



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-06-09
Meddelad i
Växjö

Mål nr
788-15

SÖKANDE

Staples Sweden AB, 556091-3591
Box 1777
501 17 Borås

Ombud: Advokat Thomas Berner
Advokatfirman Lindgren & von Hofsten AB
Box 3
542 21 Mariestad

MOTPART

Kalmar kommun, Upphandlingsenheten, Serviceförvaltningen
Box 611
391 26 Kalmar

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -06- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbl

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 114777

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00

Telefax
0470-255 02

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun (kommunen) har såsom ombud för och tillsammans med 40 andra upphandlande organisationer genomfört en upphandling av rengöringsmedel, städartiklar, mjukpapper, engångsartiklar m.m. (länsupphandling). Enligt tilldelningsbeslut den 24 februari 2015 har kommunen beslutat att anta det anbud som lämnats av Nybloms Papper AB. Upphandlingen genomfördes genom ett öppet förfarande enligt LOU.

Staples Sweden AB (Staples) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse ägt rum genom att Staples anbud rätteligen ska vara kvalificerat och få delta i utvärderingen.

Kommunen bestrider Staples yrkande om rättelse.

Parterna har anfört bl.a. följande.

Staples

I förfrågningsunderlaget anges att minst 95 procent av artiklarna måste offereras och vara godkända i anbudsutvärderingen. Kommunen har felaktigt bedömt egenskaper och förutsättningar i de poster som Staples angett i sitt anbud och vid en korrekt bedömning skulle produkterna godkänts med en uppfyllandegrad klart överstigande 95 procent. Staples har lämnat det lägsta anbudet och ska därför vid en korrekt handläggning erhålla tilldelningsbeslutet.

Angående position 171 för hushållspapper har Staples i sitt anbud offererat Katrin Plus 75(32) med angivna längdintervall och rullbredd och med en högre 2-lagskvalitet än den omfrågade. Offererad produkt är nyfiberbase-

rad och uppfyller och är bättre än förväntad kvalitet och utgör därmed en likvärdig produkt med uppfyllande av de tekniska specifikationerna. Kommunens syfte med kravet om returfiber utgörs av miljöskäl och att artikelns tillverkningsprocess ur en miljösynpunkt har mindre påverkan. Tillverkningsprocessen av offererad produkt uppfyller dock samtliga kriterier för Svanen-märkning, oavsett fiberkvalitet, och returfiber är därmed inte bättre ur miljösynpunkt. Vid en samlad bedömning av den totala miljöaspekten och med hänsyn till skillnaden i mängden avfall det genererar samt skillnaden i utsläpp från transporter för insamlingar av returfiber (tidningar) från hela landet eller Skandinavien innan det når fabrik gentemot transport av nyfiber från massafabrik till konverterare föreligger ingen avsevärt bättre miljöaspekt. Vid en saklig analys ska således ur miljösynpunkt rätteligen hela tillverkningsprocessen beaktas.

Angående positionerna 172 och 174 för toalettpapper har kommunen ställt krav på en rullbredd mellan 98 och 110 mm. Staples har offererat Katrin Basic 640 respektive Katrin Classic 400 båda med en rullbredd om 97 mm. En avvikelse på 1 mm är icke relevant för mjukpapper. Kravet om 98 mm gentemot 97 mm, som varit och är den bredd som Katrin torksystem har och som utnyttjats i det befintliga referenssystemet, är icke ett nödvändigt krav för att uppnå kommunens syfte med villkoret om 98 mm. Det toalettpapper Staples offererar passar i hållarna och samtliga övriga villkor är uppfyllda. De offererade produkterna är därmed rätteligen gentemot villkoren helt likvärdiga produkter. Kommunens bedömning torde även kunna anses strida mot proportionalitetsprincipen då bedömningen blir ett oproportionerligt krav utifrån syftet med villkoret om 98 mm. Att icke godkänna 97 mm torde även utgöra en konkurrensbegränsande åtgärd och gynnande av annat fabrikat.

Angående position 175 har kommunen för vägledning angivit bl.a. Katrin Classic Gigant Toalett S 2 0,68 kg. Staples har i sitt anbud offererat denna

produkt och därmed ska produkten rätteligen godkännas och kan under alla omständigheter inte bedömas på annat sätt än likvärdig och tillika godkännas.

Angående position 176 råder samma förhållande. Kommunen har angivit att produkten ska vara till Katrin Gigant dispenser och som vägledning till efterfrågad produkt angivit bl.a. Katrin Basic Gigant Toalett L 1,413 kg. Staples har i sitt anbud offererat denna produkt och därmed ska produkten rätteligen godkännas. Den kan under alla omständigheter inte bedömas på annat sätt än som likvärdig.

Kommunen har även avseende position 164 godkänt vinnande bolagets offererade produkt trots att den inte uppfyllde de mått som angavs i förfrågningsunderlaget. Kommunen har härvid funnit att det inte varit av vikt för kommunen att erhålla en produkt med de exakta mått som angivits, att inte i onödan begränsa konkurrensen och att behandla alla anbudsgivare lika. Vid en konsekvent tillämpning av dessa principer för samtliga positioner förefaller det ytterst märkligt tillika felaktigt att 97 mm eller 98 mm skulle vara av vikt för kommunen. Samma reflektion kan göras för de övriga positioner som Staples funnit skäl att hemställa om överprövning utav.

Staples lider skada till följd av de felaktiga besluten.

Kommunen

Av de artiklar Staples offererat uppfyller 13 inte förfrågningsunderlagets uttryckliga krav och de har därför inte godkänts. Staples anbud uppfyller därmed inte förfrågningsunderlagets krav om att godkända artiklar ska ha offererats på minst 95 procent av de efterfrågade positionerna. Kommunen har därför rätteligen förkastat Staples anbud helt i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. I den mån förvaltningsrätten skulle finna att det

förekommit någon brist i upphandlingen är denna brist inte av sådan art och dignitet att ett ingripande enligt 16 kap. LOU är motiverat. Om ett sådant ingripande i och för sig skulle anses motiverat har inte Staples visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunen har i anbudsspecifikationen i förfrågningsunderlaget angett de artiklar som finns i nuvarande sortiment. Det framgår dock tydligt av anbudsspecifikationen att angivandet av artiklarna i nuvarande sortiment endast är ”för vägledning”. Kommunen har inte uppställt något krav på att det är artiklarna i nuvarande sortiment eller likvärdiga produkter som ska offereras. De krav som återfinns i kolumnen ”beskrivning” utgör tvärtom en uttömmande uppräkningslista av de krav som gäller för respektive position. Dessa krav ska givetvis uppfyllas av den artikel som offereras oavsett om denna artikel är ny eller finns i nuvarande sortiment. En annan ordning skulle inte vara förenlig med LOU.

Angående position 171 är det ostridigt att den av Staples offererade artikeln är nyfiberbaserad och således inte av returfiber. Kravet på att artikeln ska vara av returfiber är således inte uppfyllt. Staples påstående att bolaget offererat en ”likvärdig” produkt som därför ska godkännas är felaktigt. En artikel av nyfiber är självfallet inte likvärdig med en artikel av returfiber alldeles oavsett om artikeln i övrigt har likvärdiga egenskaper. Om kommunen hade accepterat den offererade artikeln skulle kommunen ha agerat i strid med principerna om transparens och likabehandling. Kommunen har ställt det aktuella kravet på att artikeln ska vara av returfiber av miljöskäl. Artiklar av returfiber har, av förklarliga skäl, en avsevärt mindre negativ miljöpåverkan än artiklar av nyfiber. Det är upp till varje upphandlande myndighet att avgöra vilken typ av artiklar som myndigheten önskar anskaffa förutsatt att de krav som ställs på artikeln inte står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Angående position 172 och 174 är det ostridigt att de av Staples offererade artiklarna har en rullbredd om 97 mm. Respektive krav på att artiklarna ska ha en rullbredd i spannet 98-110 mm är således inte uppfyllda. Kommunen har ställt upp de aktuella kraven på rullbredd av två anledningar. Den första anledningen är att kommunen vill ha en artikel med viss rullbredd; egentligen en rullbredd i mitten av det aktuella spannet. Kommunen har dock valt att acceptera både mindre och större rullar för att inte i onödan begränsa konkurrensen och har därför angett ett tillåtet spann. Den andra anledningen är att offererade artiklar inte skulle vara jämförbara om kommunen hade tillåtit vilka rullbredder som helst. Det står varje tillverkare fritt att tillverka toalettrullar med en rullbredd i det aktuella spannet och det står Staples fritt att saluföra de fabrikat som Staples önskar. Det finns en rad fabrikat som saluför toalettrullar med en rullbredd i det aktuella spannet, däribland det fabrikat Staples offererat.

Angående position 175 framgår av det produktblad som Staples bifogat sitt anbud att den offererade artikeln är 2-lags och att den således inte uppfyller kravet på att vara 1-lags. Artikeln har följaktligen inte godkänts. Kommunen har på annan position efterfrågat 2-lags papper men på den nu aktuella positionen har dock 1-lags papper efterfrågats.

Angående position 176 framgår av den av Staples ifyllda anbudsspecifikationen att Staples offererat artikeln Toalettpapper Basic Gigant L 585m (6) med artikelnummer 100819 på den aktuella positionen. Den av Staples offererade produkten är inte vit utan grå, vilket torde vara ostridigt. Då den offererade produkten inte uppfyller kravet på att artikeln ska vara vit har den följaktligen inte godkänts. Om kommunen hade accepterat den offererade artikeln hade kommunen agerat i strid med principen om transparens och principen om likabehandling. Det förhållande att den artikel som Staples offererat är en av flera som finns i nuvarande sortiment innebär inte att denna artikel därmed automatiskt uppfyller de krav som ställts.

Angående position 164 var kommunens avsikt att ange ett tillåtet storleks-
spann på den aktuella artikeln. Av misstag har kommunen istället angett
exakta mått i kolumnen "beskrivning" i anbudsspecifikationen, 21,2 x 22,5
cm. Det har inte varit av vikt för kommunen att erhålla en artikel med ex-
akt det mått som angetts. Dessutom finns det kommunen veterligen endast
en artikel på marknaden som har de exakta mått som angetts. För att inte i
onödan begränsa konkurrensen har kommunen därför accepterat samtliga
offererade artiklar avseende denna position. Även den av Staples offerera-
de artikeln har accepterats trots att denna inte svarar mot de exakta mått
som angetts. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Det vinnande an-
budet har uppfyllt kravet på 95 procents godkända artiklar med god margi-
nal. I den mån det aktuella kravet hade upprätthållits hade detta således
inte inneburit att det vinnande anbudet hade förkastats. Det förhållandet att
det inte varit av vikt för kommunen att erhålla en artikel med exakta mått
innebär självfallet inte att storleken på andra artiklar inte kan vara av vikt
för kommunen.

De aktuella kraven strider inte mot proportionalitetsprincipen. Vart och ett
av de krav kommunen har ställt upp är en lämplig och effektiv åtgärd för
att nå det eftersträvade syftet. Vart och ett av kraven är vidare nödvändigt
för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekten som vart och
ett av kraven får på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker är
inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.
Det finns inte något berättigat intresse eller rättighet som inskränks genom
kraven. Kraven är objektivt utformade och missgynnar ingen viss leveran-
tör. För att kravet på 95 procents godkända artiklar ska vara uppfyllt måste
förvaltningsrätten finna att minst fyra av de ovan aktuella artiklarna skulle
ha godkänts för att kommunen ska ha handlat felaktigt. Staples har inte
visat att Staples lidit eller riskerat att lida skada ens för det fall kommunen
felaktigt skulle ha förkastats Staples anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Av sidan 12 i förfrågningsunderlaget framgår under rubriken Kommersiella villkor bl.a. följande. Minst 95 procent av artiklarna måste offereras och vara godkända i anbudsutvärderingen. Anbudsgivare som offererar mindre än 95 procent av artiklarna antas ej. Anbudsgivare som får mindre än 95 procent av artiklarna godkända antas ej.

Av förfrågningsunderlagets anbudsspecifikation framgår bl.a. följande. Produktbenämningar och storleksangivelser som anges i anbudsspecifikationen refererar till nuvarande leverantörs/tillverkares artikelnummer och fabrikat, detta för att ge anbudslämnaren en vägledning till vilka produkter som efterfrågas och förväntad kvalitet och förpackningsstorlek på efterfrå-

gade produkter. Offererade produkter ska uppfylla de egenskaper som är beskrivna i anbudsspecifikationerna och krav som framgår i förfrågningsunderlaget. Anbudsspecifikationen innehåller även en tabell av vilken framgår bl.a. följande.

Pos	Varugrupp	Beskrivning	Nuvarande sortiment (endast för vägledning)
171	Hushållspapper	Köksrulle. 2-lags. Returfiber. Vit. 20-40 m/rl. Rullbredd 20-23 cm. Godkänd för kon- takt med livsmedel.	Tork Plus Advanced hushållsrulle 0,325 kg (101245)
172	Toalettpapper	Toalettpapper. Rulle. 1-lags. Returfiber. 50- 80 m/rl. Rullbredd 98- 110 mm.	Tork Universal T4 0,147 kg (120142)
174	Toalettpapper	Toalettpapper. Rulle. 2-lags. Returfiber. Vit. 35-70 m/rl. Rullbredd 98-110 mm.	Tork Advanced T4 0,231 kg (120261)
175	Toalettpapper	Toalettpapper. Rulle. 1-lags. Returfiber. Vit. 200-300 m/rl. Till Tork Mini Jumbo T2/Katrin Gigant S dispenser.	Tork Advanced Mini Jumbo T2 0,617 kg (110163) Katrin Classic Gigant Toalett S 2 0,68 kg (106108)
176	Toalettpapper	Toalettpapper. Rulle. 1-lags. Returfiber. Vit. 450-700 m/rl. Till Tork Jumbo T1 dis- penser/Katrin Gigant L dispenser.	Tork Advanced Jumbo T1 1,285 kg (110162) Katrin Basic Gigant Toa- lett L 1,413 kg (101677)

För att Staples ska uppfylla kravet i förfrågningsunderlaget på att 95 procent av artiklarna ska vara godkända krävs att Staples kan anses uppfylla kraven för minst fyra av de fem positionerna 171, 172, 174, 175 och 176. Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget följer att de offererade produkter ska uppfylla de egenskaper som är beskrivna i anbudsspecifikationerna. Detta medför att det inte finns något utrymme för att anse att en produkt som inte uppfyller ett av kraven ändå kan anses likvärdig med en produkt som uppfyller kraven och därmed kan antas.

Angående position 171 framgår av anbudsspecifikationen att det är ett obligatoriskt krav att produkten ska vara av returfiber. Staples har gjort gällande att den produkt av nyfiber som de offererat är likvärdig vad gäller produktstandard och därför ska godtas. Då det är ostridigt att Staples produkt inte är gjord av returfiber och således inte uppfyller kravet kan produktstandard i sig inte medföra att kravet ändå ska anses uppfyllt. Även det faktum att tillverkningsprocessen för den aktuella produkten uppfyller Svanen-märkning är utan betydelse i detta sammanhang. Förvaltningsrätten anser således att den av Staples offererade produkten inte uppfyller det obligatoriska kravet på returfiber avseende denna position.

Angående positionerna 172 och 174 framgår att det för båda positionerna är ett obligatoriskt krav att rullbredden ska vara 98-110 mm. Staples har offererat produkter med en rullbredd på 97 mm för de båda positionerna och gjort gällande att en avvikelse på 1 mm inte kan anses relevant. Förvaltningsrätten konstaterar att det faktum att kommunen avseende position 164 avseende samtliga anbudsgivare har frångått det i anbudsspecifikationen ställda kravet på specifika mått inte innebär att kommunen har haft en skyldighet eller ens möjlighet att för positionerna 172 och 174 göra ett specifikt undantag för Staples anbud. Den produkt som Staples offererat kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses uppfylla kravet på en rullbredd mellan 98-110 mm för någon av positionerna 172 och 174.

Angående position 175 framgår att det är ett obligatoriskt krav att den offererade artikeln ska vara 1-lags papper. Såvitt framkommit är den av Staples offererade produkten 2-lags papper och den kan därför enligt förvaltningsrättens mening inte anses uppfylla det obligatoriska kravet.

Angående position 176 konstaterar förvaltningsrätten att kommunen har angett produkten Katrin Basic Gigant Toalett L 1,413 kg som vägledning till efterfrågad produkt och att det i beskrivningen ställs krav på att den offererade produkten ska vara vit. Såvitt framkommit har Staples visserligen offererat en av de produkter som kommunen angett som vägledning dock med grå färg. Det är inte tillräckligt att produkten i övrigt är identisk med den produkt som i förfrågningsunderlaget anges som vägledning för att produkten ska kunna anses uppfylla kravet på att offererad produkt ska vara vit. Den av Staples offererade produkten kan därför inte anses uppfylla de krav som anges i anbudsspecifikationen angående denna position.

Då anledning därmed inte framkommit att göra annan bedömning än att Staples fått mindre än 95 procent av artiklarna godkända har kommunen haft fog för att diskvalificera anbudet från Staples. Förvaltningsrätten anser inte heller att det framkommit att något av kraven strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Skäl för att ingripa mot upphandlingen föreligger således inte. Staples ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Maria Dahlqvist

Föredragande: Victor Ericsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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 rättstillämpningen 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.