

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

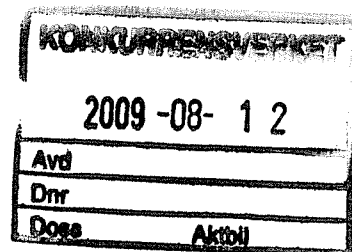
DOM
2009-08-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10378-09
Rotel 553

SÖKANDE

Nestlé Sverige AB, 556578-0722

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm



MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: landstingsjuristen Carina Sandin
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 22 maj 2009 och den 5 juni 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 434885

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har med öppet förfarande genomfört en upphandling av tillbehör till enteral nutritionspump, objekt SLL 981, för användande inom primär- och sekundärvård.

SLL har i tilldelningsbeslut genom delegation den 12 maj 2009 meddelat att man såvitt avser efterfrågat sortiment Del A antagit ett annat anbud än anbudet från Nestlé Sverige AB (Nestlé).

Nestlé ansöker länsrätten ansökt om överprövning enligt LOU. Länsrätten har den 22 maj och den 5 juni 2009 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Nestlé yrkar att länsrätten ska besluta att Del A i upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Nestlé i huvudsak följande. Skall-kravet i punkt 1.9 i anbudsinbjudan, att tillhandahållande av enteral nutritionspump ska ingå i priset för aggregat med pumpslinga, gynnar bolaget Fresenius Kabi AB (Kabi) som är befintlig leverantör av sondmatningsaggregat, universalkoppling, ett tjugotal kosttillskott, två sonder samt tio sondnäringar. Övriga potentiella anbudsgivare missgynnas genom detta skall-krav på ett otillbörligt sätt i strid mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU, vilket medför att Nestlé kan komma att lida skada.

Att utforma förfrågningsunderlaget på så sätt att en viss leverantör diskrimineras är varken förenligt med gemenskapsrättens grundläggande principer eller LOU vilket framgår av Kammarrättens i Jönköping dom av den 20 juli 2007 (mål nr 1628-07, 1629-07 samt 1827-07). En upphandlande myndighet får inte heller gynna en viss leverantör, t.ex. genom diskriminerande krav. Som framgår av punkt 1.9 i anbudsinbjudan ska i priset för aggregat med pumpslinga ingå tillhandahållande av enteral nutritionspump inklusive service, underhåll m.m. Inköpspris för en enteral nutritionspump

som uppfyller kraven i avsnitt 2.2 i kravspecifikationen är cirka 4 500 kr. Detta innebär att enbart anskaffningen av nutritionspumpar (cirka 800 pumpar, jfr punkt 1.1 i anbudsinvjudan) kommer att uppgå totalt till cirka 3,6 miljoner kr eller 1,8 miljoner kr per år för den anbudsgivare som inte är befintlig leverantör, d.v.s. Kabi. SLL avropade under år 2007 tillbehör till enterala nutritionspumpar för drygt 2,7 miljoner kr, vilket innebär att enbart anskaffningskostnaden kan antas uppgå till 67 % av det belopp som SLL kan förväntas avropa tillbehör för under avtalsperioden. Av detta följer att av det pris för aggregat med pumpslinga som offereras av anbudsgivare som inte är befintlig leverantör kommer en stor del att härröra från kostnader för frakt av pumpar till SLL och utbildning av dem som ska använda pumparna.

Kabi är befintlig leverantör till SLL av såväl vissa sondmatningsaggregat som näringspreparat, och har så varit sedan år 2004. Enterala nutritionspumpar har under denna period inte separat upphandlats. Kabi har tillgång till ett mycket stort antal nutritionspumpar som ägs av dem och som finns utplacerade för bruk hos SLL. Aktuell typ av nutritionspump har en livslängd på cirka tio år och Kabis pumpar har nu använts av SLL under cirka fem år. Kabi har ingen anskaffningskostnad alls för nutritionspumparna och inte heller för frakt- eller utbildningskostnader. Det sagda innebär att offererat pris för aggregat med pumpslinga blir avsevärt högre för Nestlé och övriga anbudsgivare än för Kabi.

Att uppställa krav som på detta sätt uppenbart gynnar befintlig leverantör innebär en snedvridning av konkurrensen avseende Del A i upphandlingen och påverkar det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Det kan antas att vissa potentiella leverantörer inte ansett det värt att inkomma med anbud i Del A på grund av detta. Vidare blir det i princip omöjligt för någon annan än Kabi att vinna Del A. Till stöd för sin ansökan åberopar bolaget domar från Kammarrätten i Stockholms av den 28 februari 2005

(mål nr 7876-04) och den 25 november 2004 (mål nr 5351-04) och från Kammarrätten i Göteborg den 26 april 2004 (mål nr 622-04).

SLL, som bestrider bifall till ansökan, yrkar att i det fall länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras, beslutet ska endast gälla den i målet aktuella Del A. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt och SLL har inte på något sätt brutit mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer. Nestlé har inte heller lidit någon skada. Det föreligger därför vare sig skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap. LOU eller för ett interimistiskt beslut.

Under år 2003 upphandlades näringspreparat med tillbehör för perioden den 1 maj 2004 - den 30 april 2006 med option om förlängning med upp till två år. Kabi antogs i upphandlingen som en av flera leverantörer av sondmatningsaggregat. De antagna leverantörerna tillhandahöll, som ett lån till SLL, enterala nutritionspumpar som passade ihop med resp. sondmatningsaggregat. Därefter genomfördes en ny upphandling av näringspreparat med tillbehör under år 2007. De delar som ingår i den nu aktuella upphandlingen ingick i den tidigare upphandlingen. Den 4 februari 2008 beslutade SLL att avbryta den del av upphandlingen som avsåg:

- Infusionsset, sondmatningsaggregat med pumpslinga, pos.nr 3, 4,
- Infusionsset, sondmatningsaggregat, tillbehör, väska, pos.nr 13,
- Infusionsset, sondmatningsaggregat, tillbehör, övriga ej specificerade tillbehör, pos.nr 14, i avsikt att göra en ny upphandling.

Skälet för detta var att offererade enterala nutritionspumpar under pos.nr. 3 och 4 inte uppfyllde lägst ställda krav avseende laddningstid, droppfrekvens och vikt. Det kan konstateras att nuvarande leverantörers pumpar, i likhet med övriga anbudsgivares, inte uppfyllde de ställda kraven i förfrågningsunderlaget. Den nu aktuella upphandlingen är den nya upphandlingen och skälet till att näringspreparatet inte ingår är att denna del avslutades i den tidigare upphandlingen. Avtalstiden är fastställd för att

vara synkroniserad med ny kommande upphandling av näringspreparat med tillbehör.

I punkten 1.9 i anbudsinbjudan anges att i priset för aggregat med pump-slinga ska tillhandahållande av enteral nutritionspump (inklusive service, underhåll m.m.) ingå. Tillhandahållandet hör således samman med köp av tillbehör till pumparna som, i likhet med tidigare upphandlingar, ska tillhandahållas som ett lån av leverantörerna. För resp. leverantörs sondmatningsaggregat krävs att samma leverantörs enterala nutritionspump används. I Nestlés lånevillkor anges att pumpens funktion endast garanteras om den används med Nestlé HealthCare Nutritions sondmatningsaggregat. Vidare anges att användande av andra aggregat kan resultera i felaktig näringstillförsel samt utgöra en risk för patienten. I bruksanvisning för Kabis pumpar anges bl.a. att pumpen endast får användas med därför avsett Fresenius Kabi sondmatningsaggregat för att en felaktig näringstillförsel ska kunna uteslutas. Således är en upphandling av enbart sondmatningsaggregat utan tillhörande enteral nutritionspump inte möjlig. Nestlés inställning att tillhandahållande av enterala nutritionspumpar inte ska ingå i priset är svår att förstå eftersom det inte finns något behov av sondmatningsaggregat utan tillhörande pump som kan användas till aggregatet.

Vid en mängd olika upphandlingar, exempelvis busstrafik och vårdupphandlingar, har de nuvarande leverantörerna konkurrensfördelar. Beträffande de i målet aktuella pumparna har nuvarande leverantör en fördel av att redan ha pumpar. Dock kan övriga potentiella anbudsgivares pumpar, som ska tillhandahållas, vara begagnade. Exempelvis skulle pumpar som använts i andra landsting kunna användas. Sålunda har skillnader i förutsättningarna mellan nuvarande och potentiell leverantör reducerats i möjligaste mån. De kvarvarande skillnaderna är omöjliga att eliminera helt och konkurrensfördelarna är därför såväl naturliga som godtagbara.

I upphandlingen har Nestlé inte uppfyllt kvalificeringskraven och således inte gått vidare för prövning och utvärdering av anbud. De krav som inte uppfyllts är dels att anbudet inte är undertecknat, dels att Nestlé har ovanligt låga resp. negativa nyckeltal utifrån branschgenomsnittet och/eller negativt resultat utan att någon förklaring till detta har lämnats så att det ändå skulle anses klarlagt att Nestlé har en stabil ekonomisk ställning. Med hänsyn till detta har det aktuella skall-kravet inte medfört att Nestlé lidit skada.

Nestlé anför i genmäle i huvudsak följande. Påståendet att nutritionspumparna tillhandahålls som ett lån är felaktigt. Av punkten 1.9 i anbuds-
inbjudan framgår att i priset ska tillhandahållande av pumpar ingå, detta är inte detsamma som ett lån, utan innebär att det pris som satts även ska innefatta kostnader för tillhandahållandet av pumparna. Det är märkligt att SLL anför att en upphandling av enbart sondmatningsaggregat utan tillhörande pumpar inte är möjlig att göra. Faktum är att i den aktuella upphandlingen är det endast sondmatningsaggregaten som är upphandlingsobjekt. Upphandlingen har däremot gjorts beroende av tillgången till nutritionspumpar, vilket innebär en fördel för befintlig leverantör i strid med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Det mest naturliga hade varit att köpa in nutritionspumparna eftersom dessa är huvudprodukten och aggregaten endast tillbehör. Vid sådant förhållande hade det förelegat förutsättningar för att genomföra upphandlingen utan otillbörliga fördelar för den befintliga leverantören. Ett exempel på detta är Västra Götalands landsting, som valt att upphandla köp av nutritionspumpar med skall-kravet att aggregat ska ingå som tillbehör. Det är ostridigt att Kabi har en konkurrensfördel i det att Kabi har sina pumpar utplacerade hemma hos patienter och på sjukhusen inom SLL. Påståendet att andra anbudsgivare kan använda sig av begagnade pumpar visar att SLL inte förstått hur denna marknad fungerar. Nestlé och övriga aktörer har inte tillgång till något lager av begagnade pumpar utan måste tillhandahålla nya pumpar. Det krävs dessutom ett mycket stort antal pum-

par för att klara hela det åtagande som upphandlingen innebär. Det är ytterst osannolikt att begagnade pumpar, som använts inom ett annat landsting skulle bli tillgängliga precis i tid för att kunna användas i denna upphandling. Oavsett detta har det inte någon betydelse för skall-kravets oförenlighet med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. SLL har således inte gjort någonting för att reducera skillnaderna i förutsättningarna mellan nuvarande och potentiell leverantör. Tvärtom har SLL genom utformningen av anbudsinvitan befestat dessa skillnader och skapat en fördel för Kabi. Avseende skadebegreppet är det tillräckligt att Nestlé kan komma att lida skada. Det är dessutom felaktigt att det skulle vara nödvändigt att uppfylla skall-kraven i upphandlingen för att åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU ska komma ifråga. Nestlé åberopar bl.a. dåvarande Nämndens för offentlig upphandling kommentar till dom från Länsrätten i Älvsborgs län (mål nr 3066-95), Kammarrättens i Göteborg domar den 9 februari 2006 (mål nr 666-06) och den 5 juni 2007 (mål nr 641-07), Kammarrättens i Jönköping domar den 18 december 2001 (mål nr 3371-01) och den 30 juni 2004 (mål nr 1101-04).

SLL anför avslutningsvis bl.a. följande. Enligt Nestlé hade det mest naturliga varit att köpa in nutritionspumparna med aggregaten som tillhör. Alternativet att äga pumparna skulle innebära att efter avtalsperiodens slut skulle SLL ha pumpar där endast de aktuella pumparnas leverantör skulle kunna leverera sondmatningsaggregat. Om pumparnas livslängd är, som Nestlé anför, tio år så skulle det innebära att SLL även är hänvisad till att köpa aggregat från pumpleverantören i tio år. Detta skulle vara i strid med LOU och ekonomiskt ofördelaktigt för SLL. Ovan nämnda skulle gälla om krav ställts på att pumparna skulle vara nya. Om anbudsgivarna kunde offerera begagnade pumpar skulle en nuvarande leverantör som har pumpar utplacerade inom SLL ha samma fördel som i den aktuella upphandlingen. Att Västra Götalands läns landsting har valt att göra sin upphandling på ett annat sätt innebär inte att den aktuella upphandlingen är

felaktig. SLL och andra landsting har under många års tid genomfört upphandlingar på det aktuella sättet. Nestlé tillhandahåller i dagsläget pumpar som lån till bl.a. SLL och har för närvarande 146 pumpar utlånade inom SLL. Om Nestlé haft invändningar mot sättet att genomföra upphandlingen borde de ha ansökt om överprövning på ett tidigare stadium i stället för att invänta resultatet av upphandlingen. I upphandlingen har varje anbudsgivare haft möjlighet att erbjuda begagnad pumpspark för utlåning som alternativ till nya pumpar. Det har varit upp till varje anbudsgivare att göra en affärsmässig utvärdering över tid av vilket alternativ som är bäst för dem. Beroende på avtalstid och pumparnas ålder kan valet mellan nya och begagnade pumpar vara ett nollsummespel. Vid en viss brytpunkt blir det på grund av underhåll och service mer ekonomiskt att leverera nya pumpar. Nestlé anser tydligen att kvalifikationskraven hade kunnat uppfyllas om de påstådda bristerna inte förelegat. Om en leverantör som inte uppfyller kvalifikationskraven skulle kunna anses lida skada eller riskera att lida skada skulle överprövningen förvandlas till en form av laglighetsprövning enligt kommunallagen. De anförda bristerna i upphandlingen har inte något som helst samband med att Nestlé inte uppfyllt kvalifikationskraven och kan således inte medföra att Nestlé lidit eller riskerar att lida skada. De av Nestlé anförda rättsfallen i denna del är inte relevanta då kvalifikationskraven i dessa upphandlingar uppfyllts av anbudsgivaren.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att

upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen

I punkt 1.9 av förfrågningsunderlaget (dess anbudsinvitan) anges bl.a. följande. Anbudspriser **skall** anges i svenska kronor (SEK) exklusive mervärdesskatt och inkludera samtliga kostnader för åtaganden enligt detta förfrågningsunderlag. I priset för aggregat med pumpslina **skall** tillhandahållande av enteral nutritionspump (inklusive service, underhåll m.m.) ingå.

Av punkten 1.16 "Prövning och utvärdering av anbud" framgår bl.a. följande. Det anbud som har lägst pris för Del A respektive Del B kommer att antas.

Länsrättens bedömning

Frågan i målet är om SLL genom att utforma punkten 1.9 i förfrågningsunderlaget på det aktuella sättet kommit att särbehandla befintlig leverantör på ett, för övriga potentiella anbudsgivare, diskriminerande sätt som är i strid med likabehandlingsprincipen och därmed 1 kap. 9 § LOU.

Nestlé har i sin ansökan om överprövning anfört att SLL brutit mot likabehandlingsprincipen genom att punkten 1.9 utformats på så sätt att Kabi, som befintlig leverantör av enterala nutritionspumpar, erhållit en för dem fördelaktig ställning som medför att det är omöjligt för någon annan leverantör att vinna denna del av upphandlingen.

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt, exempelvis måste alla få ta del av samma information som är relevant för upphandlingen vid samma tillfälle. En upp-

handlande myndighet får inte heller gynna eller missgynna vissa leverantörer genom att ställa exempelvis diskriminerande krav. Detta kan bl.a. innebära att en konsult, som hjälpt till vid utformningen av förfrågningsunderlaget, är förhindrad att i ett senare skede biträda en av de potentiella leverantörerna då han besitter kunskap som ger otillbörliga fördelar.

Av utredningen i målet framgår att leverantörerna av upphandlade tillbehör inte kan garantera en korrekt tillförsel av näringsämnen till den tänkta patienten om aggregaten med pumpslinga inte används tillsammans med resp. leverantörs egna enterala nutritionspumpar. Användande av en leverantörs aggregat med en annan leverantörs enterala nutritionspump skulle således eventuellt komma att medföra risk för patientsäkerheten. Mot bakgrund av detta får det anses rimligt och proportionellt av SLL att i samband med upphandlandet av tillbehör till enterala nutritionspumpar se till att man även erhåller pumpar, som är anpassade till de tillbehör som vinnande anbudsgivare tillhandahåller.

Nestlé anför genom kopplingen till egna pumpar att Kabi ges en snedvridande marknadsfördel i det att de redan har ett större antal pumpar utplacerade inom SLL och att de därmed inte behöver redovisa någon anskaffningskostnad i priset för tillbehör samt tillhandahållande av lånepumpar.

Länsrätten delar Nestlés uppfattning att det är förenat med en kostnad att införskaffa pumpar, som matchar tillbehören samt att Kabi inte i lika stor utsträckning har att bära en sådan kostnad på grund av tidigare inköp av enterala nutritionspumpar. Emellertid kan enbart det förhållandet att en leverantör, i motsats till andra potentiella leverantörer, besitter den kunskap eller innehar de varor eller tjänster som efterfrågas vid tidpunkten för upphandlingen, inte i sig anses medföra att det föreligger ett otillåtet gynnande av den leverantören i strid med likabehandlingsprincipen. Detta

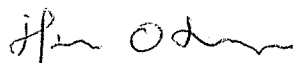
under förutsättning att alla leverantörer utifrån det ställda kravet behandlas lika.

Inte heller får det någon betydelse i vilken upplåtelseform som tillhandahållandet av pumpar sker då det faktiska förhållandet att Kabi redan har ett antal pumpar att tillhandahålla utan anskaffningskostnad kvarstår oavsett upplåtelseform. Ett möjligt alternativ som lyfts fram är att kostnaden för tillhandahållandet av pumpar inte ska tas med i priset rörande tillbehören. Dock får det anses som högst troligt att en potentiell leverantör kommer att vilja få någon sorts ersättning för den anskaffningskostnad som denne har haft för att införskaffa de nödvändiga pumparna. Att inte redovisa dessa i priset som ligger till grund för utvärderingen av upphandlingsanbudena kan inte anses tillfredsställande då det skulle medföra förtäckta kostnader för upphandlande myndighet och således kunna leda till att anbud som i praktiken inte är det mest fördelaktiga kan komma att antas.

Därutöver skulle det förhållandet att Kabi inte skulle få tillgodoräkna sig tidigare gjorda investeringar i sig kunna anses utgöra en snedvridning av den befintliga marknadskonkurrensen i det att andra potentiella leverantörer, som inte har samma befintliga möjlighet att tillhandahålla pumpar, hamnar i samma ställning som Kabi och därmed får sina anskaffningskostnader mer eller mindre subventionerade vid utvärderingen av upphandlingen.

Mot bakgrund av det ovan redovisade finner länsrätten att SLL genom att utforma upphandlingen avseende Del A på aktuellt sätt inte brutit mot lika-behandlingsprincipen eller mot 1 kap. 9 § LOU. Skäl för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således inte. Överklagandet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)


Hans O Larsson

Rådman

Handläggare har varit länsrättsnotarien Mattias Berger.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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, anledning förekommer till ändring i det slut var till 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.

