



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2011-09-12  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
3630-11  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Bayer AB, 556051-3870  
Gustaf III Boulevard 56  
169 26 Solna

Ombud: Advokat Anders Nilsson  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Landstinget i Östergötland  
581 85 Linköping

Ombud: upphandlingsjuristen Hannes Olsson  
Upphandlingscentrum  
Landstinget i Östergötland  
581 91 Linköping

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-09-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 56424

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 10 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (fortsättningsvis landstinget) genomför en upphandling avseende kassettmätare och blodglukosstickor till kassettmätare, ”UC-2011-32”. Öppet förfarande har tillämpats. Enligt inhämtade uppgifter påbörjade landstinget arbetet med upphandlingen i februari 2011.

Enligt tilldelningsbeslut den 31 maj 2011 avser landstinget att teckna avtal med en annan leverantör än Bayer AB.

Bayer AB (fortsättningsvis bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska delta i utvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten ska hålla muntlig förhandling i målet.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten har den 25 augusti 2011 hållit muntlig förhandling i målet varvid Mikael Widlund, extern firmatecknare i bolaget, visat för rätten hur ett batteribyte går till på offererad kassettmätare.

### PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

I målet har parterna skriftligen och vid den muntliga förhandlingen anfört bl.a. följande.

#### *Bolaget*

Landstinget har i upphandlingen uppställt ett krav på att kassettmätaren ska behålla aktuell tid och datum i minst 60 sekunder vid batteribyte. Det är uppenbart att det uppställda kravet inte är nödvändigt eller lämpligt för att uppnå syftet med upphandlingen, vilket måste vara att upphandla lämpliga kassettmätare som uppfyller rimliga och ändamålsenliga krav. Skall-kravet

utesluter också konkurrens på den aktuella marknaden då endast vinnande anbudsgivaren Roche Diagnostics AB (Roche) kan uppfylla kravet. Att ställa ”överkrav” som landstinget gjort beträffande hur länge kassettmätaren ska behålla aktuell tid och datum vid batteribyte strider mot proportionalitetsprincipen. Eftersom landstinget felaktigt funnit att bolagets anbud inte varit kvalificerat för att delta i utvärderingen har bolaget lidit eller riskerar att lida skada. – En genomsnittlig användare av kassettmätare utför ca 150 mätningar per år. Ett batteri i bolagets offererade kassettmätare räcker till minst 1000 mätningar. Det innebär att en kassettmätare kan användas i över sex år med samma batteri. En genomsnittlig användare byter mätare ungefär vart tredje år, vilket innebär att de allra flesta som använder kassettmätare aldrig genomför ett batteribyte. Att byta batteri i bolagets kassettmätare tar högst 15 sekunder. En patient som behöver 60 sekunder eller mer på sig att genomföra ett batteribyte har med all säkerhet behov av hjälp av någon annan att genomföra batteribytet. Följden av att aktuell tid och datum ”slocknar” efter att ett batteri har tagit slut är endast att tid och datum får ställas in på nytt. Detta är synnerligen enkelt och tar mindre än en minut. Alla värden från tidigare mätningar finns kvar i mätarens minne, inklusive tid och datum. Det är sammantaget mycket svårt att se verklig nytta eller värde av den kravställda funktionen för användarna.

#### *Landstinget*

Den omtvistade funktionen är nödvändig och utgör inte ett oproportionerligt krav. Vid anbudsprövningen har landstinget uppmärksammat att bruksanvisningen till bolagets offererade produkt anger att ”du kan behöva återställa tiden” i samband med batteribyte. Eftersom syftet med uppställt krav är att användaren inte ska behöva återställa tiden vid batteribyte skickade landstinget den 20 maj 2011 en fråga till bolaget huruvida kravet uppfylls eller inte. Bolagets representant svarade per e-post den 24 maj 2011 att skrivningen med att ”ibland kan man få ställa in tiden” finns med av säkerhetsskäl för att man alltid bör kontrollera att den inställda tiden är

korrekt efter batteribyte. Bolaget uppmanar alltid patienter och sjuksköterskor att göra detta. Landstinget har uppfattat svaret som att bolaget vidhåller att offererad produkt uppfyller aktuellt skall-krav. Landstinget har vidare testat de anbudsprover anbudsgivarna skickat in. Bolaget har offererat en kassettmätare med modellbeteckning "Breeze 2". Vid uttagande av batteriet ur mätaren försvann uppgift om tid och datum efter ca 40 sekunder. I syfte att säkerställa att det inte handlade om ett enskilt fel på det inskickade anbudsprovet testades även de fyra mätare av samma modell som för tillfället fanns på landstingets EM-klinik (diabetesenheten) vid Universitetssjukhuset i Linköping. Samtliga testade mätare "tappade" uppgift om tid och datum efter ca 40 sekunder. Härutöver har momentet att ta ut batteriet och kontrollera hur lång tid som tid och datum behålles i mätaren även genomförts, utanför ramen för upphandlingen, tillsammans med bolagets representant den 10 maj 2011. Vid detta tillfälle har mätaren vid två batteriutplockningar behållit tid och datum i ca 30 sekunder. – Genom det aktuella skall-kravet vill landstinget säkerställa att patienter inte behöver ställa in tid och datum manuellt. Tiden 60 sekunder, under vilken datum och tid ska behållas, har satts utifrån den uppskattade maxtid som det tar för vissa patienter (t.ex. gamla patienter) att genomföra ett batteribyte. Om tid och datum inte kan behållas under ett batteribyte är det nödvändigt att patienten ställer in tid och datum manuellt. Det finns en risk att vissa patienter inte gör detta. Hos en person som har diabetes förekommer svängningar i blodsockret dagligen som är skadliga och kan leda till komplikationer. Vid patientuppföljningen med sjukvårdspersonalen som sker en till två gånger per år laddar kliniken över de data som har sparats på mätaren till klinikkens dator för att sedan kunna analysera dessa svängningar, se trender och fatta terapibeslut. Har tid och datum inte registrerats, kan denna utvärdering inte göras då sjukvårdspersonalen endast får enskilda värden utan koppling till tid och datum. Grunden för tidsangivelserna i bolagets ansökan om överprövning (15 sekunder för batteribyte, 150 mätningar per år, mätarbyte vart tredje år) saknas. Bolagets påstående att det skulle ta högst 15 sekunder att

byta ett batteri i en mätare bestrids. Det rör sig om mätare för egen vård som används av ett brett spektrum av patienter. Det finns säkert patienter som klarar ett batteribyte på 15 sekunder, men det finns andra patienter som lider av t.ex. nedsatt syn eller reumatism, som är vanliga komplikationer vid diabetes (t.ex. mycket unga och gamla patienter, för vilka ett batteribyte tar avsevärt längre tid att göra). Vidare bestrids bolagets påstående att en genomsnittlig användare av kassettmätare utför ca 150 mätningar per år. Typ 1 diabetes patienter, som omfattas av denna upphandling, ska enligt diabetesriktlinjerna göra 5-7 mätningar per dag, vilket motsvarar minst 1 825 mätningar per år. Dessa patienter måste således göra flera batteribyten per år. – Landstinget vitsordar att aktuellt skall-krav, i likhet med alla krav som kan ställas vid en upphandling och som inte uppfylls av samtliga potentiella anbudsgivare, kan ha en konkurrensbegränsade effekt. Detta innebär inte i sig att ett krav är oproportionerligt, utan endast att en avvägning bör göras vid kravställandet. Landstinget har en stor frihet att utforma kraven för ett upphandlingsföremål, så länge det inte bryter mot de grundläggande principer som styr den offentliga upphandlingen (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78). Landstinget och ett antal andra landsting har funnit att aktuellt krav är nödvändigt för att säkra en viktig funktion. Det har måhända, tyvärr, effekten att den svenska marknaden för närvarande begränsas till en leverantör avseende aktuell produkt. Detta innebär inte i sig att den funktion som landstinget vill uppnå är onödig och att kravet därmed skulle vara oproportionerligt. Förhoppningsvis innebär det istället att bolaget, och ytterligare leverantörer på marknaden, så snart som möjligt utvecklar sina produkter att tillhandahålla denna inte alltför komplicerade, men ändå viktiga funktion.

#### *Bolaget*

Bolaget ifrågasätter inte utfallet av landstingets egna tester av kassettmätare. Landstinget överdriver kraftigt riskerna med att använda mätare som inte uppfyller det aktuella kravet. Det är endast tidsangivelsen på displayen

på bolagets mätare som ibland kan slockna tidigare än 60 sekunder efter att batteriet tagit slut. Datumangivelsen finns kvar. Bolaget har levererat den aktuella kassettmätaren till ett stort antal andra landsting i Sverige under många år. Det har aldrig framställts kritik om att den aktuella funktionen saknas eller önskemål om att den skulle finnas. Bolaget vitsordar att det kan finnas enstaka patienter som utför 1 825 tester per år. Eftersom ett batteri håller för ca 1 000 mätningar skulle det innebära att batteribyte skulle behöva ske 1-2 gånger per år. Den absoluta huvuddelen av patienter torde dock aldrig eller ytterst sällan byta batteri. Det är svårt att befria sig från bilden av att skall-kravet uppställts för att matcha vinnande anbudsgivarens produktbeskrivning. – Det stämmer inte att den största användargruppen är unga.

#### *Landstinget*

Landstinget bestrider att kravets utformning skulle ha sin grund i att vinnande anbudsgivares produkt uppfyller kravet. Om så hade varit fallet kunde landstinget ha krävställt en tidsgräns om 120 sekunder istället för 60 sekunder, vilken vinnande anbudsgivares produkt uppfyller enligt produktbeskrivning. – Genom blodsockermätning kan många komplikationer för diabetespatienter förhindras på lång sikt. Det är dock mycket viktigt att tid och datum registreras så att sjukvården kan tolka värdena. I annat fall är mätningarna värdelösa. Alla patienter ska kunna byta batteri. På 60 sekunder klarar de allra flesta av detta. Skall-kravet om 60 sekunder är relevant och proportionerligt utifrån de som ska använda kassettmätarna. Den största användargruppen är barn och ungdomar upp till 18 år. I branschföreningens tidning, Diabetolognytt (år 2011, nr 4) anges att det är önskvärt att tid och datum finns kvar i minst 120 sekunder vid batteribyte.

#### *Bolaget*

Av åberopad artikel i tidningen DiabetologNytt framgår att kravet på tid endast är ett av många andra krav/kriterier som föreslås. Tiden för batteri-

byte lyfts inte fram som ett särskilt angeläget krav. Artikel 6 ger inte något stöd för att tidskravet skulle vara lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftena med upphandlingen. Det är ostridigt att Roches offererade kassettmätare uppfyller skall-kravet om 60 sekunder. I Roches användamannual framgår att det finns flera risker i samband med batteribyten som gör att tid och datum inte kommer att sparas. Det anges bl.a. att inställningarna för årtal, tid och datum sparas endast så länge som det inte tar längre tid än två minuter att byta batterier, man inte trycker på någon knapp när inga batterier är isatta, man inte öppnar eller stänger trumfacket utan isatta batterier eller stänger av mätaren innan man tar ut batterierna. Om något av dessa villkor inte är uppfyllt måste man ange årtal, tid och datum på nytt. Dessa risker är måhända skälet till att Roches mätare medger en längre tid för ett batteribyte. Motsvarande risker föreligger inte i samband med batteribyten i bolagets offererade mätare. I Roches anmärkningar i användarmanualen anges vidare att om årtal, tid och datum inte anges på nytt kommer alla framtida resultat att visas och sparas utan tid och datum. I så fall kommer det sparade testresultatet i minnet att numreras efter varandra så att man fortfarande kan se i vilken ordningsföljd de sparats. Motsvarande gäller för bolagets kassettmätare. Detta innebär att även om man inte hinner byta batteri i tid och dessutom mot förmodan inte anger årtal, tid och datum på nytt, kan därefter gjorda mätningar ändå analyseras eftersom det går att utläsa i vilken ordningsföljd de sparats. – Bolaget har inte vid något tillfälle erhållit klagomål, frågor eller förbättringsförslag från patienter, vårdpersonal eller upphandlare i Östergötland, övriga Sverige, eller för övrigt hela Norden av innebörden att det finns ett behov av längre tid för batteribyte på bolagets mätare. De verkliga användarna och köparna delar uppenbarligen inte uppfattningen att det innebär en risk att använda bolagets mätare. Det är uppenbart att den teoretiska risk som landstinget målar upp inte motiverar ett krav som utesluter en sund konkurrens.

### SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

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

Av 16 kap. 5 § LOU framgår bl.a. 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.

#### *Förvaltningsrätten gör följande bedömning*

En upphandlande enhet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget inför en upphandling. Kraven i förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

I förfrågningsunderlaget, kravspecifikationen, punkt 5.1.3. anges bl.a. att kassettmätaren skall behålla aktuell tid och datum i minst 60 sekunder vid batteribyte.

Frågan i målet är om detta skall-krav strider mot proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Vidare måste de krav som ställs vara effektiva, d.v.s. möjliga att kontrollera och ägnade att leda till det eftersträvade syftet. Proportionalitetsprincipen ska enligt EG-rättslig praxis bedömas genom tre steg. För det första bedöms om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra bedöms om åtgärden är nödvändig för att



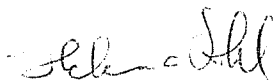
uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Landstinget har bl.a. anfört att blodsockermätning kan förhindra komplikationer för diabetespatienter på lång sikt. En förutsättning för att sjukvården ska kunna analysera värdena från mätningarna är att tid och datum är registrerade. I annat fall blir resultaten värdelösa. Syftet med aktuellt skull-krav är enligt landstinget att säkerställa att diabetespatienter inte behöver ställa in tid och datum manuellt då det finns en risk att vissa patienter inte gör detta. Tiden 60 sekunder är en uppskattad maxtid inom vilken de flesta diabetespatienter (även mycket unga och gamla patienter samt patienter med följsjukdomar) hinner genomföra ett batteribyte. Typ 1 diabetespatienter ska enligt diabetesriktlinjer göra 5-7 mätningar per dag, vilket innebär minst 1 825 mätningar per år och flera batteribyten per år. Bolaget har vitsordat att det finns patienter som utför 1 825 tester per år. Mot bakgrund av dessa förhållanden finner förvaltningsrätten att tidskravet på 60 sekunder måste anses som både lämpligt och effektivt för det eftersträvade syftet, d.v.s. att minska risken för att viktiga data från mätningarna går förloerade.

Bolaget har bl.a. anfört att det är mycket enkelt att byta batteri och att följden av att tid och datum "slocknar" efter att batteriet har tagits ut endast är att tid och datum får ställas in på nytt. Alla värden finns kvar i mätarens minne. Bolaget har vidare uppgett att man inte ifrågasätter landstingets tester som visar att ett batteribyte på offererad mätare tar ca 40 sekunder och visat att ett batteribyte kan ta ca 15 sekunder. Frågan är därmed om det är nödvändigt att uppställa ett krav om 20 sekunder extra tid. Bolagets representant har visserligen visat att ett batteribyte kan ta ca 15 sekunder. Förvaltningsrätten finner dock att denna tid inte kan ligga till grund för att

bedöma hur lång tid diabetespatienter rimligen behöver för att byta batteri. Utredningen visar inte att bolagets offererade kassettmätare kan utgöra ett tillräckligt säkert alternativ till vinnande anbudsgivares produkt. Skallkravet får därmed anses nödvändigt för att uppfylla syftet med upphandlingen. Den negativa effekt som kravet kan få genom att det endast finns ett bolag på marknaden som kan lämna anbud i upphandlingen bedöms inte som oproportionerlig för att uppnå det eftersträvade syftet. Ansökan ska därför avslås.

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



Helena Sohl

Föredragande har varit Martina Thorn



# 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. 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 ska 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 vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU