



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Jönköping
 Ulf Nordberg

DOM
 2010-04-12
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 518-10 E
 Rotel 1:4

KONKURRERENS	
2010-04-14	
Avd	
Dir	
Dges	Aktbil

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia AB, 556067-8194
 161 26 Bromma

Ombud: Advokaten Sascha Schaeferdiek och Jur. kand. Marie Hedelin
 G Grönberg Advokatbyrå AB
 Box 7418
 103 91 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
 Box 1024
 551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg
 Gärde Wesslau Advokatbyrå
 Box 684
 551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Det antecknas att målet inletts i Länsrätten i Jönköpings län med mål nr 188-10. Sedan länsrätten upphört handläggs målet i Förvaltningsrätten i Jönköping.

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Länsrätten i Jönköpings läns intermistiska beslut den 29 januari 2010 gäller inte längre.

Dok.Id 3431

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00
		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Jönköpings län (landstinget) genomför en upphandling avseende diabetikerhjälpmedel, handlagd som ett öppet förfarande. Avtalsperioden omfattar tiden 19 oktober 2009 – 18 oktober 2011, med möjlighet till förlängning i ytterligare 12 + 12 månader. Anbud har kunnat lämnas på hela eller delar av det efterfrågade sortimentet.

Genom tilldelningsbeslut antog landstinget, såvitt avser produkterna blodglykosmätare med teststickor (bas) och blodglykosmätare med teststickor (avancerad) Roche Diagnostics Scandinavia AB (bolaget) med produkterna Accu-Chek Aviva respektive Accu-Chek Aviva Nano som leverantör.

Sedan Länsrätten i Jönköpings län genom domar den 27 augusti 2009, mål nr 1453-09 respektive 1463-09, avslagit ansökningar om överprövning beslutade Kammarrätten i Jönköping genom domar den 15 december samma år, mål nr 2670-09 respektive 2682-09, att upphandlingen, såvitt avser blodglykosmätare, får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att bolagets anbud inte tas med i utvärderingen. Landstinget har därefter beslutat att tilldela kontraktet avseende blodglykosmätare till Abbot Scandinavia AB Abbot Diabetes Care (Abbot) respektive LifeScan Johnson & Johnson AB (LifeScan).

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om såvitt avser produkterna blodglykosmätare med teststickor (bas) respektive blodglykosmätare med teststickor (avancerad).

Landstinget anser att förvaltningsrätten i första hand ska avvisa ansökan och i andra hand att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

Bolaget anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har landstinget ställt upp produktspecifika krav avseende blodglykosmätare enligt följande.

Blodglykosmätaren ska automatiskt känna av och ställa in sig på rätt kalibrering för teststickan alternativt ska mätarens kodning automatiskt vara låst till speciell batch. Ingen manuell inmatning av kod ska behövas (gäller inte blodglykosmätare för ketonmätning).

Genom detta krav har landstinget, av de skäl som närmare redogörs för nedan, brutit mot principerna om proportionalitet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

Blodglykosmätare används av diabetespatienter för att mäta glykoshalten i blodet. Mätningen görs med hjälp av teststickor som innehåller enzymer vilka reagerar med blodglykos. Den kemiska reaktionen mellan enzymerna på teststickan och blodglykos skapar elektricitet som ger utslag i form av ett numeriskt resultat på blodglykosmätaren. Varje batch (*svenska: sats*) teststickor som tillverkas har helt eller delvis olika enzymsammansättning. För att höja noggrannheten av provsvaret bör blodglykosmätaren därför kalibreras med teststickorna varje gång teststickor från en ny batch används. Kalibrering kan enklast beskrivas som att nollnivån på mätaren justeras beroende på vilken enzymsammansättning teststickan har. De flesta mätare kräver kodning för att kalibreras. Med kodning avses angivandet av en viss kod som passar ihop med den batch av testremсор som tillförs. Kodning sker genom att användaren knappar in en kod eller tillför ett chip i mätaren. Mätaren läser sedan av koden och kalibreras därefter i enlighet med denna. De blodglykosmätare som finns på marknaden kan delas in i tre kategorier:

- blodglykosmätare som inte kräver kodning ("ingen kodning")
- blodglykosmätare med automatisk kodning ("automatisk kodning")
- blodglykosmätare med manuell kodning ("manuell kodning").

Inom kategorin ”ingen kodning” skiljer man mellan tre undergrupper av mätare.

- a) Mätare som endast använder mätstickor med mycket jämn enzymsammansättning för alla batcher. Någon kalibrering sker inte. Kalibrering behövs inte för dessa mätare eftersom tillverkarna endast använder batcher med mätstickor inom en viss tolerans. Övriga batcher med mätstickor som ligger utanför toleransen kastas. Exempel på sådana mätare är Freestyle Lite (Abbott) och OneTouch Vita (LifeScan).
- b) Mätare där koder för olika testremsetyper är lagrade i mätaren. Mätaren känner av testremsan vid införandet och väljer själv rätt typ av kod. Till denna grupp hör t.ex. Ascensia Contour II (Bayer).
- c) Mätare där varje testremsa har en egen streckkod. Testremсорna finns i en trumma och när trumman sätts in i mätaren läser denna automatiskt av den relevanta kodinformationen från streckkoden och kalibrerar sig själv. Till denna grupp hör t.ex. Accu-Chek Compact Plus (bolaget).

Mätare som tillhör kategorin ”automatisk kodning” kalibreras genom automatisk kodning. Kodningen sker genom att användaren tillför ett batchspecifikt kodchip i mätaren. Mätaren ställer automatiskt in sig på rätt kalibrering för teststickan genom information på kodchipet. Till denna grupp hör t.ex. bolagets mätare Accu-Chek Aviva (”Aviva”) och Accu-Chek Aviva Nano (”Aviva Nano”) samt Haedemics mätare Glucosure Extra.

Blodglykosmätare som tillhör kategorin ”manuell kodning” kräver manuell kodning för att kalibreras. Kodningen sker genom att användaren läser av koden på förpackningen med teststickor och matar in alternativt bekräftar en kod med hjälp av knappar för varje batch. Till denna grupp hör t.ex. One Touch Ultra Easy (LifeScan) och OneTouch Ultra 2 (LifeScan).

Kravspecifikationens ska-krav består av två led. I det första ledet anges att mätare som ”automatiskt känner av” och kan ”ställa in sig på rätt kalibrering för teststickan” uppfyller ska-kravet. Enligt landstinget skulle detta led i ska-kravet avse alla mätare som tillhör kategorin ”ingen kodning”. I det andra ledet anges att mätare vars kodning är ”låst till en specifik batch” uppfyller ska-kravet. Enligt landstinget skulle det andra ledet i ska-kravet avse alla mätare som hör till kategorin ”automatisk kodning”. Av vad landstinget anfört i tidigare överprövningsprocess framgår att landstingets syfte med det aktuella ska-kravet var att utesluta mätare med manuell kodning. Däremot skulle mätare av kategorierna ”ingen kodning” och ”automatisk kodning” omfattas av upphandlingen. Landstinget anförde vidare att ska-kravet har uppställts mot bakgrund av att en manuell inmatning av koden dels medför risker för felavläsning, dels innebär att tiden det tar för att få instrumentet färdigt för användning förlängs.

Under tidigare överprövningsprocess har det tydligt framkommit att olika tolkningar av det aktuella ska-kravet kan göras. Landstinget tolkade kravet som att alla mätare utom de som tillhör kategorin ”manuell kodning” uppfyllde ska-kravet. Bolagen LifeScan och Abbott tolkade kravet som att ingen mätare i kategorierna ”automatisk kodning” och ”manuell kodning” uppfyllde ska-kravet. Länsrätten i Jönköpings län kom fram till att mätare av kategorin ”automatisk kodning” uppfyllde ska-kravet med motiveringen att det är ”naturligt att uppfatta att ska-kravet omfattar blodglykosmätare där kodning sker genom tillförande av ett kodchip till mätaren”. Kammarrätten i Jönköping har däremot tolkat kravet i det andra ledet i ska-kravet som att det inte ska vara möjligt att avläsa ett mätresultat vid användning av kodchip och teststickor med olika kodning, och att blodglykosmätare som faller under kategorin ”automatisk kodning” därför inte uppfyller ska-kravet.

Vid en ordagrann tolkning av ska-kravet uppfyller endast mätare som tillhör grupperna b) och c) i kategorin "ingen kodning" ska-kravet. Därmed utesluts mätare som hör till gruppen a) i kategorin "ingen kodning" samt mätare som hör till kategorierna "automatisk kodning" och "manuell kodning". Landstinget har inte i förfrågningsunderlaget beskrivit syftet med ska-kravet. Detta syfte har förklarats först under den tidigare överprövningsprocessen. Det finns dock uppenbarligen inget syfte med att uppställa krav som utesluter dessa mätare. Mätare som hör till grupp a) i kategorin "ingen kodning" och till kategorin "automatisk kodning" är marknadsledande i Sverige till följd av att de är enkla att använda och ger exakta mätresultat. När det gäller det andra ledet i ska-kravet finns det för närvarande ingen mätare på marknaden som uppfyller kravet vid en ordagrann tolkning. Det finns inte någon mätare som erbjuder en funktionalitet där mätaren inte kan avläsas om en kod som hör till en specifik batch används tillsammans med teststickor ur andra batcher. Ingen mätare på marknaden är på detta sätt "låst" till en specifik batch. Det förhållandet att ska-kravet varit så otydligt och svårbegripligt till sin formulering leder till att det har varit omöjligt för anbudsgivarna att på förhand kunna bedöma vilka produkter som uppfyller ska-kravet. Om det hade varit känt hur ska-kravet skulle komma att tolkas hade bolaget kunnat erbjuda sin produkt Accu-Chek Compact Plus som tillhör grupp c) i kategorin "ingen kodning" och därmed uppfyllt ska-kravet. Oklarheten kan också ha lett till att potentiella anbudsgivare avstått från att delta i upphandlingen. Med hänsyn till det anförda bör det aktuella ska-kravet anses stå i strid med transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

Något försvarbart syfte med att utesluta mätare utan kalibrering och/eller med automatisk kodning finns inte. Det finns inte några säkerhetsrisker i samband med användandet av sådana mätare. Dessa mätare är marknadsledande och har sålts i många år i hela världen, har alla erforderliga myndighetstillstånd och det har aldrig uppstått några hälso- eller säkerhetspro-

blem. När det gäller mätare utan kalibrering finns det inget som tyder på att avsaknaden av kalibrering skulle medföra säkerhetsrisker. Mätstickorna för dessa mätare har en så pass jämn enzymsammansättning att någon kalibrering inte behövs. När det gäller mätare med automatisk kodning visar studier att mätarna ger exakta provresultat även om det skulle hända att en patient inte sätter in ett nytt chip när denne använder teststickor ur en ny batch. Det manuella momentet vid användning av dessa mätare består enbart i att användaren ska sätta in ett chip per batch. Det tar alltså inte längre tid att få instrumentet färdigt för användning. Idag finns ingen mätare på marknaden som kan uppfylla det andra ledet i det aktuella ska-kravet. Att kräva en teknik som ännu inte finns på marknaden kan inte anses vara annat än oproportionerligt. För att ett ska-krav ska vara proportionerligt ska det vara lämpligt, nödvändigt och stå i balans i förhållande till allmänhetens och anbudsgivarnas intressen. Det aktuella ska-kravet uppfyller inget syfte och är därmed varken lämpligt eller nödvändigt. Med hänsyn härtill bör det aktuella ska-kravet anses stå i strid med proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget anför till bemötande av vad landstinget anför bl.a. följande.

Rätten till prövning

Att en tidigare dom i ett upphandlingsförfarande inte har positiv rättskraft i förhållande till ett annat överprövningsmål, d.v.s. inte ska ligga till grund för domstolens prövning i ett nytt mål har fastslagits i flera kammarrättsavgöranden på senare tid (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 november 2009 i mål nr 3072-09). Av denna praxis följer att ett nytt upphandlingsförfarande ska anses ha inletts när den upphandlande myndigheten fattat ett nytt tilldelningsbeslut efter att rättelse vidtagits. Detta innebär att en leverantör som först tilldelats kontrakt, men som sedan uteslutits ur upphandlingen till följd av dom i ett överprövningsmål, och som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada, har rätt att ansöka om åt-

gärder mot detta nya förfarande enligt 16 kap. LOU. Vidare är det så att det i detta mål är fråga om annan sökande än i tidigare överprövningsprocess och dessutom stödjer sig denna sökande på andra grunder. De tidigare målen som varit föremål för kammarrättens prövning har endast avsett frågan om bolagets produkter "Aviva" och "Aviva Nano" uppfyller det andra ledet i det aktuella ska-kravet. Officialprincipen är endast i begränsad omfattning tillämplig i förevarande typ av mål och rätten har en begränsad möjlighet att lägga andra omständigheter än de som åberopats av parterna till grund för sitt avgörande. Kammarrätten hade därför varken anledning eller möjlighet att pröva om det aktuella ska-kravet i sin helhet var förenligt med principerna om transparens och proportionalitet. Därmed kan också konstateras att kammarrätten inte prövat Abbotts och LifeScans andrahandsyrkande eftersom kammarrätten beslutade att bifalla förstahandsyrkandet. Slutligen bör i denna del beaktas att EG-rätten ställer krav på att leverantörer ges ett effektivt skydd för sina rättigheter enligt upphandlingsreglerna. Av EG-domstolens praxis följer att en nationell lag inte får göra det omöjligt för enskild att erhålla ett effektivt domstolsskydd för rättigheter denne har enligt EG-rätten. Skulle kammarrättens domar tillerkännas negativ rättskraft i förhållande till förevarande mål skulle bolaget helt berövas möjligheten att framställa yrkanden och yttra sig över tilldelningsbesluten. Bolaget skulle därmed inte ha något effektivt skydd för sina rättigheter enligt LOU.

Sakfrågan

Den omständigheten att landstinget haft ett visst syfte, men formulerat ett ska-krav som enligt ordalydelsen inte är förenligt med syftet, visar att ska-kravet kan få en helt annan innebörd när kravet läses mot bakgrund av den marknadskunskap som såväl landstinget som leverantörerna besitter. Mot bakgrund av landstingets tidigare uppfattning att mätare i kategorin "ingen kodning" faller under det första ledet i det aktuella ska-kravet är det anmärkningsvärt att landstinget numera anser att flertalet mätare som faller in

under kategorin "ingen kodning" omfattas av det andra ledet i ska-kravet. Landstinget verkar inte själva ha någon uppfattning om vilka mätare som omfattas av vilket led i ska-kravet. När inte ens den upphandlande myndigheten vet vilka mätare som omfattas av respektive led i ska-kravet står de leverantörer som ska offerera en produkt inför en nästintill omöjlig uppgift. På vilket sätt Bayers mätare Contour, Menarinis mätare Glucomen LX och OneMeds mätare Glucocard X uppfyller det andra ledet av ska-kravet är obegripligt. Dessa mätare har i vart fall inte den låsningsfunktion som avses i kammarrättens domar.

Landstinget anför bl.a. följande.

Rätten till prövning

Bolagets anbud har uteslutits genom Kammarrätten i Jönköpings domar i den tidigare överprövningsprocessen. Förvaltningsrätten har att lägga detta avgörande till grund för bedömningen av senare led i samma upphandling. Det får till följd att bolaget inte har rätta att ansöka om åtgärder avseende senare led i samma upphandlingsförfarande. Bolagets ansökan ska därför avvisas. Vidare kan konstateras att kammarrätten funnit att bolagets anbud inte uppfyller det aktuella ska-kravet och att bolagets anbud ska förkastas. En förutsättning för denna slutsats är att kravet i sig är så tydligt att kammarrätten har kunnat utläsa att bolagets anbud avviker från ska-kravet. Således måste kammarrätten ha konstaterat att innebörden av kravet tydligt framgått och att principerna om transparens och förutsebarhet uppfyllts. På samma sätt måste kammarrätten, för att kunna fram till att bolagets anbud skulle förkastas, ha konstaterat att kravet inte heller på annat sätt strider mot LOU. Därvid bör beaktas att det vid den tidigare överprövningsprocessen även yrkats att upphandlingen skulle göras om. En prövning i sak i detta mål skulle således innebära att förvaltningsrätten skulle pröva något som kammarrätten redan prövat. Även detta utgör skäl för att avvisa bolagets ansökan.

Sakfrågan

Det föreligger inte något brott mot principerna om transparens och proportionalitet. Ursprungligen gjorde landstinget bedömningen att bolaget anbud uppfyllde det aktuella ska-kravet. Kammarrättens prövning innebär att landstingets bedömning var felaktig. Detta medför inte i sig att ska-kravet som sådant är otydligt, vilket kammarrätten också måste ha konstaterat.

Eftersom bolagets mätare aldrig ens påståtts ha de egenskaper som det första ledet i det aktuella ska-kravet tar sikte på torde bolagets påståenden kring detta krav helt sakna relevans. Bolaget kan inte lida skada med hänvisning till detta led av kravet. Vidare gör bolaget kraftigt våld på det svenska språket; vad bolaget gör gällande i fråga om den s.k. ordalydelsen är anmärkningsvärt. Bolagets tolkning av vad kammarrätten anfört i sina domskäl är felaktig. Vad bolaget anför om ”den låsningsfunktion som avses i kammarrättens domar” utgör bolagets egen högst märkliga tolkning av vad kammarrätten faktiskt sagt.

Bolagets påstående att ”varje batch... teststickor som tillverkas har helt eller delvis annorlunda enzymsammansättning” är vilseledande. Istället är det så att båda de nu antagna produkterna tillämpar ett system som innebär att samtliga batcher med teststickor som produceras ligger inom samma enzymintervall; med bolagets terminologi mätare som tillhör kategorin ”ingen kodning” och gruppen a). Det sker alltså en form av kalibrering och då på sätt att mätaren inte ger något mätresultat om det skulle användas en teststicka som inte är producerad med det enzymintervall som mätaren är inställd för. Mätaren är alltså låst till just det aktuella enzymintervallet. Detta skulle gå att uttrycka som att det bara finns en batch. Landstinget bestrider således bolagets påstående om att de nu antagna mätarna inte skulle uppfylla det nu aktuella ska-kravet. Antagandet av de nu aktuella produkterna är också förenlig med det ursprungliga syftet med kravet.

Även frågan om det aktuella ska-kravet uppfyller de krav som följer av proportionalitetsprincipen måste ha prövats av kammarrätten. Landstinget bestrider bolagets påstående om att det inte finns någon mätare som uppfyller det andra ledet i ska-kravet. Den tolkning som bolaget gör är bolagets högst egna tolkning och har inte stöd i kammarrättens dom eller överhuvudtaget av formuleringen av kravet. Tvärtom är det uppenbart att det finns ett flertal mätare på marknaden som uppfyller kravet, inklusive de nu antagna produkterna. Vidare måste kammarrätten ha konstaterat att det inte är oproportionerligt att uppställa ska-krav som utesluter den typ av mätare som bolaget offererat. Slutligen bör beaktas, vilket kammarrätten enligt domskälen också har lagt stor vikt vid, att vid användning av bolagets produkt ger mätaren ett mätresultat även om fel stickor används till det kodchip som tillförts mätaren. – Landstinget åberopar skrivelser den 8 februari 2010 från Abbott och LifeScan samt ett antal beskrivningar av mätare. I skrivelserna anges bl.a. följande. (*Abbot*) Freestyle Lites teststickor innehåller ”Wake-Up Bar” som sätter igång Freestyle Lite-mätaren automatiskt när stickan sätts in; då är mätaren klar för användning utan någon vidare kodning eller kalibrering. ”Wake-Up Bar” är unik för FreeStyle Lite teststickor på sätt att FreeStyle Lite-mätaren inte sätts igång om vanliga Freestyle teststickor eller teststickor från någon konkurrent sätts i. (*LifeScan*) OneTouch Vita blodglykosmätningssystem möjliggör för användaren att mäta sin blodglykos utan att någon åtgärd som har med kodning att göra behöver företas av användaren. Endast de teststickor som har samma kalibreringskodparametrar som de som är förprogrammerade i mätaren släpps igenom i produktionen. De teststickor som inte passar mätarnas förprogrammerade kalibreringskodparametrar kastas.

DOMSKÄL

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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den

är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Rätten till prövning

Landstinget har i första hand gjort gällande att bolagets talan ska avvisas eftersom frågan om åtgärder med stöd av LOU redan är uttömmande prövad genom kammarrättens domar. Bolaget hävdar att det av flera kammarrättsavgöranden samt EG-domstolens praxis följer att bolaget har rätt till en fullständig prövning av frågan om åtgärder med stöd av LOU.

Förvaltningsrätten finner att det mot bakgrund av rättsmedelsdirektivet, av bolaget åberopad praxis från EG-domstolen samt de kammarrättsavgöranden bolaget åberopat inte finns utrymme för annan bedömning än att bolagets ansökan ska prövas i sak. Landstingets yrkande i denna del ska därför avslås.

Sakfrågan

Bolaget har gjort gällande att följande produktspecifika ska-krav strider mot principerna om transparens och proportionalitet.

Blodglykosmätaren ska automatiskt känna av och ställa in sig på rätt kalibrering för teststickan alternativt ska mätarens kodning automatiskt vara låst till speciell batch. Ingen manuell inmatning av kod ska behövas (gäller inte blodglykosmätare för ketonmätning).

Därvid har bolaget gjort gällande att ska-kravet, med beaktande av bl.a. leverantörernas branschkunskap, landstingets i tidigare överprövningspro-

cess beskrivna syfte, samt de olika tolkningar av ska-kravet som faktiskt gjorts, inte uppfyller lagstiftningens krav på tydlighet. Vidare gör bolaget gällande att det saknas ett godtagbart syfte att utesluta bolagets offererade produkter och att det saknas blodglykosmätare på marknaden som har den typ av låsning till speciell batch som följer av ska-kravet med den tolkning som Kammarrätten i Jönköping gjort. Ska-kravet strider därför även mot proportionalitetsprincipen. Landstinget grundar sin talan främst på kammarrättens domar och gör gällande att kraven på transparens och proportionalitet har uppfyllts. Landstinget bestrider vidare att det skulle saknas mätare på marknaden som uppfyller ska-kravets andra led och åberopar till stöd härför bl.a. skrivelserna från de vinnande anbudsgivarna.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Länsrätten i Jönköpings län tidigare funnit att ska-kravet i sig får anses tillräckligt tydligt samt att kravet inte heller synes gå utöver vad som är nödvändigt i den aktuella upphandlingen samt att leverantörerna getts lika förutsättningar. Kammarrätten i Jönköping har funnit att rättelse är en tillräcklig åtgärd. Enligt kammarrätten ska avgörande för tolkningen av ska-kravets andra led vara att det inte ska vara möjligt att avläsa ett mätresultat vid användning av kodchip och teststickor med olika kodning.

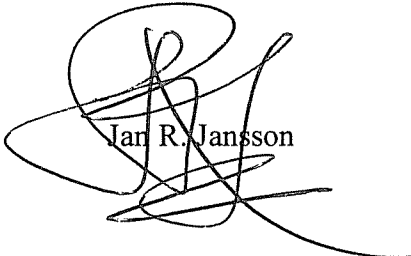
Förvaltningsrätten finner att det framgår av de ovan nämnda domarna att det aktuella ska-kravet ska förstås så att ska-kravets första led – Blodglykosmätaren ska automatiskt känna av och ställa in sig på rätt kalibrering för teststickan – avser kategorin ”ingen kodning” och undergrupperna b) och c). Ska-kravets andra led – alternativt ska mätarens kodning automatiskt vara låst till speciell batch – avser kategorin ingen kodning och undergruppen a). Avseende detta led är det inte av avgörande betydelse att teststickor från olika batcher kan användas utan att det inte finns risk för ett felaktigt resultat genom användning av kodchip och teststickor med olika kodning. Det framgår nämligen av utredningen att de skillnader i enzym-

sammansättning som ändock finns mellan olika batcher vid användning av denna typ av mätare saknar betydelse från säkerhetssynpunkt.

Förvaltningsrätten finner att ska-kravets formulering inte är optimal eftersom det funnits viss möjlighet att tolka ska-kravet annorlunda men att kravet, med beaktande av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 och kammarrättens tidigare domar, ändå får anses tillräckligt tydligt för att de krav som följer av transparensprincipen ska anses uppfyllda.

Angående frågan om ska-kravets formulering uppfyller de krav som följer av proportionalitetsprincipen finner förvaltningsrätten att det är sannolikt att det finns vinster från säkerhets- och effektivitetssynpunkt vid användning av mätare ur kategorin ”ingen kodning” jämfört med kategorin ”automatisk kodning”. Det kan också konstateras att den upphandlande myndigheten har en frihet att själv identifiera sina behov utifrån säkerhets- och effektivitetssynpunkt. Med beaktande härav samt vad länsrätten och kammarrätten uttalat, finner förvaltningsrätten att även de krav som följer av proportionalitetsprincipen är uppfyllda. Det har inte framkommit omständigheter som gör det sannolikt att det finns annan grund för ingripande med stöd av LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Jan R. Jansson

