



KLAGANDE

Johnson & Johnson AB, 556063-2514
Staffans väg 2
191 84 Sollentuna

Ombud: jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Jämtlands läns Landsting
Box 654
831 27 Östersund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Jämtlands läns dom den 24 september 2009 i mål nr 511-09,
se bilaga A

SAKEN

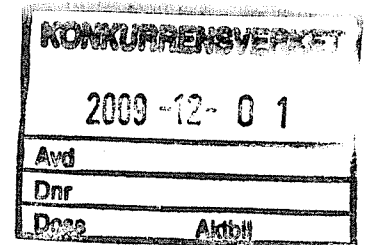
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen ska göras om.

- Klagande/ombud
 Motpart/ombud
 SKV
 FK NFC
 LST/Trp.st
 LR
 Ku-Verket

- För delgivning
 För kännedom
 För handläggning



YRKANDEN M.M.

Johnson & Johnson AB (bolaget) yrkar att kammarrätten med ändring av länsrättens dom ska förordna att upphandlingen ska göras om. Som skäl härför anför bolaget i huvudsak följande.

Landstinget har brutit mot 1 kap. 9 § LOU och de däri inrymda principerna om proportionalitet och likabehandling. Detta har skett genom att landstinget som miljökrav har uppställt att den produkt som upphandlas ska vara fri från triclosan. Suturer med tillsats av en sådan liten mängd triclosan som förekommer i de aktuella produkterna medför ingen miljörisk över huvud taget, varför kravet står i strid med proportionalitetsprincipen. Triclosan är bakteriedödande och således klassat som miljöfarligt vilket bolaget inte bestrider. Däremot bestrider bolaget landstingets sätt att utvärdera produkters miljöpåverkan. Landstinget har stannat vid att konstatera att ämnet är miljöfarligt. Enligt den modell som framtagits av bl.a. Läkemedelsverket räcker det inte att, som landstinget gjort, titta på ämnets miljöklassificering. Istället ska sannolikheten för eventuell skada, dvs. miljörisken, utvärderas. Det väsentliga är hur och i vilka kvantiteter ämnet kommer ut i miljön. Om koncentrationen av ämnet i miljön understiger den koncentration som anses vara farlig för miljön utgör ämnet enligt modellen ingen miljörisk. Bolaget har visat att även om antibakteriella suturer innehåller triclosan, kommer triclosanet aldrig ut i miljön. Istället neutraliseras ämnet i kroppen och utsöndras som ofarligt konjugat. Den oanvända delen av suturen förbränns med sjukhusavfallet, där triclosanet bryts ned till ofarliga ämnen. Eftersom triclosan i antibakteriella suturer inte kommer ut i miljön är dess miljöpåverkan densamma som hos vanliga suturer. Detta innebär att antibakteriella suturer inte har en negativ inverkan på landstingets miljömål ”att öka antalet miljöanpassade produkter”. Den lilla mängden triclosan har istället en positiv effekt för patienterna och vården som helhet eftersom antalet postoperativa kirurgiska sårinfektioner i ett flertal studier har visat sig minska vid användningen av antibakteriella suturer. Suturer med triclosan

utgör således tveklöst ”den bästa tillgängliga tekniken” som ska väljas enligt BAT-principen. De antibakteriella suturerna används i större delen av världen med stor framgång i kampen mot kirurgiska sårinfektioner. Bolaget har som enda företag inom den medicintekniska branschen tagit fram antibakteriella suturer. Kravet på att produkterna ska vara fria från triclosan slår därför bara mot bolaget och står därför i strid även mot likabehandlingsprincipen eftersom det endast är bolagets produkter som stängs ute från den jämtländska marknaden. Överträdelserna av proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna medför att bolaget lidit, eller i vart fall riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Bolaget, som är det enda företaget som kan erbjuda antibakteriella suturer, har genom det aktuella skullkravet förlorat möjligheten att lämna sitt bästa anbud i upphandlingen och riskerar därmed att gå miste om tillfälle att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Bolaget har i länsrätten framhållit att de antibakteriella suturerna är CE-märkta. Länsrätten har dock inte alls bemött denna grund i sin dom. Enligt EG-domstolens dom i mål C-489/06 får upphandlande myndigheter som har inlett ett anbudsförfarande avseende leverans av medicintekniska produkter försedda med CE-märkning inte förkasta anbud avseende sådana produkter utan att iaktta det förfarande som föreskrivs i artiklarna 8 och 18 i rådets direktiv 93/42 EEG av den 14 juni 1993 om medicintekniska produkter. Av artikel 5.2 i detta direktiv framgår att direktivet även omfattar kirurgiska suturer såsom dessa är upptagna i monografierna till den Europeiska Farmakopén. Bolaget kan inte se att landstinget har iakttagit det förfarande som föreskrivs i artiklarna 8 och 18 i direktiv 93/42 och som inbegriper ett konstaterande av att produkten kan komma att äventyra patienters, användares och i förekommande fall andra personers hälsa och säkerhet samt en underrättelse till kommissionen rörande detta förhållande. Om landstinget skulle vidhålla sitt lagstridiga krav utan att iaktta ett dylikt förfarande gör landstinget sig skyldigt till en överträdelse av både direktiv 93/42 och artikel 23 punkten 5 i direktiv 2004/18 EEG såsom denna artikel

kommer till uttryck i 6 kap. 6 § LOU. Det är uppenbart att bolaget lider skada även till följd av denna landstingets överträdelse av LOU.

Landstinget bestrider bifall till överklagandet och anför, utöver vad som tidigare anförts, till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Det uppställda skallkravet på att suturer ska vara fria från triclosan är relevant, lämpligt, effektivt och proportionerligt. För verksamheten finns fullgoda alternativ, dvs. suturer utan tillsats av triclosan. Bolaget har på samma sätt som övriga anbudsgivare haft möjlighet att lämna anbud på suturer utan tillsats av triclosan. Bolaget har sådana suturer i sitt sortiment. Landstingets krav kan inte anses vara utestängande och likabehandlingsprincipen har inte satts ut spel. Landstinget ifrågasätter inte att den aktuella varan är CE-märkt. CE-märkning innebär dock inte, vilket bolaget tycks vilja göra gällande, att landstinget måste upphandla varan. Landstinget har valt att inte upphandla suturer med tillsats av triclosan med hänsyn till landstingets miljömål där det framgår att landstinget ska öka mängden miljöanpassade läkemedel, kemikalier, produkter och tjänster. Triclosan är ett ämne som klassas som miljöfarligt, har en miljöpåverkan och bland annat är giftigt för vattenlevande organismer. Landstinget har följt miljöbalkens hänsynsregler där det av produktvalsregeln framgår att om man kan ersätta en produkt som kan innebära en risk för miljön så ska man göra det. Av försiktighetsprincipen framgår dessutom att redan risken för skada på miljö medför att åtgärder ska vidtas för att förebygga, hindra eller motverka dess negativa effekter. Vidare framgår av BAT-principen att man ska söka efter den tekniska lösning som är minst miljöpåverkande. Då landstinget anser att suturtråd utan tillsats av triclosan är ett fullgott alternativ har landstinget i enlighet med ovan nämnda mål och riktlinjer ställt krav på att suturer inte ska innehålla triclosan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

Bolaget har som huvudsaklig grund för sitt yrkande åberopat att landstinget genom att i upphandlingen ställa krav på att de suturer som upphandlas ska vara fria från triclosan har brutit mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.




Kammarrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande och att det inte finns några principiella hinder mot att myndigheten uppställer krav på att en vara inte får innehålla ett ämne som är skadligt för miljön. Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna, däribland proportionalitetsprincipen. I förevarande fall medför det aktuella miljökravet att landstinget från upphandlingen helt utestänger en produkt som i funktionshänseende är i vart fall likvärdig med de andra produkterna på marknaden. Då det uppställda kravet således innebär en konkurrensinskränkning krävs, för att kravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen, att det ska vara lämpligt och effektivt i förhållande till syftet, att det inte funnits ett mindre ingripande alternativ och att den miljövinst som följer av kravet står i proportion till konkurrensinskränkningen och den skada som leverantören åsamkas.

Av landstingets yttranden i målet framgår att syftet med det uppställda s.k. skallkravet är att uppfylla landstingets miljömål att öka mängden miljöanpassade produkter. Vidare framgår att kravet motiveras med att triclosan är ett ämne som klassas som miljöfarligt, har en miljöpåverkan och bland annat är giftigt för vattenlevande organismer. Kammarrätten gör bedömningen att kravet har samband med det som upphandlas och att det i och för sig ligger i linje med landstingets miljömål att undvika att upphandla produkter som innehåller miljöfarliga ämnen. Bolaget har emellertid gjort gällande att ämnet triclosan enligt Naturvårdsverkets uppfattning inte bedöms utgöra en risk för miljön, att mängden triclosan i suturerna är mycket liten och att det endast är en närmast försumbar mängd av triclosanet i de aktuella suturerna som sprids ut i naturen genom

avfallsförbränning eller avsöndring från människokroppen. Bolaget har återopat ett flertal rapporter till styrkande av sina påståenden och påståendena som sådana har inte bestridits av landstinget. Kammarrätten finner därför att bolagets påståenden ska läggas till grund för bedömningen och att det med hänsyn till dem framstår som tveksamt om det ifrågasatta skullkravet medför någon egentlig vinst ur miljöhänseende. Med denna utgångspunkt för bedömningen finner kammarrätten att landstingets krav inte framstår som ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå det eftersträvade syftet varför skullkravet strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Inte heller i övrigt framstår skullkravet som nödvändigt eller proportionerligt i förhållande till syftet.

Med hänsyn till att bolaget genom det aktuella skullkravet har förlorat möjligheten att lämna vad bolaget anser vara sitt bästa anbud i upphandlingen har bolagets chanser att tilldelas kontrakt i upphandlingen minskat på ett sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 1 och 2 §§. Det finns därför skäl att, med bifall till överklagandet, besluta att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva bolagets övriga grunder för överklagandet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

		
Gertrud Forkman kammarrättsråd ordförande	Gunilla Ericsson kammarrättsråd referent	Torbjörn Eriksson kammarrättsråd

Vanja Marcusson
föredragande



KLAGANDE

Johnson & Johnson AB, 556063-2514
Staffans väg 2
191 84 Sollentuna

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell,
Jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Jämtlands läns Landsting
Upphandlingsenheten
831 83 Östersund

SAKEN

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

Johnson & Johnson AB (bolaget) har i framställning hos länsrätten ansökt om överprövning av den upphandling som Jämtlands läns landsting (Landstinget) avser att genomföra beträffande bl.a. suturer och kirurgiska stapler enligt förfrågningsunderlag (dnr LS/623/2009). I sin framställning yrkar bolaget att ifrågavarande upphandling ska göras om. Som grund här för har anförts att Landstinget har brutit mot proportionalitetsprincipen, vilken framgår av 1 kap 9 § LOU. Detta har skett genom att Landstinget som miljökrav uppställt att den produkt som upphandlas ska vara fri från triclosan. Härigenom förlorar bolaget möjlighet att lämna sitt bästa anbud och går därmed miste om tillfälle att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Detta medför att bolaget lidit eller i vart fall riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap 1 § första stycket och 16 kap 2 § första stycket LOU.

Landstinget, som förelagts att svara på framställningen, anser att den aktuella upphandlingen inte bryter mot bestämmelserna i LOU.

Dok.Id 18550

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 490	Storgatan 6	063-15 06 00	063-15 07 07	måndag – fredag
831 26 Östersund		E-post:		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Ytterligare skriftväxling har förekommit i målet, varvid vardera parten vidhållit sin respektive uppfattning. Härvid har utförligt redovisats de omständigheter som var och en anser ge stöd för sin inställning till upphandlingen och uppställda miljökrav och hur dessa förhåller sig till lagens syfte.

DOMSKÄL

I 1 kap 9 § LOU finns de grundläggande principerna intagna, som gäller för all offentlig upphandling. Där föreskrivs att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Dessutom ska vid alla upphandlingar principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Dessa bestämmelser ger uttryck för ett antal rättsprinciper som dels följer av EG-fördraget, dels utvecklats i EG-domstolens rättspraxis.

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

I förevarande fall har bolaget gjort gällande att Landstinget brutit mot den i 9 kap 1 § angivna proportionalitetsprincipen genom att som miljökrav uppställa att de produkter som avses upphandlas ska vara fria från triclosan. Dessutom har bolaget anfört att Landstinget även brutit mot likställighetsprincipen.

Landstinget har i svar på bolagets framställning anfört att framställningen ska avslås och har förklarat att av Landstingets miljömål framgår bland annat att man ska öka mängden miljöanpassade läkemedel, kemikalier, produkter och tjänster inom Landstinget. Triclosan är, enligt vad Kemikalieinspektionen uttalat, klassat som ett miljöfarligt ämne med långtidseffekter och är därmed ett prioriterat riskminskningsämne. Av försiktighets-skäl ska därför triclosan undvikas. Nyttan med triclosan uppväger inte dess miljöskadliga verkan. Landstinget har dessutom framhållit att bolaget i sitt sortiment tillhandahåller suturer som inte innehåller triclosan. I belysning av det ovan anförda anser Landstinget att det är befogat att suturer som ska användas inte ska innehålla triclosan. Angivet krav har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till vad som ska upphandlas. Kravet är ägnat att åstadkomma det eftersträvade miljömålet, nämligen att öka mängden miljöanpassade läkemedel, kemikalier samt produkter och tjänster inom Landstingets verksamhet. Det eventuella men som i förevarande fall kan drabba bolaget är inte oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna. Landstinget framhåller att triclosan är ett miljöfarligt ämne och att bolaget i sitt sortiment har suturer som inte innehåller triclosan och att det står bolaget fritt att i anbud offerera efterfrågade produkter på samma villkor som gäller för övriga leverantörer.

Bolaget har, gentemot vad Landstinget anfört, vidhållit sitt yrkande och framhåller att Landstinget inte har motiverat sitt miljökrav trots att detta har en för bolaget utestängande effekt. Inte heller har Landstinget visat att miljökravet är en lämplig, effektiv eller nödvändig åtgärd i miljöhänseende eller att det ens finns något samband mellan detta krav och den miljöpåverkan triclosan har. Det uppställda miljökravet framstår inte vara en proportionerlig åtgärd i förhållande till de negativa effekter som detta krav har på den fria rörligheten. Det aktuella kravet strider även mot likabehandlingsprincipen eftersom detta krav enbart drabbar bolaget, som är det enda företag som tillhandahåller suturer med tillsats av triclosan. Till sist har

bolaget påtalat att man har lidit skada till följd av Landstingets lagstridiga agerande, eftersom bolaget inte har kunnat offerera den bästa tillgängliga produkten och därmed inte kunnat lämna ett så fördelaktigt anbud som möjligt. Upphandlingen med där angivet miljökrav leder till badwill för bolaget och dess varumärke.

Länsrätten gör mot bakgrund av vad som förekommit i målet följande bedömning.

Vad först angår frågan om det uppställda kravet på att triclosan inte får förekomma och därmed ska anses vara en oproportionerlig åtgärd har länsrätten följande inställning. Denna av bolaget åberopade ”proportionalitetsprincip” får i upphandlingshänseende i princip uppfattas som att de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i något hänseende normalt inte får gå utöver vad som kan anses nödvändigt för att man ska få vad som efterfrågas. Uppställda krav får vara effektiva i den meningen att de ska vara möjliga att kontrollera och dessutom ägnade att uppnå det syfte som avses med dessa krav. Det måste sålunda finnas ett rimligt förhållande mellan de mål som eftersträvas och de åtgärder som vidtas för att nå dessa mål. Samtidigt får de olägenheter som kan drabba en leverantör inte vara orimliga i förhållande till nyttan för den upphandlande myndigheten. Mot bakgrund härav och i belysning av vad som förekommit i det nu aktuella fallet kan länsrätten inte finna att vad bolaget anfört inte ger tillräckligt stöd för att sådana omständigheter kan anses föreligga som talar för att det uppställda miljökravet är så oproportionerligt att det utgör ett omotiverat hinder för att Landstinget skall erhålla den produkt som efterfrågas.

Bolaget har vidare gjort gällande att det uppställda kravet, såsom det kommit att utformas, medfört att principen om likabehandling har åsidosatts i och med att bolaget är det enda företag inom den medicintekniska branschen som tagit fram suturer med tillsats av triclosan. Det har emellertid samtidigt, av vad Landstinget obestritt uppgett, framkommit att bolaget


inom ramen för sitt sortiment haft möjlighet att erbjuda suturer som inte innehåller triclosan. Vid sådant förhållande kan i lagens mening någon särbehandling av bolaget inte anses ha förekommit.

Sammanfattningsvis finner länsrätten sålunda vid en sammantagen bedömning att vad bolaget anfört till stöd för att upphandlingen ska göras om, inte är av sådant slag att det finns tillräckliga skäl för detta. Länsrätten beslutar därmed att avslå bolagets framställning.

DOMSLUT

Länsrätten avslår framställningen.

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


Ingvar Modig

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

