



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Ann-Louise Mårtensson

**DOM**  
2011-12-12  
Meddelad i  
Jönköping

Sida 1 (9)  
Mål nr  
4505-11, 5925-11, 5956-11  
Domare 1:1

### SÖKANDE

Dako Sweden AB, 556202-5253  
Box 1449  
114 79 Stockholm

Ombud: Advokaten Nicklas Hansson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

### MOTPARTER

Landstinget i Jönköpings län  
Box 1024  
551 11 Jönköping

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

Landstinget i Östergötlands län  
581 91 Linköping

Landstinget i Kalmar län  
Box 601  
391 26 Kalmar

### SAKEN

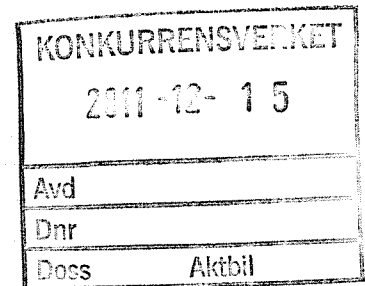
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

### BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstingen i Jönköpings län, Kalmar län och Östergötlands län företar gemensam upphandling genom öppet förfarande av färgutrustning med integrerad montering för histologiska prover. Upphandlingen sker genom



Dok.Id 53588

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Östra Storgatan 33 A

**Telefon**  
036-15 65 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

**Telefax**  
036-15 66 55

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

Enhet 1

Landstinget i Jönköpings län. Samtliga landsting har i tilldelningsbeslut meddelat att avtal kommer att ingås med Roche Diagnostics Scandinavia AB.

Dako Sweden AB (bolaget) har ansökt om överprövning och yrkar att bolagets anbud ska tas med i utvärderingen. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget har ifrågasatt delar av kravspecifikationen men har ännu inte fått något uttömmande svar av landstingen. Antalet glas som ska kunna lagras efter nattkörning specificeras till minst 250 glas. Detta är konkurrenshämmande och står inte i proportion till uppgiven produktion. Bolagets lösning är enligt följande. 240 glas kan laddas på kvällen före nattkörning. 120 glas är färgade och monterade efter nattkörning. De resterande 120 glasen är färdigfärgade på morgonen och börjar monteras så fort de färdiga racken tas bort från instrumentet. Antal offerter som lämnats in avseende denna upphandling är begränsat till två stycken, sannolikt p.g.a. ovanstående krav. Bolaget har kunder som kör 150-200% av de största laboratoriernas glas-/slidesproduktion. Ingen av dessa kunder har behov av den kapacitet som åberopas i kravspecifikationen.

Landstingen bestrider bifall till begäran om överprövning och anför i huvudsak följande. Utrustningen är avsedd för att färga och torka vävnadsprover. Det moderna sättet att arbeta innebär att proverna efter torkning scannas och kan skickas till en läkare var som helst i världen för diagnos. Antalet glas, liksom antalet scannningar, ökar alltmer. Till detta kommer allt hårdare krav på snabba svarstider när det gäller proverna. Dessa omständigheter måste också beaktas när landstingen ska bedöma sitt behov och vilka krav som ska ställas på den utrustning som upphandlas. Den lösning som bolaget har erbjudit i sitt anbud uppfyller inte kravet. Efter nattkörning är det endast 120 glas som är monterade efter nattkörningen. Detta innebär att landstingen skulle tvingas plocka ur de 120 monterade glasen innan resterande 120 glas kan monteras. Detta innebär en kraftig försämring jäm-

Enhet 1

fört med ska-kravet och skulle medföra en betydligt sämre effektivitet med bl.a. ett ökat behov av personal och försämrade svarstider. Vid avgörande av vilka krav som skulle ställas när det gäller nattkörningen har landstingen utgått från hur många glas landstingen normalt har på eftermiddagen och som ska kunna färgas och monteras under nattkörningen och det faktum att antalet glas hela tiden ökar och att kravet på snabba svar från provtagningen också ökar. Under högsäsong har landstingen normalt 200-250 glas på eftermiddagen som ska hanteras genom nattkörningen. Mot denna bakgrund kan det inte anses oproportionellt att kravet är 250 glas. Omfattningen på verksamheten är betydligt lägre under sommaren än under övriga delar av året och en årsvolym ger därför en direkt missvisande bild av landstingens behov och därmed av vilken kapacitet landstingen behöver. Verksamheten måste organiseras och inköp planeras utifrån hur verksamheten ser ut under högsäsong. För att glas ska kunna scannas krävs att de är torra. Bolagets lösning innebär att det är endast 120 glas som är torra på morgonen och därmed färdiga för scanning och hantering i övrigt. Restande 120 glas blir inte slutbehandlade förrän de första 120 glasen tagits om hand av landstingen. Landstingen kan inte säkerställa en effektiv hantering av glasen utan att ställa det aktuella kravet. Dessutom är det en typ av verksamhet som hela tiden blir större.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Landstingen har ställt ett krav angående antalet nattkörningar, som är onödigt eller i varje fall onödigt högt, och som medför att det bara är en möjlig anbudsgivare vilket utesluter effektiv konkurrens. Landstingen har inte visat några omständigheter som trots den konkurrensbegränsande/konkurrensuteslutande verkan kan berättiga till att ställa kravet angående antalet nattkörningar. – Med hänvisning till avgörande från Förvaltningsrätten i Stockholm den 18 januari 2011 mål nr. 46844-10 och 46958-10: ”Krav som inskränker konkurrensen måste prövas mot proportionalitetsprincipen. Kommunerna har inte visat att det var nödvändigt att ställa högre djurskyddskrav för att uppnå syftet med

Enhet 1

upphandlingen. Kommunerna har därför brutit mot proportionalitetsprincipen”. I relation till den upphandlande myndighetens fastställning av krav i den annonserade upphandlingen medför hänsyn till en effektiv konkurrens. Med andra ord, myndigheten ska fastställa krav, som minst möjligt inskränker konkurrensen. Den upphandlande myndigheten ska således både förhålla sig till om de gällande typen av krav överhuvudtaget är nödvändigt, om storleken på kraven går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet. Kravet på nödvändigheten av ett krav måste antas stiga ju mer kravet inskränker konkurrensen, vilket i sin tur betyder att den upphandlande myndighetens utrymme för uppskattning minskar. Om ett krav inte bara inskränker konkurrensen, utan helt eliminerar den måste det ställas särskilda krav på den upphandlande myndighetens grunder för att ett sådant krav ska vara nödvändigt. Med hänvisning till ett avgörande från det danske Klagenævn for Udbud den 14. Mars 2011, Sida 16-17: ”*Under de foreliggende omstændigheder påhviler det indklagede, at påvise at der er sådanne særlige fordele ved den udbudte tekniske konstruktion i forhold til andre tekniske konstruktioner og dimensioner, som kunne tilbydes af andre leverandører end [navn på den vindende tilbudsgiver], at det til trods for den konkurrencebegænsende virkning af kravene var sagligt begrundet og proportionelt at stille krav som sket.*” – En förändring på bara 10 glas och en halvtimmes extra tid skulle varit tillräckligt för att skapa konkurrens. En annan möjlighet kunde vara att öppna upp för alternativa lösningar. Syftet med kravet om nattkörningskapacitet och storleken på nattkörningskapaciteten måste vara att ge de tre berörda laboratorierna säkerhet för, att den dagliga produktionen kan klaras utan kapacitetsproblem. Bolaget gör primärt gällande, att detta syfte kan uppnås utan att ställa krav om nattkörning. Ett laboratorium i den här storleken kan klara denna produktion (600 glas/dag under högsäsong) med god marginal under en arbetsdags dagtimmar. Det finns utrustning på marknaden (t.ex. från bolaget), som kan hantera de berörda laboratoriernas behov (som enligt förfrågningsunderlaget är upp till 600 glas/dygn under högsäsong) utan tvekan kan täckas även utan

Enhet 1

nattkörning. Följande beräkning illustrerar detta. En genomsnittlig biomedicinsk analytiker ("BMA") preparerar (snittar) ca 20-25 glas/timme. Det är rimligt att anta att Jönköping och Linköping har 4-6 BMA. Varje BMA har en effektiv arbetstid på 6 timmar/arbetsdag. Beredning: 6 st BMA => 120-150 glas/timme => 720-900 glas/dag 4 st BMA => 80-100 glas/timme => 480-600 glas/dag. Bolagets lösning färgar och monterar 200-240 glas/timme. Glasen kan laddas kontinuerligt så snart de är färdigsnittade. Det betyder att alla glas, med god marginal, hinner processas i takt med att proven snittas. Skulle det ändå finnas upp till 240 glas kvar att färga på eftermiddagen kan dessa vara klara på en timme med bolagets lösning. P.g.a. denna höga produktivitet kommer ett laboratorium i den här storleken därför väldigt sällan ens behöva köra en nattkörning eftersom alla prover hinner processas under dagen. Bolaget har ett svenskt referenslaboratorium som kan intyga detta. De kör 600 glas/dag i sin rutinverksamhet, utan nattkörning. Maxkapaciteten för bolagets lösning är att färga, montera och torka 1200 glas under en arbetsdag. Det innebär att även om produktionen skulle öka med 100 % hos något av de tre laboratorierna skulle denna lösning utan tvekan täcka dessa laboratoriers behov, även utan nattkörning. – Om förvaltningsdomstolen finner, att syftet inte kan uppnås utan nattkörning, gör bolaget sekundärt gällande, att kravet om minst 250 monterade glas går ut över vad som är nödvändigt för att uppnå syftet. Till exempel kan bolagets utrustning, om det krävs, laddas med 240 glas på eftermiddagen/kvällen för nattkörning. Av dessa 240 glas kommer 120 att vara färdigmonterade efter nattkörning. De resterande 120 glasen är färdigmonterade (och torkade) 20 minuter efter att en BMA på morgonen lyfter ur de färdiga racken från instrumentet. Det är denna "väntetid" på 20 minuter som landstingen hävdar ger en "betydligt sämre effektivitet med bl. a ett ökat behov av personal och försämrade svarstider". Detta är orimligt eftersom det finns andra uppgifter på laboratoriet som kan utföras under tiden. Personalen kan även ladda instrumentet med nya glas som direkt börjar färgas. – Landstingen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU,

Enhet 1

1 kap. 9 § om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet genom att fastställa och avsiktligt fasthålla de krav, som enbart uppfylls av en aktör på marknaden, och som är vidare än att uppfylla syftet med kravet. Landstingen har inte gett någon grund till, varför det är nödvändigt att fastställa kravet till just 250 glas, som skulle vara färdigmonterade, när en obetydlig förändring av kravet skulle ha medfört reell konkurrens, och därmed fans ett alternativ till kravet om 250 glas som skulle ha varit mycket mindre ingripande på konkurrensen.

Landstingen anför bl.a. följande. Syftena med kravet är att säkerställa att färdiga färgprover finns på morgonen, att provtagning kan ske snabbt och effektivt och att kunna utnyttja arbetstiden så effektivt som möjligt. Behovet utifrån hur verksamheten ser ut och är organiserad ska vara avgörande. Kravet är uppställt utifrån bemanning och den organisation som faktiskt finns och som också blir styrande för behovet. Genom det uppställda kravet uppnås att personalen på ett helt annat, effektivare, sätt kan ägna sig åt andra arbetsuppgifter såsom utskärning och silning av nyinkomna prover, bäddning av färdigprocessade prover samt snittning av bäddade prover. Av bolagets yttrande kan man möjligen få uppfattningen att det endast skiljer 10 glas mellan antagen leverantör (och kravet) jämfört med bolagets utrustning. Detta är en felaktig beskrivning. Genom det uppställda kravet säkerställs att det finns 250 helt färdiga prover på morgonen, medan bolagets lösning innebär att det endast finns 120 helt färdiga prover på morgonen. Kravet är uppställt helt utifrån det beräknade behovet hos landstingen. Kravet på 250 färdigmonterade glas på morgonen är för snålt tilltaget vid högsta belastning. Till detta ska läggas att digital patologi idag är en realitet och att omfattningen hela tiden ökar. Scanning av glas måste därför kunna ske i stor skala och det kräver att glasen är monterade och torra på morgonen för effektiv hantering. Bolaget gör en mängd beräkningar av vad bolaget menar är landstingens behov. Dessutom styrs inte behovet av hur bolagets utrustning fungerar, utan istället hur verksamheten är organiserad

Enhet 1

och bemannad. Bolagets antaganden i dessa delar är därför irrelevanta. Under inga förhållanden visar de på att landstingens behov skulle vara ett annat än det landstingen har redovisat.

Bolaget har anfört bl.a. följande. Bolagets utrustning är effektivare än motsvarande från Roche. Ledtiden för ”körning” i Roches utrustning är väsentligt längre. Det går att köra fler glas per arbetsdag i bolagets utrustning oaktat skillnaden i antalet monterade glas efter nattkörningen. Kravet på lagringskapacitet, som saknar betydelse för möjligheten att uppfylla landstingens dagliga behov, är inte en lämplig och effektiv åtgärd att uppnå syftet. Det finns mindre ingripande alternativ att uppnå det eftersträvade syftet.

### 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.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt 5 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon 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.

Landstingen har i förfrågningsunderlaget ställt följande obligatoriska krav.

Enhet 1

”Utrustningen ska ha möjlighet till nattkörning. Säkerhet ska kunna garanteras för längre körning vid personalfri tid (10-15 tim). Proverna ska vara färgade och monterade efter nattkörning. Utrustningen ska kunna lagra minst 250 monterade glas.”

I målet är ostridigt att bolaget inte uppfyller ovanstående ska-krav. Fråga i målet är om ska-kravet utgör ett oproportionerligt krav eller om kravet på annat sätt strider mot LOU eller unionsrättsliga principer.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sina behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses ändamålsenligt med den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). Således får endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet ställas och som har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas.

Det kan konstateras att kravet på nattkörning och minsta antal glas är kopplat till upphandlingen. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt utan har tagits med av effektivitetsskäl. Av vad som framkommit i målet får kravet anses nödvändigt för att säkerställa önskvärd kapacitet vid provtagningen. Kravet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträfvade syftet. Kravet har varit tydligt och lika för alla anbudsgivare och diskriminerar ingen anbudsgivare. Förvaltningsrätten finner inte heller att de ne-



Enhet 1

gativa effekterna av kravet överväger nyttan med det. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att landstingen inte har brutit mot grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag genom det uppställda kravet. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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

  
Svante Stroh

