheter har ingen skyldighet att dela upp kontrakt. Produkterna i aktuell upphandling innefattas av upphandlingens syfte och ändamål och är dessutom till sin natur närbelägna produkter. Någon anledning att upphandla viss i produktgruppen ingående produkt i en separat upphandling föreligger därför inte. Tvärtom skulle en sådan uppdelning av kontrakt vara kostsam.

Därutöver har RFSU haft möjlighet att offerera de efterfrågade produkterna, vilket de själva vidgår i sin ansökan. Det ligger därför nära till hands att anta att RFSU helt enkelt förbiset att lämna ett fullständigt anbud innefattande XXL-kondomer och slickklappar. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt vad som avses upphandlas och att ramavtalet kommer att tilldelas en leverantör och att det för detta ändamål är nödvändigt att denna offererar samtliga efterfrågade produkter. Varuförsörjningen har inte haft något annat val än att förkasta RFSU:s anbud.

Varuförsörjningen bestrider att de skulle ha haft otillbörlig kommunikation med Cefem på så sätt RFSU gör gällande. Innebörden av meddelandet RFSU hänvisar till är ordagrant den som framgår av texten, dvs. att Varuförsörjningen har upplyst Cefem om produktmärkning och att detta gjordes under tiden för det föregående leveransavtalet. Något otillbörligt

särbehandlande har således inte skett. Därutöver har Cefems anbud, som RFSU påpekat, rätteligen förkastats i upphandlingen vilket innebär att även om kommunikationen med Cefem skulle vara otillbörlig, kan inte RFSU till följd av detta ha riskerat att lida skada.

Varuförsörjningen beklagar att RFSU uppfattat e-postmeddelandet på så sätt de gjort. Dock har meddelandet, oavsett hur det uppfattats, inte inneburit någon överträdelse av bestämmelserna i LOU. Meddelandet har inte heller lett till att RFSU lidit någon skada.

Upphandlingen strider således inte mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, bakomliggande EU-rätt eller upphandlingslagstiftningen i övrigt. Varuförsörjningen har därmed inte brutit mot någon upphandlingsrättslig bestämmelse, varmed förutsättning för ingripande enligt LOU saknas. RFSU har inte heller lidit eller riskerat att lida skada.

**RFSU** genmäler bl.a. följande.

Formuleringen i avsnitt 1.1.2.1.1 i förfrågningsunderlaget måste betraktas som ett reellt ska-krav avseende upplysnings- och informationsverksamhet. Detta krav är betydligt mer relevant i relation till upphandlingens egentliga syfte än tillhandahållande av de helt perifera produkterna som diskvalificerade RFSU:s anbud. Det måste betraktas som ytterst osannolikt att Jewa har den kapacitet som krävs för att utöva någon egentlig upplysnings- och informationsverksamhet.

Det är riktigt att RFSU:s anbud på grund av ett misstag inte kom att innefatta artiklarna XXL-kondomer och slickklappar. Men som visats tidigare är dessa produkter en liten del av det totala antalet produkter och det totala värdet. Eftersom RFSU:s anbud var betydligt lägre kan inte kravet på att samtliga produkter måste ingå anses vara proportionerligt i relation till upphandlingens syfte och landstingens ekonomi.

Vad Varuförsörjningen anfört om att uppdelning av kontrakt skulle vara kostsamt och ineffektivt motsägs av den besparing landstingen skulle göra om RFSU:s anbud antogs för samtliga produkter utom XXL-kondomer och slickklappar istället för Jewas.

Gällande kontakterna Varuförsörjningen tog med Cefem vidhåller RFSU att kontakterna måste ha skett med anledning av den nya aktuella upphandlingen i syfte att Cefem skulle kunna korrigera sitt anbud. Om motsvarande kontakt hade gjorts med RFSU och [REDACTED] hade de lätt kunnat offerera XXL-kondomer och slickklappar genom exempelvis inköp från tredje man. Varuförsörjningen har således behandlat leverantörerna olika vilket har lett till att RFSU:s anbud har diskvalificerats. Om bristen i RFSU:s anbud hade korrigerats skulle RFSU ha vunnit upphandlingen då dess pris var lägst. RFSU har dessutom möjlighet att arbeta i enlighet med målsättningen med upphandlingen.

Jewas anbud var betydligt dyrare än RFSU och de uppfyller inte ska-kravet avseende upplysningsverksamhet varför RFSU menar att Jewas borde ha förkastats och RFSU:s objektivt sett mest fördelaktiga anbud borde ha vunnit upphandlingen.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

##### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna bär själva ansvaret för utredningen (jfr RÅ 2009 ref 69).

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

#### 1.1.2.1.1 Upphandlingens omfattning

Upphandlingen avser ramavtal med en leverantör på bland annat kondomer enligt beskrivning i detta förfrågningsunderlag inklusive bilagor. Avtalad leverantör ska tillsammans med landstingen under avtalsperioden arbeta mot att minska oönskade graviditeter och sjukdomar samt skapa ökad lust till att använda kondomer.

#### **Är kravet att samtliga efterfrågade produkter ska offereras i strid med proportionalitetsprincipen?**

I målet är ostridigt att RFSU:s anbud inte innehöll samtliga efterfrågade produkter och således inte uppfyllde samtliga ställda ska-krav. RFSU har dock anfört att upprätthållande av ska-kravet att samtliga efterfrågade produkter ska offereras vore oproportionerligt då produkterna XXL-kondomer och slickklappar enbart motsvarar 0,31% av totala antalet produkter och 0,86% av totala värdet.

Enligt förvaltningsrättens mening måste kravet förstås mot bakgrund av förfrågningsunderlaget punkt 1.1.2.1.1 vari anges att ramavtal ska slutas med en leverantör. Även om de omstridda produkterna motsvarar en liten andel av upphandlingens totala omfattning har de obestritt ett nära samband med övriga produkter som upphandlas. Kravet att leverantören även ska offerera XXL-kondomer och slickklappar har därmed en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet. Som RFSU framhållit hade man möj-



lighet att själva köpa in produkterna från tredje man till en kostnad av 3 000 4 000 kr, varför kravet inte heller kan ses som alltför betungande (jfr HFD 2016 ref 37 I).

Förvaltningsrätten finner således att kravet att erbjuda samtliga efterfrågade produkter är proportionerligt och förenligt med LOU i övrigt. RFSU har ostridigt inte uppfyllt kravet och Varuförsörjningen har därmed korrekt utslutit RFSU från upphandlingen.

#### **Föranleder meddelandet till Cefem åtgärd enligt LOU?**

RFSU har anfört att Varuförsörjningen i strid med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget kontaktat Cefem och påtalat att dess märkning av produkterna inte var i enlighet med ska-kraven, samt att RFSU borde ha beretts samma möjlighet till komplettering av sitt anbud. Varuförsörjningen har bestritt att någon otillåten kommunikation har skett.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att en myndighet får begära att en anbudssökande eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I denna del gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Som anförts ovan är ska-kravet att samtliga efterfrågade produkter ska erbjudas proportionerligt och förenligt med LOU och dess grundläggande principer. Det rör sig således om komplettering av ett icke uppfyllt ska-krav. En sådan komplettering anses enligt praxis vara otillåten (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 7 december 2011 i mål nr 2147-11, Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 22 maj 2012 i mål nr 872-12 och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 6 februari 2013 i mål nr 6530-12).

Därutöver får kompletteringar och förtydliganden enbart göras på initiativ av den upphandlande myndigheten och bestämmelsen ska tillämpas restriktivt (jfr prop. 2006/07:128 s 377 samt Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 18 juni 2015 i mål nr 1798-15, 1801 1805-15, 1807 1810-15, 1812 1815-15 och 1817–1818-15).

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av det ovanstående att Varuförsörjningen hade agerat i strid med likabehandlingsprincipen om man hade gett RFSU möjlighet att komplettera sitt anbud. Sålunda agerade Varuförsörjningen korrekt när ingen sådan möjlighet gavs.

Gällande meddelandet som Varuförsörjningen skickade till Cefem noterar förvaltningsrätten att Cefem uteslutits från upphandlingen då man inte uppfyllde samtliga ställda krav gällande sortiment och märkning. Eftersom Cefem uteslutits från upphandlingen kan inte RFSU anses ha lidit eller kunna komma att lida skada till följd av meddelandet, oavsett om detta meddelande utgjorde en otillåten komplettering eller inte. Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

**Föranleder e-postmeddelandet från Varuförsörjningen till RFSU åtgärd enligt LOU?**

RFSU har framfört kritik mot det e-postmeddelande man erhöll från Varuförsörjningen när övriga anbud i upphandlingen begärdes ut.

RFSU har dock, varken i sin ansökan om överprövning eller i sitt yttrande till förvaltningsrätten, klargjort på vilket sätt detta meddelande skulle strida mot LOU eller dess grundläggande principer. RFSU har inte heller redogjort för hur de har lidit eller riskerat att lida skada till följd av den eventuella oförenligheten med LOU. Då utredningsansvaret i upphandlingsmål åvilar parterna (jfr RÅ 2009 ref 69) har det inte framkommit skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

**Är målet med upphandlingen som anges i punkt 1.1.2.1.1 ett ska-krav?**

RFSU har anfört att punkt 1.1.2.1.1 i förfrågningsunderlaget måste förstås som ett ska-krav innebärande att leverantören tillsammans med landstingen under avtalsperioden ska arbeta mot att minska oönskade graviditeter och sjukdomar samt skapa ökad lust till att använda kondomer, och att Jewas inte uppfyllt nämnda krav.

För att förvaltningsrätten ska förordna om ingripande mot upphandlingen krävs, som ovan påpekats, att RFSU kan visa att man lidit eller riskerat att lida skada till följd av en överträdelse av LOU. Oavsett om punkt 1.1.2.1.1 i förfrågningsunderlaget ska tolkas som ett ska-krav eller inte och om Jewas uppfyllt ett sådant ska-krav, framgår av tilldelningsbeslutet att anbudet från Hellström & Bonnevier Handel AB uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och efter utvärderingen erhöll andra plats. Av förfrågningsunderlaget framgår även att avtal tecknas med en leverantör. Detta får till följd att om Jewas anbud inte uppfyllt det av RFSU anförda ska-kravet i punkt 1.1.2.1.1 och således borde ha förkastats, hade anbudet från Hellström & Bonnevier Handel AB vunnit upphandlingen.

Eftersom anbud kvarstod i upphandlingen om Jewas hade uteslutits, och RFSU rätteligen uteslutits från upphandlingen, har, även om Jewas skulle ha förkastats, inte RFSU kunnat lida skada på så sätt som krävs för ingripande enligt LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande den 14 september 2015 i mål nr 3894-15 samt EU-domstolens avgörande den 4 juli 2013 i mål C-100/12). Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen även på denna grund.

**Sammanfattning**

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen. RFSU:s ansökan ska på dessa grunder avslås.

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

Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Wille Steinert.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

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 rättsutövningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.