



**SÖKANDE**

Nutricia Nordica AB, 556242-0348  
Box 3142  
169 03 Solna

**MOTPART**

Region Uppsala, Varuförsörjningen

Ombud: Jurist Kristine Nilsson  
Region Uppsala  
Box 602  
751 25 Uppsala

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2019-05-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Uppsala, Varuförsörjningen (Varuförsörjningen) genomför upphandling av sondnäringar och kosttillslag, dnr VF-2018-0031, Omtag. I upphandlingen har anbud från Nestlé Sverige Aktiebolag (Nestlé) antagits.

**Nutricia Nordica AB** (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen av produkter i produktgruppen 173:1 i Omtaget avbryts och att produktgruppen återkallas.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Varuförsörjningen antog i en ursprunglig upphandling avseende sondnäringar och kosttillslag bolagets produkt Pepticate i produktgruppen 153:3, *modersmjölkersättning*. Med hänvisning till felaktigheter i förfrågningsunderlaget har Varuförsörjningen ansett att upphandlingen behövt göras om. Omtaget har inletts med en ny produktgrupp, 173:1, för modersmjölksersättning vilken har annorlunda formulerade krav jämfört med produktgruppen 153:3 i den ursprungliga upphandlingen. I den nu aktuella produktgruppen har angetts specifikt ställda krav som endast kan uppfyllas av produkten Althera från Nestlé. Denna produkt uppfyllde kraven i produktgrupp 153:3 men blev inte antagen i den ursprungliga upphandlingen på grund av ett högre offererat pris. Varuförsörjningen har meddelat att syftet med Omtaget har varit att ”få ett komplett sortiment” men omständigheten att icke-offererade produkter och utfallet i upphandlingen har uppenbarligen styrt utformningen av det nya förfrågningsunderlaget och inte vårdbehoven som sådant.

Den ursprungliga upphandlingen avbröts i delar den 25 februari 2018. Det kommunicerades inte i vilka avseenden som den ursprungliga upphandlingen avbröts eller gjordes om, samt skälen därtill, i strid med 12 kap. 12 § 2 st. LOU och öppenhetsprincipen. Varuförsörjningen har valt att inte kommentera omständigheter härrörande från den ursprungliga upphandlingen.

Det finns dock ett tydligt samband mellan upphandlingarna och de ska därför inte ses som helt separata från varandra. För det första benämns den nya upphandlingen "Omtag" och kännetecknar därför en rättelseprocess av en ursprunglig upphandling. För det andra har en specifik produkt från den ursprungliga upphandlingen under specifika omständigheter tilldelats en egen position i Omtaget. Grunderna för bolagets talan baseras därför på den sammantagna handläggningen i båda upphandlingarna. Omständigheterna i den ursprungliga upphandlingen utgör grund för ansökan. Som stöd för att det föreligger ett samband mellan den ursprungliga upphandlingen och Omtaget åberopar bolaget motiveringen i en intern utmärkelse från Nestlé Health Science Nordic till "Sales Achiever of the Year".

I den ursprungliga upphandlingen hade både bolaget och Nestlé likvärdiga förutsättningar för att delta och bli antagna. Anpassningen av kriterier för Nestlés produkt Althera innebär nu att andra leverantörer, däribland bolaget, inte har likvärdiga förutsättningar för att kunna offerera positioner i den produktgruppen. Både bolaget och Abigo Medical AB, som är starka konkurrenter till Nestlé, är förhindrade att lämna anbud för produktgruppen då de inte uppfyller de uppställda ska-kriterierna. Kraven som ställs i den nya produktgruppen 173:1 är att produkten inte ska innehålla FOS/GOS och probiotika vilket var en förändring från den ursprungliga upphandlingen. Varuförsörjningen har inte redovisat vilka vårdbehov som tillmötesgår med dessa kriterier eller vilka medicinska skäl eller vetenskapligt beprövade resultat kriterierna i produktgrupp 173:1 uppfyller jämfört med kraven i den ursprungliga upphandlingen. Det finns starkt stöd för att just de två kriterierna att modersmjölkersättningen inte får innehålla FOS/GOS eller probiotika har valts ut för att ge företräde åt Nestlés produkt. Det framstår som att de vårdbehov som föranledde införandet av den nya produktgruppen i Omtaget har beaktats av Varuförsörjningen efter den ursprungliga upphandlingen och att utfallet i den ursprungliga upphandlingen har styrt vårdbehoven och inte tvärtom. Även om de påstådda vårdbehoven

skulle anses föreligga har Varuförsörjningens agerande i upphandlingarna sammantaget inte varit förenligt med de grundläggande principerna i LOU. Det har inte redogjorts för att enbart modersmjölksersättning som är fri från FOS/GOS har bevisad effekt. Rekommendationen från World Allergy Organisationen ger stöd för det motsatta;

"The WAO guideline panel suggests prebiotic supplementation in not-exclusively breast-fed infants, both at high and at low risk for developing allergy".

- Guidelines for Allergic Disease Prevention (GLAD-P):  
Prebiotics Cuello-Garcia et al. World Allergy Organization Journal (2016) 9:10; 7

Bolagets produkt Pepticate innehåller probiotika och det finns stöd för att den egenskapen också motverkar mjölkallergier. Detta tillsammans med brist på redogörelse från Varuförsörjningen, också om på vilket sätt avsaknad av probiotika bidrar till önskad effekt, leder till att det inte kan anses bevisat att de ställda kriterierna i Omtaget ger en patientnytta och därför framstår kraven inte heller som adekvata eller relevanta. Detta innebär att kraven inte kan ses som proportionerliga.

Även om ett vårdbehov kan bevisas så drabbas ändå bolaget avsevärt av att produktgruppen inte infördes i den ursprungliga upphandlingen. Mot bakgrund av att färre antal anbudsgivare kvalificeras i den nya produktgruppen kommer Nestlé mer fritt kunna erbjuda priser i den nya positionen utan någon prisbegränsning vilket motverkar upphandlingens syfte att Varuförsörjningen ska tilldela kontrakt för det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller som innehåller det lägsta priset. Dessutom är Nestlés och bolagets priser nu offentliga för anbudsgivare som ska skicka in anbud på position 173:1. Priserna har på detta sätt förbestämts och potentiella anbudsgivare kan i förväg avgöra hur de behöver förhålla sig till positionen i produktgruppen vilket utesluter utrymme för konkurrens. Denna situation innebär egentligen att positionen i den ursprungliga upphandlingen skapats

för skens skull för att otillbörligen sänka priserna och sedan upphandla produkter i den riktiga produktgruppen i ett omtag.

Bolaget har varit förhindrat att lämna anbud på grund av de uppställda kriterierna men är ändå en intressent rörande beslut som angår produktgrupp 173:1. Hade såväl position 173:1 som 153:3 ingått i den ursprungliga upphandlingen hade konkurrenssituationen sett helt annorlunda ut. Nestlé's produkt Althera hade då ensamt kunna söka på en egen position utan att ingå i position 173:1. Detta hade lett till att bolaget och Nestlé hade kunnat erbjuda sina produkter i olika produktgrupper i samma upphandlingsprocess och oberoende av varandra, mot bakgrund av att en produkt bara får tilldelas en position i en upphandling. Nu aktuellt utfall har inneburit att en leverantör, ensidigt och otillbörligen gynnats på den andres bekostnad, vilket inte kan anses vara förenligt med likabehandlingsprincipen. Skadan är inte begränsad till förlorad möjlig försäljningsvolym för bolaget utan också, ett genom upphandling framtvingat, lägre pris/enhet än vad annars vore fallet. Den skada som åsamkats bolaget hade kunnat undvikas om en produktgrupp likt 173:1 i Omtaget hade införts i den ursprungliga upphandlingen. Bolaget åberopar bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 6411-08 och 3362-15.

**Varuförsörjningen** bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bland annat följande.

En första upphandling avseende sondnäringar och kosttillskott (VF2017-0030) avbröts i delar den 25 februari 2018. En ny upphandling (VF2018-0031) påbörjades därefter den 19 oktober 2018. Frågor avseende ett avbrytande av en tidigare upphandling kan inte göras gällande inom ramen för denna ansökan. Avtalsspärren avseende det tidigare fattade beslutet om att avbryta vissa delar av upphandlingen löpte ut den 14 juni 2018.

I kravspecifikationen för produktgrupp 173:1 den nu aktuella upphandlingen har uppställts krav om att modersmjölksersättningen ska användas av spädbarn i ålder 0–12 månader samt att produkten inte ska innehålla FOS/GOS och probiotika. Syftet med dessa krav har koppling till föremålet för upphandlingen vilket är modersmjölksersättning. Det krav på ålder som har ställts syftar till att säkerställa att samma produkt kan användas för hela tiden, dvs. 0–12 månader. De krav som har ställts syftar till att produkten i patientsäkerhetshänseende är så fri från tillsatser och kostfibrer som möjligt och därmed förhindra eventuella allergena effekter. Ska-kraven är inte i något hänseende godtyckliga eller uppenbart osakliga. Det har inte skett en särbehandling och anpassning av ska-kraven i underlaget för att tillgodose den av Nestlé offererade produkten Althera. Bolaget har heller inte visat på vilket sätt Varuförsörjningen skulle ha särbehandlat denna leverantör eller produkt. Varuförsörjningen bestrider att kraven har ställts i syfte att otillbörligen sänka anbudspriserna och inte något av det som bolaget anför visar på detta. Utformningen av ska-kraven har skett helt och hållet likabehandlande och inte på något sätt konkurrensbegränsande.

Varuförsörjningen bestrider att bolaget har lidit någon skada i upphandlingen. Då bolagets anbud inte har uppfyllt samtliga kvalificeringskrav och därmed har uteslutits ur upphandlingen kan bolaget inte lida någon skada.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida

skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bolaget har ansökt om överprövning av Varuförsörjningens tilldelningsbeslut den 11 december 2018. Bolaget har samtidigt anfört synpunkter på Varuförsörjningens tidigare beslut att avbryta delar av en föregående upphandling. Förvaltningsrätten är dock förhindrad att inom ramen för detta mål pröva om beslutet att avbryta tidigare upphandling var riktigt och konstaterar vidare att vad som förevarit i tidigare upphandlingar saknar betydelse för förvaltningsrättens prövning i aktuellt mål. Vad för krav som ställts i tidigare upphandling och hur detta har prövats vid en tidigare anbudsprövning har således ingen betydelse i den nu aktuella upphandlingen.

Den omständigheten att den nya upphandling som det här är fråga om rör en och samma produkt som upphandlats tidigare ändrar inte denna bedömning. I detta sammanhang konstaterar förvaltningsrätten också att avgörandet 3362-15 inte är relevant i målet då denna dom handlade om en väsentlig ändring i underlaget under en upphandlings genomförande.

Det förvaltningsrätten kan pröva är om de krav som i upphandlingen ställts på produktgruppen modersmjölkersättning är förenliga med LOU. Bolaget har härvid anfört att det skett en särbehandling och anpassning av skräven i underlaget för att tillgodose den av Nestlé offererade produkten Althera och att de krav på objekten som uppställts inte samtidigt kan uppfyllas av andra leverantörer än Nestlé. Bolaget menar vidare att kravet har ställts i syfte att otillbörligen sänka anbudspriserna.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad den önskar upphandla och vilka krav som ställs utifrån

de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU iakttas.

Principen om proportionalitet 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 (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste dock vara kopplade till föremålet för upphandlingen dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78). Det strider inte mot likabehandlingsprincipen att ställa höga krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla, så länge kraven sakligt motiverade av upphandlingsföremålet (mål C-513/99 Concordia).

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på att produkten inte ska innehålla FOS/GOS och probiotika är kopplat till upphandlingsföremålet modersmjölkersättning och att det också har en direkt påverkan på vad som ska upphandlas. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt utan har utformats med beaktande av ett behov av en mjölkersättning fri från tillsatser som skulle kunna ge allergena effekter. Bolagets åsikt att vårdbehovet inte är visat finner inte stöd i utredningen. Vidare är kravet tydligt och lika för alla anbudsgivare.

Bolaget gör också gällande att det uppställda kravet inte kan uppfyllas av andra leverantörer än Nestlé. Bolaget har dock inte närmare utvecklat vilka faktiska hinder det skulle finnas för andra leverantörer att uppfylla kraven. Något mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet med upphandlingen har heller inte framkommit.



Bolaget har visserligen, som det får förstås, föreslagit att upphandlingen skulle kunna delas upp i flera kategorier av modersmjölkersättningar. Bolaget har därvid åberopat RÅ 1999 not 1. I detta avgörande uttalar HFD att ett krav på att ett samlat anbud ska avges för ett omfattande område kan i vissa fall bedömas vara oproportionerligt. Enligt förvaltningsrättens mening är situationen dock inte jämförbar då det i HFD:s avgörande inte var fråga om ett val mellan två produkter med olika egenskaper utan om en upphandling av en specificerad tjänst (tandvård). Det framgår inte heller att den nu aktuella upphandlingen är av sådan omfattning som den som var aktuell i RÅ 1999 not. 1.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det heller inte anses vara rimligt att Varuförsörjningen vid sidan av den produkt myndigheten efterfrågar och har ett behov av, även ska upphandla en icke-efterfrågad produkt enbart i syfte att inte agera konkurrenshämmande. Förvaltningsrätten finner i övrigt att bolaget inte på ett övertygande sätt heller har redogjort för på vilket sätt som den i målet aktuella upphandlingen verkar konkurrensbegränsande. Den negativa effekt som kravet kan få för leverantörer framstår inte som överdrivet stor eller oproportionerlig på annat sätt. Förvaltningsrätten kan heller inte se att kravet kunnat påverka anbudspriserna på ett otillbörligt sätt. Eftersom kravet på modersmjölkersättning fri från FOS/GOS eller annan probiotika inte visats strida mot principerna om icke-diskriminering, proportionalitet eller likabehandling saknas det därmed skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Lina Törnqvist  
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

