
**LÄNSRÄTTEN I  
BLEKINGE LÄN**

L-M Nilsson

**DOM**  
2009-04-27  
Meddelad i  
Karlskrona
Mål nr  
272-09

<b>KONKURRENSVERNET</b>	
<b>2009-04-28</b>	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>Doss</b>	<b>Aktbil</b>

**SÖKANDE**

LifeScan Johnson & Johnson AB, 556063-2514  
Staffans väg 2  
191 84 Sollentuna

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsdotter Forssell och Elisabeth Legnerfält  
samt jur.kand. Kristian Pedersen  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Landstinget Blekinge, 232100-0081  
Landstingsservice, Koncernupphandling  
371 81 Karlskrona

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut den 13 mars 2009 upphör därmed att gälla även i resterande delar, dvs. såvitt avser Glukosmätare Standard och Glukosmätare Avancerad.

Dok.Id 26901

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
Box 516	Rådhuset, Stortorget	0455-33 54 50	0455-215 80	måndag – fredag
371 23 Karlskrona		<b>E-post:</b> lansratteniblekinge@dom.se		08:00-16:30

### BAKGRUND

Lifescan Johnson & Johnson AB (Bolaget) har hos länsrätten ansökt om överprövning av Landstinget Blekinges (Landstinget) upphandling av diabeteshjälpmedel (Dnr 2008/0126) såvitt gäller Glukosmätare Standard och Glukosmätare Avancerad. – Ytterligare en leverantör har hos länsrätten ansökt om överprövning av nämnda upphandling, dock såvitt avser Glukosmätare med kassetter.

Länsrätten har den 13 mars 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas såvitt gäller Glukosmätare Standard och Glukosmätare Avancerad samt Glukosmätare med kassetter.

Upplysningsvis kan nämnas att länsrätten genom dom den 9 april 2009 (mål nr 368-09) förordnat att aktuell upphandling ska göras om såvitt gäller Glukosmätare med kassetter.

### YRKANDEN

Bolaget yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen görs om såvitt avser Glukosmätare Standard och Glukosmätare Avancerad.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

### PARTERNAS TALAN

Bolaget anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Landstinget har genom uppställt skall-krav för blodglukosmätarna i kategorin standardmätare och avancerade mätare brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Landstingets agerande har medfört att bolaget lidit, eller i vart fall riskerat lida, skada. Påtalade brister är hänförliga till förfrågningsunderlagets utformning och avser således upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om. – Landstinget har vidare ändrat och

dragit bort andra uppställda skall-krav. Ställda skall-krav får inte ändras, läggas till eller dras bort; i så fall måste Landstinget avbryta upphandlingen och göra om den. – Landstinget har den 21 november 2008 bjudit in till anbudsgivning avseende diabeteshjälpmedel. Anbud kunde lämnas för hela eller delar av leveransen. Ett av de skall-krav som ställdes på aktuella glukosmätare var att blodmängden ska vara max 0,6 mikroliter. Bolaget försökte innan anbudstiden löpte ut få Landstinget att frånfalla detta oproportionerliga och diskriminerande skall-krav. Landstinget valde dock att bibehålla kravet ifråga. Bolaget var således förhindrat att lämna anbud i upphandlingen. – Skall-kravet är oproportionerligt eftersom det inte finns något medicinskt skäl för det. Landstingets syfte med att uppställa kravet får antas vara att minska användarnas obehag genom att möjliggöra mätning med minsta möjliga blodmängd. Vid de volymer som är i fråga saknar det dock betydelse för användarna om den blodmängd som de offererade produkterna kräver ligger över eller under den i skall-kravet angivna blodmängden. Detta eftersom de blodmängder som normalt sett mäts knappt är synbara, än mindre kännbara för närmare 95 % av användarna. Det är inte heller med blotta ögat möjligt att se någon skillnad mellan 0,6 mikroliter och t.ex. 1 mikroliter blod. Vidare gäller att det är näst intill omöjligt att begränsa blodmängden vid stick till en så liten blodmängd som 0,6 mikroliter. Kravet saknar således medicinsk relevans och är därför inte en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det faktum att tre leverantörer har produkter som klarar krav på 0,3 mikroliter innebär inte att det aktuella skall-kravet är proportionerligt. – Bolaget menar att ett alternativt och medicinskt mer relevant krav istället vore en gräns på 1 mikroliter, vilket vore fullt tillräckligt för att uppnå Landstingets syfte att minska användarnas obehag, samtidigt som fler leverantörer skulle ges möjlighet att lämna anbud. Det finns således en mindre ingripande åtgärd som skulle vara lika effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. I sammanhanget bör också framhållas att inget annat landsting ansett sig ha något behov av att tillämpa ett skall-krav som det nu aktuella. Sammanfatt-

ningsvis anser bolaget således att det angivna skall-kravet är klart opropor-tionerligt i förhållande till det eftersträvade syftet, eftersom dess praktiska effekt är en påtaglig snedvridning av förutsättningarna för konkurrens på lika villkor i upphandlingen. Kravet missgynnar utan objektivt godtagbara skäl vissa leverantörer, bl.a. bolaget, och står därmed också i strid med likabehandlingsprincipen. – Genom tilldelningsbeslutet är visat att Lands-tinget inte utnyttjat den konkurrens som finns på marknaden. För kategorin standardmätare har inkommit endast två anbud och för avancerade mätare endast tre. Normalt inkommer betydligt fler anbud i upphandlingar av dia-beteshjälpmedel. Det är således tydligt att det finns fler krav som är ute-stängande i upphandlingen än det som bolaget påtalat. Landstingets jämfö-relse med medelantalet leverantörer för andra medicintekniska utrustning-ar, saknar helt relevans i målet, då det handlar om ett stort antal vitt skilda produkter. – Vad gäller ändrade skall-krav, har Landstinget anfört att gjor-da förändringar inneburit en förbättring för bolaget. Dessa påstådda för-bättringar har emellertid inte kommit bolaget till del, eftersom bolaget helt utestängts från att lämna anbud i upphandlingen. I enlighet med likabe-handlings- och transparensprinciperna ska därför upphandlingen göras om.

Landstinget anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Det faktum att alla produkter på marknaden inte klarar uppställda krav, innebär varken att kraven är opropor-tionerliga eller att de strider mot likabehandlingsprinci-pen. – Inför genomförandet av upphandlingen och utformningen av krav-specifikationen, bjöd Landstinget under våren 2008 in samtliga på markna-den kända leverantörer att presentera sina produkter inför en arbetsgrupp. Syftet med mötet var att bilda sig en uppfattning om vad marknaden kunde erbjuda i form av funktionalitet och kvalitet. Härfter sammanställdes upp-gifterna och leverantörerna fick möjlighet att göra justeringar m.m. Däref-ter gjordes en slutlig sammanställning som sedan låg till grund för aktuell kravs-specifikation. – Landstinget har vid utformning av skall-kraven gjort en medveten avvägning av behoven och vad marknaden kan erbjuda. Bo-

laget valde att avstå att inkomma med anbud, då det helt korrekt gjorde bedömningen att dess produkter inte uppfyllde de skall-krav som uppställt. Bolaget har dock inte lidit eller riskerat lida skada eftersom aktuellt skall-krav varken är oproportionerligt eller strider mot likabehandlingsprincipen. En stor anledning till att produktutveckling generellt sker, är att kunderna flyttar fram kravnivån utifrån patientens behov och önskemål. – Såväl arbetsgruppen som patientföreningen har gjort bedömningen att kravet på liten blodmängd är en av de funktioner som bedöms prioriterade utifrån patientbehovet. Syftet med kravet är att minska användarnas obehag genom att möjliggöra mätning med minsta möjliga blodmängd. Däremot stämmer det inte alls att blodmängden skulle sakna betydelse eller att det inte är möjligt att se skillnaden. För användare som lider av diabetes är blodmängden och djup på stick ett obehag som man försöker minska så mycket som möjligt. Det är en viktig aspekt för Landstinget och även för leverantörerna. Ett flertal av mätarna klarar i dag kravet. Tre leverantörer har produkter som klarar krav på 0,3 mikroliter. Hade inte blodmängden varit högst relevant, hade naturligtvis inte utvecklingen heller lett dit. Landstinget gjorde därför ett medvetet val att lägga den absoluta nivån vid 0,6 mikroliter. Utifrån marknaden är detta en relevant nivå som är proportionerlig och det finns tillräckligt med produkter som uppfyller kravet, samtidigt som syftet att minska patientsobehaget uppnås. – Landstinget har under upphandlingens gång ändrat/dragit bort uppställda skall-krav. Förändringarna gjordes dock under anbudstiden och samtliga som hade beställt förfrågningsunderlaget erhöll information om förändringarna. Det förelåg därför ingen risk för att presumtiva leverantörer skulle avhålla sig från att inge anbud. Anbudstiden förlängdes vidare till en total anbudstid om 66 dagar istället för minimum om 40 dagar. Vidare innebar förändringarna av kraven en förbättring av förutsättningarna för leverantörerna, inklusive bolaget, varför förändringarna inte inneburit någon risk för bolaget att lida skada.

### UTREDNING

I förfrågningsunderlaget anges att underlaget innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav) och att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas, är att dessa krav är uppfyllda (jfr avsnitt 1.2.2.).

För i målet aktuella kategorier Glukosmätare Standard och Glukosmätare Avancerad uppställs vidare i kravspecifikationen ett skall-krav om att blodmängden **skall** vara max 0,6 mikroliter (jfr avsnitt 2.2).

Vidare har för samma kategorier uppställts skall-krav om att hållbarhetstiden **skall** vara minst 6 månader för bruten 25 förpackning (jfr avsnitt 2.2).

### DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 2 § samma kapitel framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och

vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. – I huvudsak är det tre rekvisit som ska beaktas vid bedömningen av om ett krav strider mot proportionalitetsprincipen; för det första om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, för det andra om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet (dvs. att det inte finns något mindre ingripande alternativ) och för det tredje om åtgärdens negativa effekt är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 13 januari 2009, mål nr 8457-08, och Kammarrättens i Jönköping dom den 26 juni 2008, mål nr 568--570-08).

Likabehandlingsprincipen syftar, förutom allmänna rättssäkerhetsskäl, till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppkommer. Upphandlingen får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt. Hänsyn måste därvid tas även till leverantörer som valt att inte lämna anbud.

– Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet. Principen innebär bl.a. att förfrågningsunderlag ska utformas så tydligt att leverantörerna vet vad den upphandlande myndigheten efterfrågar (jfr RÅ 2002 ref. 50, prop. 2006/07:128 s. 154 ff., Kammarrättens i Jönköping dom den 28 augusti 2008, mål nr 2016-08, samt Kammarrättens i Jönköping dom den 5 november 2007, mål nr 2600-07).

Länsrätten gör följande bedömning.

#### *Frågan i målet*

Frågan i målet är i första hand om Landstingets skall-krav avseende blodmängd för Glukosmätare Standard och Glukosmätare Avancerad står i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om proportionalitet och likabe-

handling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Vidare är frågan om Landstingets ändring av skall-krav varit oförenlig med den upphandlingsrättsliga regleringen. Avslutningsvis är frågan om bolaget lidit – eller riskerat lida – skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU.

#### *Bevisbörda*

Såväl LOU som bakomliggande EG-direktiv reglerar i första hand själva upphandlingsförfarandet. Den upphandlingsrättsliga regleringen innehåller således i princip inte några bestämmelser om nivån på de krav som får ställas, vare sig på leverantören eller varan/tjänsten. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får i stället avgöras med tillämpning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, bl.a. proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.

Härvid kan konstateras att krav som utesluter samtliga potentiella leverantörer utom en i regel inte kan vara förenliga med LOU och kraven på proportionalitet och likabehandling och på att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. I en sådan situation torde det därför – efter ett påstående om motsatsen – åligga den upphandlande myndigheten att visa att kraven är förenliga med LOU.

I förevarande mål är det ostridigt att ett antal leverantörer klarar det aktuella uppställda skall-kravet om blodmängd och att tre leverantörer klarar ett än strängare krav. Vidare har såväl vad gäller kategorin standardmätare som avancerad mätare inkommit fler anbud än ett. I en sådan situation måste det ankomma på sökanden att visa att krav som utestängt leverantör inte är förenligt med LOU.



*Skall-krav, proportionalitet och likabehandling*

I målet är ostridigt att Landstingets syfte med aktuellt skall-krav om blodmängd – att begränsa användarnas obehag – i och för sig som sådant är relevant. Frågan blir därmed om kravet i förhållande till syftet är lämpligt och effektivt, nödvändigt samt proportionerligt (proportionalitetsprincipen) och om kravet innebär någon form av negativ särbehandling av leverantörer (likabehandlingsprincipen).

Enligt länsrätten kan den omständighet att aktuellt krav utestänger ett antal leverantörer inte i sig innebära att kravet är oförenligt med proportionalitets- eller likabehandlingsprincipen. Detsamma gäller bolagets påstående om att kravet i fråga inte brukar uppställas i upphandlingar av nu aktuellt slag. – Vidare har Landstinget framhållit att kravet är förenligt med principerna i fråga och hänvisat till bl.a. genomförd marknadsundersökning samt till arbetsgrupp och patientförening. Vidare har hänvisats till att ett flertal leverantörer faktiskt kan uppfylla kravet i fråga och att utvecklingen inte hade lett dit om inte blodmängden varit relevant. Häremot har bolaget invänt att kravet saknar medicinsk relevans, främst då volymskillnaden inte skulle vara vare sig synbar eller kännbar för användarna. Bolaget har dock inte åberopat någon utredning till stöd härför. Bolaget har vidare hänvisat bl.a. till två andra upphandlingar av diabeteshjälpmedel, i vilka ett större antal anbud inkommit än i den nu aktuella. Enligt länsrätten kan dock inte med säkerhet utläsas att det större antalet anbud skulle vara en direkt konsekvens av att skall-krav liknande det nu aktuella inte uppställdes i de upphandlingarna.

Mot bakgrund av det nu anförda finner länsrätten vid en samlad bedömning att bolaget inte visat att skall-kravet strider mot vare sig proportionalitets- eller likabehandlingsprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU.

*Ändring av skall-krav och skada*

Inledningsvis kan anmärkas att bolaget i anslutning till påstående om skada hänvisat till visst förarbetsuttalande till den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Att den som påstår sig ha lidit – eller riskerat lida – skada har talerätt, dvs. en rätt att få sin ansökan om överprövning prövad i sak, torde det dock inte råda något tvivel om (jfr 16 kap. 1 § LOU). För bifall till en ansökan och ett förordnande om antingen rättelse eller att upphandlingen ska göras om, krävs dock att det framkommit att sökanden lidit – eller riskerat lida – skada och inte endast ett påstående därom, i vart fall i situationer som den förevarande där påståendet bestrids av den upphandlande myndigheten.

Länsrätten har ovan funnit att det inte visats att det aktuella skall-kravet om blodmängd skulle strida mot de gemenskapsrättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Att kravet inneburit att bolaget inte kunnat lämna anbud i upphandlingen och således utestängts från den, utgör således ingen skada – eller risk för skada – för bolaget i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU.

Bolaget har vidare anfört att ett av skall-kraven i upphandlingen (mängden teststickor per förpackning) ändrats i strid med tillämpliga principer. Länsrätten konstaterar härvid att en upphandlande myndighet som regel – enligt såväl likabehandlings- som transparensprincipen – är förhindrad att frånfalla, ändra eller lägga till skall-krav, i vart fall om det medför en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Landstinget har dock anfört att ändringen i fråga betingades av att varken bolaget eller övriga leverantörer hade förpackningar godkända för försäljning i enlighet med kravet i fråga. Uppgiften har inte bestritts av bolaget. Att bolaget p.g.a. ett annat skall-krav (jfr ovan) utestängts från upphand-

lingen och av det skälet inte fått någon fördel av det ändrade skall-kravet, innebär inte att bolaget lidit eller riskerat lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU.

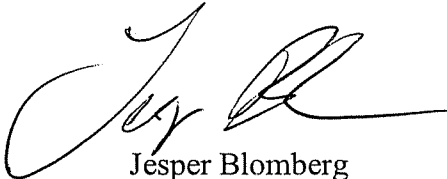
Vad slutligen gäller bolagets uppgift om att det i upphandlingen finns fler utestängande krav än de som bolaget påtalat – vilket enligt bolaget framgår främst av att få antal anbud inkommit samt att ytterligare en ansökan om överprövning skett – kan endast konstateras att bolaget inte preciserat vare sig uppgiften eller hur bolaget skadats eller riskerat lida skada härav (jfr bl.a. Kammarrättens i Jönköping beslut den 26 februari 2008, mål nr 3831-07).

#### *Sammanfattning*

Med anledning av vad som nu nämnts finner länsrätten att vad bolaget anfört inte innebär att Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag på sätt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU. Skäl att bifalla ansökan saknas därmed, varför den ska avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1d).

Länsrätten anmärker att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.



Jesper Blomberg





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

