



SVEA HOVRÄTT  
Patent- och  
marknadsöverdomstolen

**DOM**  
2017-04-28  
Stockholm

Mål nr  
PMT 7497-16

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts dom 2015-12-18 i mål T 12305-13, se bilaga A

### KLAGANDE

1. Aleris Diagnostik AB, 556052-8746  
Box 47134, 100 74 Stockholm

Ombud: Advokaterna O.R. och A.M.

2. Capio S:t Görans Sjukhus AB, 556479-1456  
S:t Göransgatan 141, 112 81 Stockholm

Ombud: Advokaterna J.C., F.S. och M.A.

3. Hjärtkärlgruppen i Sverige AB, 556643-3958  
Box 5846, 102 48 Stockholm

Ombud: Jur.kand. A.L.

### MOTPART

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

### SAKEN

Konkurrensbegränsande samarbete

### DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen upphäver tingsrättens dom och lämnar Konkurrensverkets talan utan bifall.

2. Aleris Diagnostik AB tillerkänns ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader med 10 140 200 kr, varav 9 654 300 kr avser ombudsarvode.

Dok.Id 1328942

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-561 675 09	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: svea.hovratt@dom.se www.patentochmarknadsoverdomstolen.se		

3. Capio S:t Görans Sjukhus AB tillerkänns ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader med 8 106 422 kr, varav 7 989 226 kr avser ombudsarvode.

4. Hjärtkärlgruppen i Sverige AB tillerkänns ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader med 1 458 140 kr, varav 1 449 775 kr avser ombudsarvode.

---

**YRKANDEN M.M.**

Aleris Diagnostik AB (Aleris), Capio S:t Görans Sjukhus AB (Capio) och Hjärtkärlgruppen i Sverige AB (HKG) har var för sig yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska i första hand ogilla Konkurrensverkets talan och i andra hand jämka konkurrensskadeavgiften till noll eller ett lägre belopp än det som tingsrätten kommit fram till. Aleris, Capio och HKG har även var för sig yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska tillerkänna dem den vid tingsrätten begärda ersättningen för rättegångskostnader.

Konkurrensverket har bestritt ändring av tingsrättens dom.

Aleris, Capio och HKG har vidare yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Parterna har i Patent- och marknadsöverdomstolen åberopat samma omständigheter som vid tingsrätten och utvecklat respektive talan så som framgår av tingsrättens dom (se domen s. 10 f.).

Tingsrättens dom överklagades hos dåvarande Marknadsdomstolen. Med stöd av övergångsbestämmelsen till lagen (2016:193) om upphävande av lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. har handläggningen av överklagandet den 1 september 2016 överlämnats till Patent- och marknadsöverdomstolen.

**UTREDNINGEN**

Som ny bevisning i Patent- och marknadsöverdomstolen har HKG åberopat ett yttrande av Stockholms läns landsting av den 16 december 2008. Därutöver är bevisningen i Patent- och marknadsöverdomstolen densamma som i tingsrätten.

**DOMSKÄL***Bakgrund*

I ett förfrågningsunderlag den 22 maj 2008 bjöd Stockholms läns landsting (SLL) in till anbudsgivning avseende tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi. Avtalsperioden var i förfrågningsunderlaget bestämd till ”2009-06-01–2012-05-31” med option för beställaren om förlängning upp till ett år. Upphandlingen var uppdelad i fem olika ”objekt”: (A) arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik, (B) lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser, (C) neurofysiologi, (D) perifer cirkulationsdiagnostik och (E) sömnapnéundersökningar. Upphandlingen annonserades i Anbudsjournalen och på landstingets webbplats för upphandlingar.

I förfrågningsunderlaget angavs att landstinget inte lämnade några garantier om tjänsternas omfattning, vare sig i fråga om ”antal analyser, undersökningar eller deras värde”. I anslutning härtill lämnades ”som prognos för volym (ej bindande för SLL)” uppgifter om de köp per objekt som ägt rum 2007. Vidare angavs att avtal skulle komma att tecknas med de två anbudsgivare som hade lägst totalpris per objekt. Det angavs också att avtal kunde komma att tecknas med fler anbudsgivare, om den ”förväntade volymen” per objekt inte täcktes av de två anbudsgivarnas med lägsta pris uppgivna kapacitet.

Med avseende på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet angavs vissa s.k. skall-krav. Där angavs bl.a. att anbudsgivaren skulle ha erforderlig bemanning av personal för att klara uppdraget enligt de krav som ställdes i en särskild kravspecifikation. Och om anbudsgivaren avsåg att anlita underleverantör för uppdraget skulle detta anges i anbudet med uppgift om underleverantörens namn och organisationsnummer. I en till förfrågningsunderlaget fogad avtalsmall angavs att ”Leverantören” inte hade rätt att anlita underleverantör utan att först inhämta SLL:s skriftliga godkännande.

I ett tjänsteutlåtande den 8 maj 2008, som låg till grund för landstingets beslut om upphandlingen, föreslogs att viss andel av de aktuella tjänsterna inte skulle omfattas av

förfrågningsunderlaget. I utlåtandet angavs att ca tio procent av 2007 års volym av undersökningar avseende klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi utfördes av de landstingsägda akutsjukhusen. För att säkerställa utbudet av undersökningar vid dessa sjukhus och för att underlätta för patienter med närhet till sjukhusen, föreslogs att de landstingsägda akutsjukhusen skulle få ”direktavtal motsvarande 2007 års volymer till priser som följer lägsta pris i kommande upphandling”.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det år 2007 genomfördes sammanlagt 129 340 undersökningar inom de i målet aktuella tjänsterna till ett värde om ca 211 miljoner kr, inklusive värdet av 6 063 undersökningar inom tjänsten neurofysiologi som inte är aktuell i målet. I förfrågningsunderlaget erinrade landstinget om att det i länet finns ca 1,9 miljoner invånare. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att landstinget förväntade sig att även utländska företag skulle inkomma med anbud (se punkt 1.8) men att svenska språket skulle användas (punkt 1.6) samt att avtal skulle tecknas med de två anbudsgivare som hade ”lägst totalpris per objekt” (punkt 1.17).

Under sommaren 2008 förekom olika kontakter mellan dels Aleris och Capiro, dels Aleris å ena sidan och Globen Heart AB och Medical Support i Stockholm AB å den andra, bl.a. via e-post (se tingsrättens dom s. 155 f.). Inför den förestående upphandlingen träffade Aleris skriftliga samarbetsavtal med dels Capiro den 3 september 2008, dels Globen Heart AB och Medical Support i Stockholm AB den 8 september 2008, vars rätt enligt avtalet senare överläts till HKG (benämns i fortsättningen avtalet mellan Aleris och HKG). En redovisning för de i målet centrala villkoren i avtalen finns i tingsrättens dom (se domen s. 153 f. resp. 159 f.).

I båda avtalen angavs att parterna i respektive avtal hade för avsikt att var för sig lämna anbud ”inom ramen” för den förestående upphandlingen. Enligt det skriftliga avtalet mellan Aleris och Capiro förband sig vart och ett av bolagen att lägga anbud på det maximala antalet undersökningar inom respektive tjänsteområde inom klinisk fysiologi som omfattades av upphandlingen (vårdtjänsterna arbetsfysiologi/-hjärtdiagnostik, lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser, perifer cirkulationsdiagnostik och sömnapnéundersökningar), med det undantaget att Capiro endast var skyldigt att lämna anbud på åtta procent av sömnapnéundersökningarna (punkt 9 i avtalet). I det

skriftliga avtalet mellan Aleris och HKG fanns inte någon motsvarande bestämmelse, men i målet är ostridigt att parterna i avtalet var överens om att de skulle lämna anbud på samtliga tjänster enligt förfrågningsunderlaget, med det undantaget att Aleris inte skulle lämna något anbud på neurofysiologiska tjänster (punkt 3.1 iii i avtalet).

I båda avtalen angavs vidare att den ena parten skulle ha rätt, men inte skyldighet, att vara "Underleverantör" till den andra parten ("Beställaren"), om denne av landstinget skulle utses att ingå s.k. vårdavtal för sådana tjänster som upphandlingen avsåg och som omfattades av respektive avtal. I avtalet mellan Aleris och Capio angavs med avseende på vårdtjänsterna arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik, lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser och perifer cirkulationsdiagnostik, att underleverantören skulle ha rätt att utföra maximalt 50 procent av det antal undersökningar inom respektive tjänsteområde som skulle utföras av beställaren enligt vårdavtalet (punkt 3.2). I båda avtalen angavs att beställaren till underleverantören skulle betala en ersättning som uppgick till 98 procent av det belopp som beställaren debiterade landstinget (punkt 4.2).

#### *Frågorna i målet och tillämplig lag*

Konkurrensverket har påstått att de avtal som kom till stånd eller de samordnade förfarandena – i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) – har syftat till att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden genom delning av volymer (volymdelning) som kunde komma att avropas samt genom utbyte av information (informationsutbyte) om vilka objekt och vilka volymer som anbuden skulle avse. Konkurrensverket har härvid anført att volymdelningen och informationsutbytet ska bedömas tillsammans som en överträdelse.

Vidare har Konkurrensverket gjort gällande att även den information som Aleris i augusti 2008 lämnade till dåvarande Globen Heart AB om sina diskussioner med Capio om ett samarbetsavtal, utgör ett samordnat förfarande som, tillsammans med övriga "beskrivna" förfaranden, utgör en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap 1 § konkurrenslagen.

Konkurrensverket har anfört att samarbetsavtalens konstruktion påverkat avtalsparternas incitament att konkurrera fullt ut i upphandlingen och att avtalen kan antas ha minskat priskonkurrensen mellan parterna samt att den effekten av avtalen ska ha blivit starkare för Aleris som hade två sådana avtal. Konkurrensverket har vidare anfört att avtalen ökade företagets möjligheter att få utföra tjänster åt landstinget och att skillnaden i intäkter för den part som inte vann upphandlingen var begränsad eftersom den uppgick till endast två procent.

Aleris och medparter har invänt att varken avtalen eller de påstådda förfarandena haft ett konkurrensbegränsande syfte samt att de inte heller fick till resultat att konkurrensen begränsades.

Aleris och HKG har vitsordat att Aleris den 13 augusti 2008, genom A.J.-D., per e-post underrättade Globen Heart, genom M.N., om att Aleris haft kontakter med Capios vice verkställande direktör E.T. om ett samarbetsavtal, men bestritt att fråga varit om ett samordnat förfarande som tillsammans med andra förfaranden utgjort en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Aleris och medparter har bestritt vad Konkurrensverket anfört om att samarbetsavtalen påverkat avtalsparternas incitament att konkurrera fullt ut i upphandlingen och om att avtalen kan antas ha minskat priskonkurrensen mellan parterna.

Enligt 2 kap. 1 § första stycket konkurrenslagen gäller som huvudregel att sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen är förbjudna. Enligt bestämmelsens andra stycke gäller detta särskilt vissa avtal, bl.a. sådana avtal som innebär att marknader delas upp (3). Bestämmelsen i 2 kap. 1 § konkurrenslagen har sin förebild och motsvarighet i artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Artikeln är direkt tillämplig i medlemsstaterna, men kräver för sin tillämpning att ett ifrågasatt förfarande kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Patent- och marknadsöverdomstolen inleder med att ta ställning till frågan om artikel 101.1 i EUF-fördraget är tillämplig i målet och tar därefter upp frågorna om Aleris och medparter har överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete.

#### *Frågan om samhandelseffekt*

Europeiska kommissionen har utfärdat riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i [dåvarande] artiklarna 81 och 82 i fördraget (publicerade i EUT C 101 den 27 april 2004 s. 81). Riktlinjerna bygger på den praxis som utvecklats av bl.a. EU-domstolen, och som finns redovisad i riktlinjerna. I sin praxis har EU-domstolen också tillämpat och hänvisat till riktlinjerna vid bedömningen av vad som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna (se bl.a. EU-domstolens dom den 11 juli 2013, kommissionen mot Stichting Administratiekantoor Portielje och Gosselin Group NV, C-440/11 P, EU:C:2013:514, punkterna 104-106 samt jfr domstolens dom samma dag, Ziegler SA mot kommissionen, C-439/11 P, EU:C:2012:800, punkterna 60-61).

Begreppet ”kan påverka” innebär att det måste vara möjligt att, med en tillräcklig grad av sannolikhet på grundval av ett antal objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, förutse att ett avtal eller ett förfarande kan påverka, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, handelsmönstret mellan medlemsstaterna (se riktlinjerna punkt 23). Det är inte nödvändigt att avtalet eller förfarandet faktiskt påverkat handeln mellan medlemsstaterna, utan tillräckligt att avtalet eller förfarandet genom sin beskaffenhet kan ha sådan effekt (punkt 26). Tillämpningsområdet omfattar således avtal eller missbruk som genom sin beskaffenhet kan ha gränsöverskridande effekter, oavsett om ett visst avtal eller förfarande faktiskt har sådana effekter (punkt 27).

Härutöver fordras för tillämpning av artiklarna att en påverkan på handelsmönstret har en ”märkbar effekt”. I riktlinjerna finns en kvantifiering av detta märkbarhetskriterium i form av viss sammanlagd marknadsandel och årlig omsättning. Om parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger fem procent och deras årliga sammanlagda omsättning avseende berörda produkter inte överstiger 40 miljoner euro



anges i riktlinjerna att ett avtal i princip inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna märkbart (punkt 52).

I riktlinjerna finns särskilda överväganden för avtal som omfattar endast en del av en medlemsstat (punkterna 89 – 92). Här anges att den bästa indikatorn på att ett avtal märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstater i allmänhet anses vara den andel, mätt i volym, av den nationella marknaden som utestängs (punkt 90). Vidare anges bl.a. att "[d]et kommer således att väga tyngre om avtalet omfattar områden med en hög efterfrågekoncentration än om det omfattar områden med mindre koncentrerad efterfrågan." I anslutning härtill påpekas att det krävs att den andel av den nationella marknaden som utestängs är betydande.

Enligt vad utredningen visar utfördes år 2008 sammanlagt 131 986 fysiologiska undersökningar åt Stockholms läns landsting, som i princip är ensamt om att efterfråga tjänster av detta slag i länet. Av dessa utförde Aleris och medparter ca 72 procent. Med beaktande av att befolkningen i Stockholms län utgör ca 20 procent av befolkningen i Sverige, måste de berörda företagens andel av den nationella marknaden för fysiologiska undersökningar anses vara betydande, i vart fall vid tillämpningen av de ovan nämnda riktlinjerna om påverkan på handeln mellan EU:s medlemsstater.

Härtill kommer att det av utredningen framgår att såväl landstinget som aktörerna på marknaden räknade med att utländska företag skulle delta i upphandlingen. E.T. och N.S., har omvitnat att Capiro förväntade sig att det skulle komma anbud även från utländska företag, bl.a. av något större företag. Och G.H. har berättat bl.a. att Stockholm Heart Center utgick från att det skulle dyka upp nya företag som "ville komma in på Stockholmsmarknaden".

På grund av det anförda bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att de i målet aktuella avtalen och förfarandena, för det fall de syftat till att begränsa konkurrensen eller haft sådant resultat, i vart fall har haft en potentiellt märkbar påverkan på handeln mellan Sverige och en eller flera andra medlemsstater inom EU, varför även bestämmelsen i artikel 101.1 i EUF-fördraget är tillämplig i målet.

*Frågan om s.k. syftesöverträdelse*

Frågan om en syftesöverträdelse föreligger, dvs. om ett avtal eller en samordning mellan företag redan till sin art är skadlig för konkurrensen, ska bedömas med beaktande av alla relevanta omständigheter, inbegripet de aktuella tjänsternas beskaffenhet, de faktiska villkoren på marknaderna och deras struktur, samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller samordningen ingår i, och det saknar betydelse om dessa omständigheter är hänförliga till den relevanta marknaden (se t.ex. EU-domstolens dom den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 78).

För att avgöra om ett avtal eller samordnat förfarande har till syfte att begränsa konkurrensen i det avseende som avses i de aktuella bestämmelserna ska ledning sökas främst i innehållet i avtalet och i de objektiva mål som avtalet strävar efter att uppnå (se t.ex. EU-domstolens dom den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punkterna 16 och 21). Även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals begränsande syfte, föreligger inte något hinder mot att beakta detta (se EU-domstolens dom den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKlein Services m.fl. mot kommissionen m.fl., C-501/06 P m.fl., EU:C:2009:610, punkt 58).

Det viktigaste kriteriet för att avgöra huruvida en samordning mellan företag innebär en konkurrensbegränsning genom syfte är om det kan fastställas att en sådan samordning i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen (se EU-domstolens dom i målet CB mot kommissionen, punkt 57). Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte kan endast tillämpas på vissa typer av samordning mellan företag som är så skadliga för konkurrensen att någon bedömning av samordningens effekter inte behöver göras (CB mot kommissionen, punkt 58).

Bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket ett förfarande som avser uppdelning av marknader ingår, kan begränsas till vad som visar sig vara absolut nödvändigt för att dra slutsatsen att det rör sig om en konkurrensbegränsning genom syfte (se EU-domstolens dom den 20 januari 2016, Toshiba Corporation mot kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punkterna 28 och 29).

Vid bedömningen är det väsentligt att sammanblandning inte sker med den analys som görs då eventuella konkurrensbegränsande effekter av ett förfarande ska konstateras. Det innebär bl.a. att en fråga om vissa åtgärder inte kan uteslutas från att vara konkurrensbegränsande ska prövas vid en bedömning av deras verkan och inte vid bedömning av deras syfte (se EU-domstolens dom i målet CB mot kommissionen, punkt 81, med hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande i målet, punkt 131).

Frågan om sammanblandning mellan syftes- och resultatanalyserna har uppmärksamats även inom den konkurrensrättsliga litteraturen. Det har därvid erinrats om risken för sammanblandning av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för ett visst avtal med den bedömning som ska göras av ett eventuellt konkurrensbegränsande resultat eller effekt av avtalet (se bl.a. Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 8th ed, s. 126 f.; jfr även Kenny Carlsson och Mats Bergman, *Konkurrenslagen En kommentar*, andra uppl. s. 167 f.).

Den analys som ska utföras för fastställande av om ett avtal eller samordnat förfarande utgör en s.k. syftesöverträdelse får följaktligen inte bli så omfattande och djupgående att den rätteligen ska göras vid en analys av ett eventuellt konkurrensbegränsande resultat. I detta sammanhang bör uppmärksammas att den sanktion i form av konkurrensskadeavgift som kan följa på en syftesöverträdelse är av straffrättslig karaktär (se MD 2015:4 punkt 25 med där gjorda hänvisningar).

Av det anförda följer att utrymmet måste vara snävt för att fastställa att ett samarbete innebär en konkurrensbegränsning genom syfte.

Avtal mellan konkurrenter om uppdelning av en marknad mellan sig i olika volymer omfattas av bestämmelsen i 2 kap. 1 § andra stycket 3 konkurrenslagen (och motsvarande bestämmelse i artikel 101.1 i EUF-fördraget) om uppdelning av marknader och utgör därmed en s.k. syftesöverträdelse.

Vad gäller informationsutbyte mellan konkurrenter är bedömningen beroende av vilken information som utbyts. Information som minskar osäkerheten om konkurrenters uppträdande på marknaden bedöms ofta som oförenlig med samarbetsförbudet. Det kan således inte sägas generellt att informationsutbyte är ett samarbete som i sig syftar till att begränsa konkurrensen. Om däremot informationsutbytet är en del av annat och större samarbete mellan konkurrenter om exempelvis marknadsdelning kan utbytet bedömas vara ett samarbete som syftar till att begränsa konkurrensen (se t.ex. EU-domstolens dom den 7 januari 2004, Aalborg Portland A/S m.fl. mot kommissionen, C-204/00 P m.fl. EU:C:2004:6, punkt 281).

I Europeiska kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i EUF-fördraget på horisontella samarbetsavtal (EUT C 11 den 14 januari 2011, s. 1) uttalas i punkt 86 att "[i] allmänhet är information som avser priser och kvantiteter mest strategisk, följt av information om kostnader och efterfrågan. --- Den strategiska nyttan av informationen är också beroende av hur aggregerad och gammal den är, vilken marknadskontext det är fråga om och hur ofta information utväxlas." Täta utbyten av färsk och individualiserad information är således mest allvarligt ur konkurrens-hänseende. Utbyte av offentlig information anses mindre allvarligt (jfr punkt 92 i riktlinjerna).

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar, att avtalen träffades inför en offentlig upphandling där köparen av tjänsterna hade nästintill ett faktiskt monopol (s.k. monopsoni). Vidare konstaterar domstolen att köparen bestämt att lägsta pris skulle vara enda utvärderingskriterium i upphandlingen och att endast ett begränsat antal tjänsteleverantörer skulle utses. Parterna i avtalen kunde alltså inte då avtalen ingicks påräkna att få utföra tjänster över huvud taget, utan riskerade tvärtom att slås ut från marknaden.

Att landstinget bestämt att endast ett begränsat antal tjänsteleverantörer skulle utses måste i och för sig anses ha varit ägnat att leda till uppfattningen att endast de företag som kunde erbjuda viss större leveranskapacitet kunde komma i fråga. Men det förhållandet att lägsta pris var det enda utvärderingskriteriet innebar, som tingsrätten anfört (s. 183), att landstinget inte lagligen kunde premiera anbudsgivare med hög

leveranskapacitet. En anbudsgivare som erbjudit leverans till ett lågt pris kunde alltså inte lagligen förbigås av det skälet att dennes leveranskapacitet var begränsad.

Det finns inga uppgifter i vare sig avtalen eller i det som framkommit om parternas kontakter som visar att vissa angivna volymer av de aktuella tjänsterna har delats upp mellan företagen på så sätt att vissa andelar tilldelats avtalsparterna. Den begränsning av möjligheten att bli underleverantör till 50 procent som finns intagen i Aleris avtal med Capio kan inte heller bedömas utgöra en delning av en given volym som är jämförbar med en uppdelning av marknaden i den mening som redovisats ovan. Av ”Inbjudan till anbudsgivning” framgår uttryckligen att ”SLL lämnar inga garantier om tjänstens omfattning”. Att det i förfrågningsunderlaget lämnades en prognos för volym ”ej bindande för SLL” angående köp uppdelat per objekt under år 2007 (se anbudsförfrågan punkt 1.2) ändrar inte detta förhållande.

De påtalade klausulerna i avtalen kan mot denna bakgrund sägas innebära en villkorad skyldighet för ena parten att vid anfordran utse den andre till underleverantör av en obestämd mängd eventuellt vunna tjänster och därigenom bereda denne tillträde till marknaden. Frågan blir då om ett avtal med en sådan innebörd kan sägas höra till den kategori av samarbeten som är så pass skadliga för konkurrensen att någon analys av ett eventuellt konkurrensbegränsande resultat inte behöver göras.

En väsentlig utgångspunkt för bedömningen av avtalen är, som ovan anförts, att landstinget i princip var den enda köparen av de aktuella vårdtjänsterna och att möjligheten för säljare att verka på denna marknad avgjordes genom upphandling med några års mellanrum. Ett bevarande av flera möjliga säljare mellan upphandlingstillfällena kan i sådana fall i någon mån vara främjande för konkurrensen, eftersom företag som slås ut från marknaden inte med någon säkerhet kommer att delta i kommande upphandlingar. Det kan för övrigt förhålla sig så att vissa former av samverkan vid anbudstävlingar kan vara både nyttiga och till köparens fördel.

När det gäller klausulen om volymbegränsning framgår av den i målet aktuella e-postdialogen (se tingsrättens dom s. 155 – 158) hur den kom att föras in i avtalet mellan Aleris och Capio. Av förhöret med E.T. framgår att önskemålet om

att begränsa volymen för underleverantören berodde på att Capio inte kunde avstå hela en eventuellt vunnit volym till Aleris, på grund av att Capio behövde utföra även s.k. remissundersökningar vid S:t Görans sjukhus. Vidare framgår av förhöret att den volym undersökningar som kliniken skulle få från sjukhuset inte var tillräcklig för att bl.a. upprätthålla nödvändig kompetens hos personalen.

Vad sedan gäller det förhållandet att företagen kom överens om att anbud skulle läggas med maximal volym på de tjänster som tidigare hade utförts av företagen och en minimiförpliktelse för Capio avseende sömnapnéundersökningarna kan den inte anses ha medfört att osäkerheten minskade om företagens uppträdande på marknaden på ett sätt som är hämmande för konkurrensen. Förhållandet hade varit annorlunda om avtalen inneburit begränsningar för företagen i anbudsgivningen. Då hade förfarandet haft karaktären av en marknadsdelningskartell där antalet konkurrenter begränsades med konsekvens att priset höjts och kvaliteten försämrats.

Vid dessa förhållanden och då några bestämda volymer inte delats mellan parterna kan avtalen enligt rådande praxis i sig inte anses ha syftat till att begränsa konkurrensen.

Patent- och marknadsöverdomstolen prövar härfter om vad som förevarit mellan Aleris och medparter likväl medfört att de inte konkurrerade fullt ut i upphandlingen på ett sätt som innebär en syftesöverträdelse enligt aktuella bestämmelser.

Av bl.a. förhöret med professor R.W., Handelshögskolan i Stockholm, framgår att Aleris och medparter oaktat avtalen hade anledning att pressa priset på tjänsterna vid anbudsgivningen. En befintlig leverantör av aktuella vårdtjänster kan enligt ekonomisk teori förutsättas göra vad som är möjligt för att inte förlora i en anbudstävling och därmed inte nöja sig med att kanske bli underleverantör till någon annan. Enligt R.W. hade anbudsgivare på den aktuella marknaden en aversion mot förlust, eftersom det fanns risk för kostnader för förlust av personal, lokaler m.m om någon annan än avtalsparterna vann upphandlingen. Och annat är inte visat än att de priser som företagen faktiskt lämnade togs fram före den av Konkurrensverket påstådda tiden för avtalen och samarbetena.

Enligt vad utredningen visar kan inte någon säker slutsats dras av det förhållandet att Aleris och Capiro inledningsvis endast tilldelades några få avtal eftersom det var fråga en upphandling där lägsta pris var enda avgörande kriterium för tilldelning av aktuella tjänster.

J.S. har berättat att Stockholm Heart Center, som lämnade lägst anbud på de olika tjänsterna inom klinisk fysiologi, pressade sitt pris så lågt som bedömdes möjligt eftersom det var fråga om en ren prisupphandling. Av förhöret framgår emellertid inte vilka närmare överväganden som Stockholm Heart Center gjorde i fråga om tjänsternas kvalitet. Enligt G.H. handlade upphandlingen om att ”gå runt på volym”.

Av bl.a. förhören med A.J.-D., E.Z. och C.D. framgår att en förklaring till anbudens prisnivå var att bl.a. Aleris i sin beräkning av priset utgick från att tjänsten skulle utföras med samma kvalitet som tidigare och att det medförde att ett lägre anbud inte lämnades. P.A.D. uppgav i sitt förhör att Capios prisnivå i anbudet var föranledd av att det vid S:t Görans sjukhus utfördes mer kvalificerade och komplicerade undersökningar än vid fristående kliniker.

Enligt E.Z. kom Aleris undersökningar att utföras med lägre kvalitet för patienterna efter upphandlingen. A.J.-D. uppgav att Aleris nödgades anpassa utförandet av tjänsterna efter den prisnivå som kom att gälla enligt HKG:s anbud och att alternativet var att lägga ned verksamheten. E.T. har omvitnat att Capiro senare accepterade en lägre prisnivå, eftersom undersökningarna var av betydelse för övrig verksamhet vid sjukhuset. Och enligt R.C. drivs nu Capios kliniska fysiologi vid S:t Görans sjukhus med förlust.

Av det anförda följer att det inte finns underlag för bedömningen att avtalen vid ett första påseende typiskt sett haft en prisdrivande verkan i upphandlingen. De priser som gällt enligt anbuden har snarare haft sin grund i överväganden hos företagen om tjänsternas utförande och kvalitet än en genom samarbetsavtalen minskad risk att bli helt utan uppdrag. I vart fall kan avtalen inte anses ha gett parterna bristande incitament att konkurrera effektivt i upphandlingen. Enligt Patent- och marknadsöver-

domstolens mening ska emellertid en bedömning i förevarande fall av en eventuellt prisdrivande verkan av avtalen främst göras inom ramen för en effekt- och resultatanalys av påtalat förfarande, eftersom det annars finns risk för sammanblandning med syftesanalysen (se den ovan nämnda domen CB mot kommissionen, punkt 81).

I betraktande av det ovan anförda och med beaktande av alla relevanta omständigheter, inbegripet de aktuella tjänsternas beskaffenhet, de faktiska villkoren på marknaderna och deras struktur, samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller samordningen ingår i, kan inte slutsatsen dras att det i det aktuella fallet förekommit en delning av volymer mellan företagen som till sin karaktär inneburit en syftesöverträdelse enligt 2 kap 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 i EUF-fördraget. Vid dessa bedömningar kan inte heller en sammantagen bedömning av påstådd volymdelning och utbyte av information leda till bedömningen att avtalen och samarbetet syftat till att begränsa konkurrensen.

*Frågan om avtalen eller förfarandena fick till resultat att konkurrensen begränsades*

Av utredningen framgår, att Aleris på tre av de fyra anbudsobjekten avseende klinisk fysiologi (A, B och D) erbjöd det högsta priset för utförande av tjänsterna samt att Capio och HKG erbjöd det näst högsta respektive det tredje högsta priset på dessa objekt. Vidare framgår att Capio erbjöd det högsta priset på det fjärde objektet (E) och att HKG och Aleris lade det nästa högsta respektive det tredje högsta priset på detta objekt. Det framgår också, som ovan anförts, att bl.a. Aleris och Capio i egenskap av underleverantörer senare kom att utföra vissa av tjänsterna till lägre priser.

Varken de högre anbudspriserna eller det förhållandet att Aleris och medparter senare kom att utföra vissa tjänster till lägre priser visar dock att avtalen eller förfarandena påverkade konkurrensen negativt. De högre anbudspriserna föranleddes, som ovan anförts, av bl.a. att företagen strävade efter att behålla en hög kvalitet i utförandet av tjänsterna. Och att Aleris och medparter senare kom att utföra vissa av tjänsterna till lägre priser var en följd av flera olika överväganden. För Capios del berodde det, som



ovan redovisats, på att undersökningarna var av betydelse för den övriga verksamheten vid S:t Görans sjukhus.

Prisnivåerna i Aleris och medparters anbud kan som sådana alltså inte läggas till grund för slutsatsen att de påtalade avtalen och förfarandena hämmade konkurrensen. Den utredning som Konkurrensverket i övrigt åberopat i denna del, som för övrigt är tämligen knapphändig, visar inte heller att det skulle förhålla sig på det sättet. Det är snarare så att det av företagens bevisning framgår att det inte blev någon konkurrensbegränsande effekt över huvud taget. Vid dessa förhållanden har Konkurrensverket, mot Aleris och medparters bestridande, inte visat att avtalen och samarbetet haft till resultat att konkurrensen begränsades.

#### *Frågan om informationsutbytet mellan Aleris och HKG*

Vad slutligen gäller Konkurrensverkets påstående om att Aleris informerat HKG om att förhandling vid tiden även pågick med Capio har Konkurrensverket anfört att omständigheten ska bedömas tillsammans med övriga påståenden i målet. Till följd av att Patent- och marknadsöverdomstolen inte funnit visat att de påtalade förfarandena syftat till att begränsa konkurrensen eller fått sådant resultat kan inte heller det ifrågasvarande informationsutbytet ha varit konkurrensbegränsande i den mening som avses i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller i artikel 101.1 i EUF-fördraget.

#### *Sammanfattande slutsats*

Sammanfattningsvis innebär Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning att Konkurrensverkets talan ska lämnas utan bifall varför tingsrättens dom ska upphävas.

#### *Rättegångskostnader*

Vid nu angiven utgång är företagen med stöd av bestämmelsen i 8 kap. 15 § konkurrenslagen berättigade till ersättning för sina rättegångskostnader, såväl vid tingsrätten som i Patent- och marknadsöverdomstolen.

I Patent- och marknadsöverdomstolen har Aleris och medparter begärt ersättning med följande belopp: Aleris med 2 966 000 kr, Capio med 2 498 648 kr och HKG med 394 000 kr. Samtliga yrkade belopp avser ombudsarvoden. Konkurrensverket har vitsordat som skäligt i och för sig belopp om 1 500 000 kr avseende Aleris, 1 000 000 kr avseende Capio och 200 000 kr avseende HKG. Vid tingsrätten begärde företagen ersättning med följande belopp: Aleris med 7 174 200 kr, varav 6 688 300 för ombudsarvode, Capio med 5 607 774 kr, varav 5 490 578 kr för ombudsarvode, och HKG med 1 064 140 kr, varav 1 055 775 kr för ombudsarvode. Konkurrensverket vitsordade vid tingsrätten belopp om 2 056 000 kr avseende Aleris, varav för ombudsarvode 2 000 000 kr, 1 117 196 kr avseende Capio, varav för ombudsarvode 1 000 000 kr och 800 000 kr avseende HKG för ombudsarvode.

Av bestämmelsen i 8 kap. 15 § konkurrenslagen följer att företagens möjlighet att erhålla ersättning för sina kostnader regleras i 31 kap. 2 § rättegångsbalken, vilket innebär att kostnaden ska ha varit skäligen motiverad för tillvaratagande av företagets rätt. Med hänsyn till målets karaktär och komplexitet bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att de kostnader som begärts av respektive företag har varit skäligen motiverade för tillvaratagande av dess rätt. Företagen ska således tillerkännas begärd ersättning för sina kostnader både vid tingsrätten och i Patent- och marknadsöverdomstolen.

#### *Överklagande*

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens domar inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen om patent- och marknadsdomstolar).

#### **Patent- och marknadsöverdomstolens dom får inte överklagas.**

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Per Carlson, hovrättsråden Magnus Ulriksson, referent, och Adrian Engman samt ekonomiska experterna Lennart Göranson och Anders Stenlund.



STOCKHOLMS TINGSRÄTT

**DOM**

2015-12-18

Meddelad i

Stockholm

Mål nr

T 12305-13

**PARTER****Kärande**

Konkurrensverket

103 85 Stockholm

**Svarande**

1. Aleris Diagnostik AB, 556052-8746

Box 47134

100 74 Stockholm

Ombud: advokaterna O.R. och A.M. samt biträdande juristen G.K.

2. Capio S:t Görans Sjukhus AB, 556479-1456

S:t Göransgatan 141

112 81 Stockholm

Ombud: advokaterna J.C., F.S. och M.A.

3. Globen Heart AB, 556625-8488

Box 10001

121 26 Stockholm

4. Hjärtkärlgruppen i Sverige AB, 556643-3958

Box 5846

102 48 Stockholm

5. Medical Support i Stockholm Aktiebolag, 556503-6463

Box 5846

114 48 Stockholm

Ombud för 3-5: jur.kand. A.L.

Dok.Id 1522840

**Postadress**

Box 8307

104 20 Stockholm

**Besöksadress**

Scheelegatan 7

**Telefon**

08-561 654 70

**E-post:**

stockholms.tingsratt.avdelning5@dom.se

www.stockholmstingsratt.se

**Telefax**

08-561 650 05

**Expeditionstid**

måndag – fredag

08:00-16:00

**DOMSLUT**

1. Aleris Diagnostik AB ska till staten betala konkurrensskadeavgift med 25 319 700 kr.
  2. Capio S:t Görans Sjukhus AB ska till staten betala konkurrensskadeavgift med 1 115 100 kr.
  3. Hjärtkärlgruppen i Sverige AB ska till staten betala konkurrensskadeavgift med 2 135 700 kr.
  4. Aleris Diagnostik AB, Capio S:t Görans Sjukhus AB och Hjärtkärlgruppen i Sverige AB ska alla stå sina egna rättegångskostnader.
-

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b>KORT OM SVARANDENA .....</b>	<b>7</b>
Aleris .....	7
Capio .....	7
Globen Heart, Medical Support och HKG (HiS) .....	7
<b>YRKANDEN OCH INSTÄLLNINGAR .....</b>	<b>8</b>
Konkurrensverket .....	8
Aleris .....	9
Capio .....	9
HKG, Globen Heart och Medical Support .....	9
<b>GRUNDER.....</b>	<b>10</b>
Konkurrensverket .....	10
<i>Konkurrensbegränsande samarbete mellan Aleris och Capio .....</i>	<i>10</i>
<i>Konkurrensbegränsande samarbete mellan Aleris och Globen Heart/Medical Support/HKG .....</i>	<i>11</i>
Aleris .....	13
<i>Avtalet mellan Aleris och Capio .....</i>	<i>13</i>
<i>Avtalet mellan Aleris och Globen Heart/Medical Support/HiS .....</i>	<i>14</i>
Capio .....	15
Globen Heart, Medical Support och HKG (HiS) .....	16
Konkurrensverket .....	16
<i>Bakgrund .....</i>	<i>16</i>
<i>SLL:s upphandling år 2008.....</i>	<i>18</i>
<i>Kontakterna under sommaren 2008.....</i>	<i>24</i>
<i>Samarbetsavtalens innehåll och karaktär .....</i>	<i>25</i>
<i>Svarandebolagens agerande efter tilldelningsbeslutet .....</i>	<i>39</i>
<i>Samarbetsavtalen har begränsat konkurrensen .....</i>	<i>42</i>
<i>Relevant marknad.....</i>	<i>60</i>
<i>Märkbarhetskriteriet .....</i>	<i>63</i>
<i>Villkoren för undantag är inte uppfyllda .....</i>	<i>64</i>
<i>Konkurrensskadeavgift.....</i>	<i>68</i>
<i>HKG:s bötesansvar .....</i>	<i>70</i>

Övrigt - SLL har inte godkänt eller uppmuntrat till avtalen .....	75
Aleris .....	77
Klinisk fysiologi och SLL:s roll .....	77
Relevant marknad .....	81
2003 års upphandling .....	84
2008 års upphandling .....	85
Avtalet med Capio .....	89
Avtalet med HKG .....	92
Aleris anbudsarbete och prissättning .....	93
Effekten av 2008 års tilldelningsbeslut .....	96
Undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen .....	98
Capio .....	103
Utbildning av kliniska fysiologer .....	106
Behovet av volymer .....	108
Sammanfattning - volymerna .....	109
2003 års upphandling .....	110
Efterspelet .....	111
2008 års upphandling .....	114
Förfrågningsunderlaget .....	114
Capios anbud .....	118
Sammanfattning .....	123
Effekter av avtalet och underleverantörsförhållandena .....	124
Efterspelet .....	125
Skäl för undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen .....	130
Konkurrensskadeavgift .....	136
HKG, Globen Heart och Medical Support .....	142
<b>BEVISNING .....</b>	<b>147</b>
<b>DOMSKÄL .....</b>	<b>148</b>
Tillämplig lagstiftning .....	148
Bevisbörda och beviskrav, allmänt .....	149
Avtal eller samordnat förfarande .....	152
Avtalsbegreppet enligt konkurrenslagstiftningen .....	152
Har avtal i konkurrensrättslig mening ingåtts i mitten/slutet av augusti 2008? .....	153

<i>Begreppet samordnat förfarande enligt konkurrenslagstiftningen</i> .....	162
<i>Har det förekommit samordnade förfaranden sommaren 2008?</i> .....	163
Har samarbetsavtalen haft ett konkurrensbegränsande syfte? .....	166
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen av om avtalen har haft ett konkurrensbegränsande syfte</i> .....	166
<i>Avtalsinnehållet</i> .....	168
<i>De mål som eftersträvas med avtalen</i> .....	170
<i>Är samarbetsavtalen av sådant slag att de vid första påseende utgör syftesöverträdelser?</i> .....	171
<i>Behövde Capiro, Globen Heart och Medical Support ingå samarbetsavtalen för att få kapacitet att delta i SLL:s upphandling?</i> .....	175
<i>Principiella överväganden kring bevisbörda och beviskrav med avseende på frågan om kapacitet att lämna anbud på egen hand etc.</i> .....	176
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen av företagens kapacitet att lämna anbud utan att anlita underleverantör</i> .....	177
<i>Krävdes det viss kapacitet i SLL:s upphandling?</i> .....	179
<i>Saknade Capiro, Globen Heart och Medical Support kapacitet att delta själva i upphandlingen?</i> .....	184
<i>Har volymdelningen varit verkningslös?</i> .....	186
Sammantagen bedömning av om beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget kan vända slutsatsen att avtalen utgör syftesöverträdelser.....	188
<i>Samarbetsavtalen</i> .....	188
<i>Informationsutbyte</i> .....	189
Har Aleris uppgift till Globen Heart om att Aleris förhandlade även med Capiro om ett samarbetsavtal (samordnat förfarande) haft till syfte att begränsa konkurrensen? .....	190
Är övriga kriterier för samordnat förfarande uppfyllda? .....	192
Gör det någon skillnad att SLL har öppnat för anlitanande av underleverantör i upphandlingen? .....	194
Spelar det någon roll om SLL kände till eller godkände avtalen? .....	196
Relevant marknad och märkbarhet .....	197
<i>Att definiera den relevanta marknaden när det är fråga om en syftesöverträdelse</i> .....	197
<i>Metodfrågor</i> .....	198
<i>Ska SLL:s egenproduktion av klinisk fysiologi ingå i den relevanta marknaden?</i> .....	199
<i>Hur har man tidigare sett på marknadsdefinitioner i rättstillämpningen på området?</i> .....	200

<i>Efterfrågestrukturen</i> .....	201
<i>Utbytbart</i> .....	202
<i>Geografisk marknad</i> .....	204
<i>Sammanfattande slutsats om relevant marknad</i> .....	205
<i>Har samarbetsavtalen och det samordnade förfarandet varit märkbara?</i> .....	205
Omfattas samarbetsavtalen av undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen? .....	205
<i>Bevisbörda och beviskrav för undantag</i> .....	205
<i>Det första villkoret; förbättring av produktion eller distribution eller främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande</i> .....	206
<i>Det andra villkoret; att tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av den vinst som uppnås</i> .....	211
<i>Det tredje villkoret; bara begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i det första villkoret</i> .....	212
<i>Det fjärde villkoret; att avtalen inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga</i> .....	213
Överträdelsernas varaktighet .....	213
Uppsåt/oaktsamhet .....	215
Samhandelseffekt .....	218
Kan HKG hållas ansvarigt för Medical Supports och Globen Hearts överträdelser? .....	219
Konkurrensskadeavgift .....	221
<i>Metodfrågor</i> .....	222
<i>Hur ska konkurrensskadeavgifterna bestämmas i det här målet?</i> .....	224
<i>Nedsättning p g a att överträdelserna har begåtts av oaktsamhet och inte uppsåtligen</i> .....	226
<i>Nedsättning eftersom SLL får anses ha uppmuntrat till överträdelserna</i> .....	226
<i>Nedsättning för att överträdelserna har kännetecknats av en relativt hög grad av öppenhet</i> .....	227
Rättegångskostnader .....	228



**KORT OM SVARANDENA****Aleris**

Aleris Diagnostik AB (Aleris) tillhör Aleriskoncernen som erbjuder tjänster inom sjukvård, äldreomsorg och psykisk hälsa. Aleris är ett helägt dotterbolag till Aleris Holding AB. Aleriskoncernens koncernmoderbolag är Investor AB.

Aleris verksamhet omfattar medicinsk diagnostik inom klinisk fysiologi, laboratoriemedicin, radiologi och specialistläkarmottagningar inom sömn, kardiologi, lungsjukdomar samt allergi. Det är Aleris verksamhetsgren Aleris Fysiologlab som utför de i målet aktuella tjänsterna inom klinisk fysiologi.

**Capio**

Capio S:t Görans Sjukhus AB (Capio) driver sedan ca femton år akutsjukhuset S:t Görans sjukhus. Capio bedriver framförallt akutvård men även planerad vård inom specialiteterna internmedicin, allmän kirurgi, ortopedi och urologi. Capio utreder, behandlar och utför undersökningar inom de i målet aktuella tjänsterna.

Capio ägs till största delen av sjukvårdsföretaget Capio AB (Capio AB äger 2 999 aktier i Capio medan Landstingshuset i Stockholm AB äger en aktie). Capio AB ägs i sin tur av Capio Holding AB. Capiobolagens koncernmoderbolag är Cidra SARL. Capio börsnoterades under sommaren 2015.

**Globen Heart, Medical Support och HKG (HiS)**

Globen Heart AB (Globen Heart) och Medical Support i Stockholm Aktiebolag (Medical Support) har klinisk fysiologi som kärnverksamhet och huvudsakligt kompetensområde.

Medical Support tillhandahåller sjukvårdstjänster, medicinska konsultationstjänster, undervisning och vårdutveckling. Bolaget har en samordnad verksamhet avseende klinisk fysiologi med den verksamhet som bedrivs i Globen Heart.

Globen Heart ägs sedan den 30 oktober 2007 till 90 procent av M.N. och till resterande del av A.G..

Medical Support ägs till 100 procent av Medical Consultant i Stockholm AB (som i sin tur ägs till 50 procent av E.L.N.).

Hjärtkärlgruppen i Sverige AB (HKG) ägs till 50 procent av Medical Support och till resterande del av M.N..

HKG, Medical Support och Globen Heart beskrivs i förekommande fall gemensamt som HiS.

## **YRKANDEN OCH INSTÄLLNINGAR**

### **Konkurrensverket**

Konkurrensverket har yrkat att Stockholms tingsrätt ska förplikta svarandena att betala konkurrensskadeavgift med följande belopp:

- i) Aleris: trettiosexmiljoneretthundrasjuttioentusen (36 171 000) kr,
- ii) Capiro: enmiljonfemhundraovertretusen (1 593 000) kr, och
- iii) HKG: tremiljonerfemtioentusen (3 051 000) kr.

För det fall tingsrätten finner att HKG inte kan påföras konkurrensskadeavgift för Globen Hearts och Medical Supports överträdelser har Konkurrensverket yrkat att tingsrätten ska förplikta vart och ett av bolagen Globen Heart och Medical Support att betala konkurrensskadeavgift med följande belopp:

- i) Globen Heart: tvåhundrafemtioettusen (251 000) kr, och
- ii) Medical Support: etthundrasextioniotusen (169 000) kr.

I sådant fall har Konkurrensverket yrkat att tingsrätten ska förplikta HKG att betala konkurrensskadeavgift med tvåmiljonersjuhundratolvtusen (2 712 000) kr.

### **Aleris**

Aleris har bestritt yrkandet om konkurrensskadeavgift. Aleris har, i andra hand, gjort gällande att konkurrensskadeavgiften bör jämkas, i första hand till noll kr.

Aleris har för egen del yrkat ersättning för rättegångskostnader.

### **Capio**

Capio har bestritt yrkandet om konkurrensskadeavgift. Capio har, i andra hand, gjort gällande att konkurrensskadeavgiften bör jämkas, i första hand till noll.

Capio har för egen del yrkat ersättning för rättegångskostnader.

### **HKG, Globen Heart och Medical Support**

HKG har bestritt yrkandet om konkurrensskadeavgift. HKG har inte vitsordat någon konkurrensskadeavgift som skälig i och för sig.

HKG har för egen del yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Även Globen Heart och Medical Support har bestritt yrkandet om konkurrensskadeavgift och yrkat ersättning för rättegångskostnader.

**GRUNDER****Konkurrensverket***Konkurrensbegränsande samarbete mellan Aleris och Capiro*

Aleris och Capiro har, uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet, sedan mitten/slutet av augusti 2008 t.o.m. den 30 juni 2014 (med undantag för perioden den 9 september 2008–den 8 mars 2010) överträtt förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete genom att de – inför en upphandling av tjänster avseende klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi som Stockholms läns landsting (SLL) gjorde år 2008 – ingått och därefter tillämpat avtal, eller i vart fall tillämpat samordnade förfaranden, som haft till syfte och/eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

Företagens överträdelser består i att Aleris och Capiro – innan de lämnade anbud i upphandlingen – i mitten/slutet av augusti 2008 kom överens om att den avtalspart som erhöll ramavtal med SLL skulle dela med sig till avtalsmotparten av de volymer som kunde komma att avropas på den förstnämnda partens avtal med SLL (volymdelning).

I andra hand görs gällande att Aleris och Capiro vid den angivna tidpunkten och fram till dess att de ingick skriftligt avtal (se nedan) var i samförstånd om ovanstående och att de därefter agerade i enlighet med detta samförstånd.

Vidare røjde Aleris och Capiro för varandra och kom, i månadskiftet augusti–september 2008, överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer (informationsutbyte).

I andra hand görs gällande att Aleris och Capio i vart fall, vid den angivna tidpunkten, var i samförstånd om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer och att de vid anbudsgivningen agerade i enlighet med detta samförstånd.

Överenskommelserna bekräftades i ett skriftligt samarbetsavtal daterat den 3 september 2008. Överenskommelsen om volymdelning framgår främst av punkterna 3.2 och 3.3, med hänvisningar till punkten 3.1, och av punkten 3.4 i det skriftliga samarbetsavtalet. Överenskommelsen om vilka anbudsobjekt och vilka volymer de skulle lämna anbud på framgår av punkten 9 i det skriftliga samarbetsavtalet.

Avtalet/det samordnade förfarandet i fråga om volymdelningen utgör i sig självt en överträdelse av förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen redan från mitten/slutet av augusti 2008. Avtalet/det samordnade förfarandet om vilka anbudsobjekt som Aleris och Capio skulle lämna anbud på och med vilka volymer utgör i vart fall tillsammans med avtalet/förfarandet angående volymdelning en överträdelse av förbudet.

Överträdelserna, som ägde rum på marknaden för tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL inom Stockholms läns landsting, kan inte anses som ringa.

*Konkurrensbegränsande samarbete mellan Aleris och Globen Heart/Medical Support/HKG*

Aleris, Globen Heart och Medical Support har, uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet, sedan mitten/slutet av augusti 2008 t.o.m. den 30 juni 2014 (med undantag för perioden den 9 september 2008–början av juni 2010) överträtt förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete genom att de – inför en upphandling av tjänster avseende klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi som SLL gjorde år 2008 – ingått och därefter tillämpat avtal, eller i vart fall tillämpat samordnade förfaranden, som haft till syfte och/eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

Företagens överträdelser består i att Aleris, Globen Heart och Medical Support – innan de lämnade anbud i upphandlingen – i mitten/slutet av augusti 2008 kom överens om att den avtalspart som erhöll ramavtal med SLL skulle dela med sig till avtalsmotparten av de volymer som kunde komma att avropas på den förstnämnda partens avtal med SLL (volymdelning).

I andra hand görs gällande att de nämnda företagen vid den angivna tidpunkten var i samförstånd om ovanstående och att de därefter agerade i enlighet med detta samförstånd.

Vidare röjde de för varandra och kom, senast den 8 september 2008, överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på (informationsutbyte).

I andra hand görs gällande att Aleris, Globen Heart och Medical Support i vart fall, vid den angivna tidpunkten, var i samförstånd om vilka objekt de skulle lämna anbud på och att de vid anbudsgivningen agerade i enlighet med detta samförstånd.

Överenskommelserna bekräftades i ett samarbetsavtal daterat den 8 september 2008. Överenskommelsen om volymdelning framgår främst av punkterna 3.1 och 3.2 i det skriftliga samarbetsavtalet. Överenskommelsen om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på framgår indirekt av punkten 3.1 i det skriftliga samarbetsavtalet.

Avtalet/det samordnade förfarandet i fråga om volymdelningen utgör i sig självt en överträdelse av förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen redan från mitten/slutet av augusti 2008. Avtalet/det samordnade förfarandet om vilka anbudsobjekt som Aleris Diagnostik, Globen Heart och Medical Support skulle lämna anbud på utgör i vart fall tillsammans med avtalet/förfarandet angående volymdelning en överträdelse av förbudet.

Den 13 augusti 2008 lämnade Aleris information till Globen Heart om att även Aleris och Capio förde diskussioner om ingående av ett samarbetsavtal och hur detta skulle

utföras. Detta utgör ett samordnat förfarande som tillsammans med de ovan beskrivna förfarandena utgör en överträdelse av förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen.

Sedan Globen Heart och Medical Support under sommaren år 2010 överlåtits sina ramavtal med SLL till HKG och HKG trätt i Globen Hearts och Medical Supports ställe i de båda förstnämnda företagens samarbetsavtal med Aleris är det HKG som har delat med sig till Aleris av de volymer som avropats enligt ramavtalen och som därmed tillämpat det ovan nämnda samarbetsavtalet. Härigenom har även HKG – som har ett strukturellt samband med och ingår i samma ekonomiska enhet som Globen Heart och/respektive Medical Support – uppsåtligt eller av oaktsamhet överträtt förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete.

Överträdelserna, som ägde rum på marknaden för tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL inom Stockholms läns landsting, kan inte anses som ringa.

HKG ska ansvara för Globen Hearts och Medical Supports överträdelser.

### **Aleris**

#### *Avtalet mellan Aleris och Capio*

Det förelåg ingen explicit eller implicit överenskommelse mellan Aleris och Capio innan den 3 september 2008, dvs. de hade faktiskt inte kommit överens om innehållet i det skriftliga avtalet före det att avtalet skrevs under. Aktuell e-postkorrespondens existens och innehåll vitsordas dock.

Avtalet/eventuellt informationsutbyte har inte haft ett konkurrensbegränsande syfte eller gett upphov till ett märkbart konkurrensbegränsande resultat.

Konkurrensen på upphandlingsmarknaden upphörde den 8 september 2008 när anbudet lämnades in. Eventuella överträdelser upphörde då. Den efterföljande tillämpningen av avtalet har inte skett på den av Konkurrensverket definierade marknaden.

Den relevanta marknaden är vidare definierad på felaktigt sätt.

Avtalet uppfyller vidare villkoren i 2 kap 2 § konkurrenslagen varför det inte omfattas av förbudet i 2 kap 1 § samma lag.

Överträdelserna har i vart fall inte skett av uppsåt eller oaktsamhet och är under alla omständigheter av ringa natur.

Konkurrensverket har beräknat konkurrensskadeavgiften felaktigt och har inte beaktat samtliga relevanta omständigheter. De påstådda överträdelserna har inte haft den allvarlighet och varaktighet som påstås. Det finns även förmildrande omständigheter.

#### *Avtalet mellan Aleris och Globen Heart/Medical Support/HiS*

Det förelåg ingen explicit eller implicit överenskommelse mellan Aleris och Globen Heart/Medical Support innan den 8 september 2008, dvs. de hade faktiskt inte kommit överens om innehållet i det skriftliga avtalet före det att avtalet skrevs under. Aktuell e-postkorrespondens existens och innehåll vitsordas dock.

Avtalet/eventuellt informationsutbyte har inte haft ett konkurrensbegränsande syfte eller gett upphov till ett märkbart konkurrensbegränsande resultat.

Konkurrensen på upphandlingsmarknaden upphörde den 8 september 2008 när anbudet lämnades in. Eventuella överträdelser upphörde då. Den efterföljande tillämpningen av avtalet har inte skett på den av Konkurrensverket definierade marknaden.

Den relevanta marknaden är vidare definierad på felaktigt sätt.



Avtalet uppfyller vidare villkoren i 2 kap 2 § konkurrenslagen varför det inte omfattas av 2 kap 1 §.

Överträdelsen har i vart fall inte skett av uppsåt eller oaktsamhet och är under alla omständigheter av ringa natur.

Konkurrensverket har beräknat konkurrensskadeavgiften felaktigt och har inte beaktat samtliga relevanta omständigheter. De påstådda överträdelserna har inte haft den allvarlighet och varaktighet som påstås. Det finns även förmildrande omständigheter.

### **Capio**

Det förelåg ingen explicit eller implicit överenskommelse mellan Aleris och Capio innan den 3 september 2008, dvs. de hade faktiskt inte kommit överens om innehållet i det skriftliga avtalet före det att avtalet skrevs under. Aktuell e-postkorrespondens existens och innehåll vitsordas dock och avtalet var i någon mån en fortsättning på samarbetet från 2003.

Avtalet/eventuellt informationsutbyte har inte haft ett konkurrensbegränsande syfte eller gett upphov till ett märkbart konkurrensbegränsande resultat.

Upphandlingen avslutades den 8 september 2008, varför en eventuell överträdelse under upphandlingsskedet i vart fall upphört senast vid det datumet. Efterföljande tillämpning av avtalet har inte skett på den av Konkurrensverket definierade marknaden.

Den relevanta marknaden är vidare definierad på felaktigt sätt.

Avtalet uppfyller vidare villkoren i 2 kap 2 § konkurrenslagen varför det inte omfattas av förbudet i 2 kap 1 § samma lag.

Överträdelsen har i vart fall inte skett av uppsåt eller oaktsamhet.

Förutsättningarna för utdömande av konkurrensskadeavgift är inte uppfyllda och därtill har Konkurrensverket beräknat konkurrensskadeavgiften på felaktigt sätt.

### **Globen Heart, Medical Support och HKG (HiS)**

HiS har inte överträtt förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen. Det har inte förelegat något uppsåt eller syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett märkbart sätt och det har inte heller förekommit någon oaktsamhet i det avseendet som kan läggas HiS till last. HiS har inte avtalat eller förfarit så att det på något sätt begränsat konkurrensen. Avtalet har haft övervägande positiv effekt för patienterna, SLL, marknaden och klinisk fysiologi generellt. Om konkurrenslagens förbudsregler skulle ha överträtts gör HiS gällande att omständigheterna är sådana att det inte kan handla om annat än en ringa överträdelse, som inte ska medföra någon sanktion, och att omständigheterna är sådana att undantagsregeln i 2 kap 2 § konkurrenslagen ska tillämpas. HKG har som särskild grund för att Konkurrensverkets talan gentemot HKG ska ogillas gjort gällande att bolaget inte kan hållas ansvarigt för förfaranden under en upphandling som bolaget inte har medverkat i.

## **UTVECKLING AV TALAN**

### **Konkurrensverket**

#### *Bakgrund*

#### Klinisk fysiologi

Klinisk fysiologi är en medicinsk specialitet inom sjukvården med särskild inriktning mot diagnostisering av sjukdomar i hjärta och lungfunktion men även i andra organ. Klinisk fysiologi är en supportfunktion till annan sjukvård. Läkare inom t.ex. primärvården remitterar patienter till en specialist inom klinisk fysiologi för undersökning av

funktioner i t.ex. hjärta, blodkärl, lungor eller njurar. Verksamhet inom klinisk fysiologi bistår sjukvården med att tolka symptom och undersökningsfynd och sammanfatta patientens tillstånd i form av en diagnos.

Undersökningsmetoderna innefattar bl.a. värdering av organens aktivitet, blodtryck, luftflöden eller olika rörelser som kan värderas genom avbildning med ultraljud, magnetkamera eller nuklearmedicinska apparater som gammakamera. Vanliga undersökningar är EKG och arbetsprov. Efter en undersökning får remitterande läkare uppgifter som kan användas för att ge patienten lämplig behandling.

#### Allmänt om marknadsförhållandena

Leverantörer av tjänster inom klinisk fysiologi är de som utför undersökningar inom klinisk fysiologi: dels sjukhus som ägs av landstinget, dvs. Södersjukhuset, Danderyds sjukhus, Karolinska (i Solna och Huddinge) samt Tiohundra (Norrtälje sjukhus), dels privata aktörer verksamma i Stockholmsområdet vid tidpunkten för upphandlingen, dvs. Aleris, Capio, Stockholm Heart Center, Globen Heart och Medical Support.

Landstinget är leverantörernas största kund. Leverantörerna utför en del undersökningar åt andra kunder, t.ex. försäkringsbolag, men landstinget står för ca 90 procent av leverantörernas intäkter och de undersökningar som aktörerna utför åt andra kunder utgör en ytterst liten del av deras leveranser.

När en läkare inom t.ex. primärvården remitterar en patient till en specialist inom klinisk fysiologi är det landstinget som betalar för undersökningen. Läkaren väljer, i samråd med patienten, vilken leverantör patienten ska remitteras till. Läkaren kan bara remittera till en leverantör som landstinget har ramavtal med eller till en underleverantör till en annan leverantör som har avtal med landstinget.

De landstingsägda sjukhusen kan få avtal med landstinget genom direkttilldelning.

För att de privatägda leverantörerna ska få avtal med landstinget måste de vinna en upphandling. Året före den upphandling som landstinget genomförde år 2008 stod de landstingsägda sjukhusen för en mycket liten del av de undersökningar inom klinisk fysiologi som utfördes. De landstingsägda sjukhusen utförde ca tio procent av undersökningarna. Resterande del, dvs. ca 90 procent, utfördes av de privata aktörerna.

#### Marknadsandelar år 2008

Aleris, Capio, Globen Heart, Medical Support och Stockholm Heart Center hade år 2008, dvs. vid tidpunkten för den i målet aktuella upphandlingen, marknadsandelar om ca 64, 3, 6, 4 respektive 23 procent.

Aleris omsättning för tjänster inom klinisk fysiologi åt landstinget uppgick till över 141 miljoner kr. Aleris hade över hälften av marknaden och var nästan en dubbelt så stor aktör som den näst största aktören, dvs. Stockholm Heart Center. Den tredje största aktören var Globen Heart och därefter kom Medical Support och Capio.

Marknadsandelarna är beräknade utifrån uppgifter från de privata aktörerna om hur stort antal undersökningar som de utförde under år 2008 (enligt 2003 års vårdavtal) och vilken omsättning de hade för dessa undersökningar. Konkurrensverket har inte beaktat omsättning från tjänster som företagen utfört åt andra kunder än landstinget eftersom de kunderna står för en liten del av omsättningen.

#### *SLL:s upphandling år 2008*

#### Förfrågningsunderlaget

För att tillgodose de kommande årens behov av undersökningar inom klinisk fysiologi beslöt landstinget under år 2008 att genomföra en upphandling av sådana tjänster.

Förfrågningsunderlaget godkändes av Hälso- och sjukvårdsnämnden den 22 maj 2008. Dagen därpå begärde landstinget in anbud genom en annons i Anbudsjournalen. Förfrågningsunderlaget publicerades också på en webbsida om aktuella upphandlingar ([www.upphandling.sll.se](http://www.upphandling.sll.se)).

#### Fem olika anbudsobjekt

Inför 2008 års upphandling beslutade landstinget att de landstingsägda akutsjukhusen skulle få direkttilldelning av en mindre del av den volym av undersökningar som landstinget skulle köpa de kommande åren. De offentliga aktörerna behövde alltså inte delta i 2008 års upphandling för att få leverera tjänster inom klinisk fysiologi till landstinget. Den volym som direkttilldelades uppgick till ca tio procent av den totala mängd undersökningar som hade utförts under år 2007.

Upphandlingen var utformad på så sätt att de undersökningar som efterfrågades hade grupperats i olika områden. Objekt A-E (medicinska undergrupper) skulle upphandlas var för sig och utgjorde olika anbudsobjekt.

Objekt A innefattade undersökningar av funktioner i hjärtat: arbetsfysiologi och hjärt-diagnostik (objekt A eller hjärta). Objekt B innefattade undersökningar hänförliga till lungfunktionsdiagnostik och blodanalyser (objekt B eller lungor). Objekt C avsåg neurofysiologiska undersökningar. Objekt D innefattade undersökningar hänförliga till perifer cirkulationsdiagnostik (objekt C eller cirkulation). Objekt E innefattade sömnapnéundersökningar (objekt E eller sömn). Objekt A, B, D och E innefattade tjänster inom klinisk fysiologi. Objekt C avsåg tjänster inom klinisk neurofysiologi och är inte aktuellt i målet.

Upphandlingen skulle utmynna i att landstinget, beträffande vart och ett av de olika anbudsobjekten, skulle ingå ramavtal med de anbudsgivare som hade lämnat de vinnande anbuden i upphandlingen. Det var tänkt att dessa ramavtal skulle löpa under

perioden den 1 juni 2009 till den 31 maj 2012, dvs. under tre års tid, och att landstinget skulle ha en option att förlänga avtalstiden med ytterligare ett år.

Under avtalstiden skulle olika vårdgivare inom bl.a. primärvård, psykiatri och geriatrik ha möjlighet att avropa de upphandlade tjänsterna. Avrop sker när läkare ger patienter remiss för att genomgå de undersökningar som omfattas av avtalen.

I förfrågningsunderlaget hade landstinget angett hur många undersökningar man beräknade att det skulle finnas behov av inom respektive tjänsteområde/anbudsobjekt. Prognosen för antalet undersökningar (den beräknade volymen) baserades på hur många (och vilka undersökningar) som hade utförts under år 2007. Av underlaget framgår att det förväntade antalet undersökningar per år (prognos) för anbudsobjekt A, B, D och E var 67 139, 17 117, 16 604 respektive 28 480. År 2007 hade värdet av antalet undersökningar uppgått till totalt 211 miljoner kr.

#### Ej krav att lämna anbud på allt

Av inbjudan till anbudsgivning framgår att det bifogade förfrågningsunderlaget ”innehåller samtliga förutsättningar och krav som gäller för anbudsgivningen”. Det framgår också att sista anbudsdag var den 18 augusti 2008. Det datumet kom under sommaren 2008 att flyttas fram till den 8 september 2008. Av själva anbudsfrågan framgår bl.a. att upphandlingen var uppdelad i fem anbudsobjekt. Under rubriken ”samtliga eller delar av efterfrågade tjänster” står det att ”anbud skall lämnas på ett eller flera objekt”. Det var alltså inget krav att lämna anbud på alla anbudsobjekt utan det gick att lämna anbud på endast ett eller några av anbudsobjekten.

I avsnitt 1.10 ges anvisningar i fråga om anbudspriser och där hänvisas bl.a. till den prisbilaga som utgjorde en av bilagorna till förfrågningsunderlaget. På s. 7 står följande: ”Anbudsgivarna skall lämna pris på samtliga undersökningar och åtgärder som är markerade med gul färg (obligatoriska undersökningar) i prisbilagan för respektive

objekt.” Vidare står det: ”Pris kan även lämnas för undersökningar och åtgärder som är markerade med orange färg (ej obligatoriska undersökningar) i prisbilagan.”

De som gav in anbud skulle följaktligen lämna pris på samtliga obligatoriska undersökningar och åtgärder som ingick i det eller de objekt de gav anbud på medan det var frivilligt att lämna pris på de icke obligatoriska undersökningarna.

På s. 7 står det vidare att priserna skulle anges i prisbilagan och att anbudsgivaren skulle ange sin kapacitet i form av antal undersökningar uppdelat per objekt. Anbudsgivarna var alltså inte tvungna att lämna anbud på hela den volym som landstinget hade prognosticerat för respektive anbudsobjekt utan de kunde lämna anbud på en del av den uppskattade volymen.

#### Lägsta pris skulle vinna oavsett angiven kapacitet

Avsnitt 1.16 i anbudsförfrågan beskriver hur anbudsprövningen skulle gå till. I ett första steg skulle prövas om anbudsgivarna uppfyllde samtliga obligatoriska s.k. skalkrav. De som uppfyllde dessa krav skulle gå vidare till steg två; utvärdering av anbudet. Av anbudsförfrågan kan utläsas att för vart och ett av anbudsobjekten var det det anbud som hade lägst totalkostnad för de obligatoriska undersökningarna som skulle antas. Totalkostnaden skulle beräknas med hjälp av de volymer som fanns angivna i den till förfrågningsunderlaget bifogade prisbilagan.

#### Sammanfattning - anbudsförfrågan

Av förfrågningsunderlaget framgår sammanfattningsvis att anbud kunde lämnas på en del av den uppskattade volymen och att det styrande vid anbudsutvärderingen skulle vara lägsta pris och inte vilken volym som hade offererats. Det innebar att det var möjligt för en anbudsgivare att vinna upphandlingen avseende ett eller flera objekt utan att offerera hela den uppskattade volymen samt att landstinget i första hand skulle teckna avtal med två anbudsgivare per objekt, dvs. de två som hade lägst totalpris. Om den

kapacitet som dessa hade angett (i sina anbud) inte var tillräcklig för att täcka den förväntade volymen av undersökningar kunde avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare (till dess att volymen täckts).

#### Förväntan om priskonkurrens

Den tidigare upphandlingen avseende klinisk fysiologi som landstinget hade genomfört år 2003 hade varit förmånlig för leverantörerna och resulterat i en för landstinget tämligen hög prisnivå.

Genom att utforma 2008 års upphandling så att, i första hand, endast två anbudsgivare skulle antas som leverantörer, förväntade sig landstinget att alla anbudsgivare skulle pressa sina priser och att landstinget skulle få ett förmånligt pris.

#### SLL:s prisbilaga - en slags utvärderingsblankett

Prisbilagan avseende objekt B kan tjäna som exempel för att förstå hur landstinget skulle beräkna totalkostnaden för de olika anbuden vid anbudsutvärderingen. I kolumnen ”Antal” hade landstinget redan fyllt i siffror. De motsvarade det antal av varje undersökning som enligt landstingets prognos skulle behöva utföras per år. Summan 17 117 som anges längst ned i kolumnen överensstämmer med den siffra som anges för objekt B i tabellen på s. 3 i förfrågningsunderlaget, där landstinget hade angett hur stor volym (dvs. antal undersökningar) som man räknade med skulle behöva utföras per år inom respektive anbudsobjekt. Det är de volymer som anges i kolumnen ”Antal”, dvs. de siffror som redan var ifyllda av landstinget, som landstinget syftar på i avsnitt 1.16 i anbudsförfrågan när man anger att totalkostnaden för respektive anbud ska beräknas ”med hjälp av de volymer som anges i prisbilagan”.

Att de olika anbudens totalkostnad för respektive objekt skulle beräknas med hjälp av de volymer som SLL hade prognosticerat innebar inte att anbudsgivarna var tvungna att ha kapacitet för att utföra det antal undersökningar som angavs i kolumnen ”Antal”



i prisbilagorna för de olika anbudsobjekten. I anvisningen till prisbilagan står att ”[a]nbudsgivaren skall ange sin helårskapacitet för respektive objekt. Detta anges i fälten längst ned i prisbilagan under texten ’Anbudsgivarens kapacitet’”.

Det fanns inget krav på att anbudsgivarna skulle ha kapacitet att utföra det antal undersökningar som landstinget prognosticerat. Det framgår dels av själva prisbilagan (genom att anbudsgivaren skulle ange sin kapacitet per helt år), dels av avsnitt 1.17 i anbudsförfrågan.

På s. 8 i anbudsförfrågan står under 1.17 följande: ”Avtal kommer att tecknas med de två (2) anbudsgivare som har lägst totalpris per objekt. Om den förväntade volymen per objekt inte täcks av de två anbudsgivarnas uppgivna kapacitet kan avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare till dess att volymen täcks.”

Skrivningen behandlar situationen att anbudsgivarna som lämnat det lägsta och det näst lägsta totalpriset inte har kapacitet, ens tillsammans, för att kunna utföra hela den volym av undersökningar som landstinget räknade med att det skulle finnas behov av. SLL förutsåg alltså att anbuderna skulle kunna gälla en mindre volym än den förväntade.

För att få fram totalsumman multiplicerar man anbudsgivarens pris med det totala antalet obligatoriska undersökningar. Därefter summeras samtliga belopp under de obligatoriska undersökningarna. På så sätt får man en totalsumma som jämförs med de andra anbudsgivarna. Att beräkna anbudens totalkostnad på detta sätt var nödvändigt för att få en rättvisande bild av hur anbuderna förhöll sig till varandra prismässigt. Det hade inte någon betydelse vilket pris anbudsgivaren satte på frivilliga objekt.

*Kontakterna under sommaren 2008*Nödvändigt att få leverera åt SLL - frustration och oro

Utfallet av 2008 års upphandling var av avgörande betydelse för om svarandebolagen skulle kunna fortsätta att bedriva verksamhet inom klinisk fysiologi i Stockholms län. Deras möjlighet att få leverera åt landstinget bestod i att få ett eget ramavtal med landstinget eller att bli underleverantör till någon som hade kontrakt med landstinget. Eftersom det i första hand bara var två anbudsgivare som skulle antas var risken stor för att flera av de etablerade aktörerna skulle stå utan avtal med landstinget efter upphandlingen. Det väckte stor oro och frustration hos svarandebolagen.

Mötet på Sophiahemmet

Svarandebolagens oro rörande utfallet av upphandlingen ledde till att de under sommaren 2008 träffades på Sophiahemmet (där Aleris bedriver verksamhet inom klinisk fysiologi). Mötet ägde rum några veckor efter det att förfrågningsunderlaget hade kommit ut och samtliga svarandebolag var representerade.

Nyckelpersonerna från svarandebolagen var: A.J.-D. (vd Aleris Diagnostik), E.T. (vice vd Capio och verksamhetschef för servicegruppen), M.N. (vd och verksamhetschef Globen Heart) och E.L.N. (vd och firmatecknare Medical Support).

De deltog alla i mötet och ingick senare för svarandebolagens räkning de i målet aktuella samarbetsavtalen. A.J.-D. var vid den här tidpunkten verksam vid Sophiahemmet och var förmodligen den som tog initiativ till mötet. Han är även den som har undertecknat Aleris anbud i den aktuella upphandlingen.

M.N. var (och är) även styrelseledamot i Globen Heart och ägde (och äger) bolaget till 90 procent. Han ansvarade för Globen Hearts anbud i upphandlingen. E.L.N.

hade (och har) ägarintressen i Medical Support. Han var den som svarade för Medical Supports anbud i den aktuella upphandlingen.

Från Aleris närvarade även E.Z.. Han var medicinskt ansvarig för klinisk fysiologi på Aleris och ingick i Aleris anbudsgrupp med ansvar för de medicinska frågorna och anbudskalkylering. Utöver E.T. hade Capio ytterligare en representant på mötet. Även Stockholm Heart Center hade bjudits in och var representerade av den dåvarande vd:n J.S. och den dåvarande verksamhetschefen G.H..

På mötet diskuterade deltagarna farhågorna rörande utfallet av den förestående upphandlingen och oron för hur de som inte fick avtal skulle överleva på marknaden. Någon lade fram funderingen att alla kunde vara underleverantörer åt varandra. Stockholm Heart Center var dock inte intresserade av att vare sig bli underleverantör eller av att ha en egen underleverantör.

Svarandebolagen träffade inte någon överenskommelse på mötet men det var upprinnelsen till vad svarandebolagen kom överens om senare under sommaren. De hade även ytterligare kontakter med varandra, bl.a. via e-post, under sommaren.

*Samarbetsavtalens innehåll och karaktär*

#### Samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio

Av punkten 1 framgår att det är träffat mellan Aleris och Capio, som fortsättningsvis i avtalet kallas "Parterna" eller i vissa fall var för sig "Part". Capio benämns också "S:t Göran" i avtalet. I punkten 2 ges en bakgrundsbeskrivning till avtalet och bl.a. hänvisas till ett tidigare samarbetsavtal mellan parterna som de ingick i slutet av år 2003, efter det att Aleris hade tilldelats kontrakt med landstinget i en upphandling som landstinget hade genomfört tidigare under år 2003.

I punkten 2.5 omnämns den upphandling som är aktuell i målet, dvs. som SLL bjöd in till i slutet av maj 2008. Där står att ”anbud ska ha lämnats senast den 18 augusti 2008”, vilket var inaktuellt när avtalet undertecknades eftersom landstinget hade förlängt anbudstiden till den 8 september 2008.

Samarbetet innebar en rätt men inte en skyldighet

De viktigaste delarna av parternas överenskommelse finns under punkten 3 i avtalet. Av punkten 3.1 följer att part, dvs. Aleris eller Capio, ska utföra diagnostiska metoder, dvs. vårdtjänster, inom de områden som listas i punkterna (i) – (iv): hjärta, lungor, cirkulation samt sömn. Det rör sig alltså om de tjänster som SLL upphandlade inom anbudsobjekten A, B, D och E. Vidare framgår att parten ska utföra dessa tjänster i egenkap av underleverantör, till den part som av landstinget utsetts till beställare, och att underleverantören ska utföra tjänsterna enligt det eller de vårdavtal som beställaren kan komma att ingå med landstinget som en följd av upphandlingen.

”Beställaren” är den av parterna i samarbetsavtalet, dvs. Aleris eller Capio, som får avtal med landstinget i upphandlingen. Av punkten 3.1 framgår att det ”i enlighet med vad som följer av punkterna 3.2 och 3.3 nedan” är ”underleverantören” som ska utföra tjänster enligt den andre partens vårdavtal med SLL avseende objekten A, B, D och E.

Punkten 3.2 rör vårdtjänster inom anbudsobjekten A, B och D, dvs. hjärta, lungor och cirkulation. Där står: ”[v]ar och en av Parterna skall ha rätt, men ingen skyldighet, att agera Underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan avseende de vårdtjänster som anges i punkterna 3.1 (i) – (iii) ovan”. Vidare står det att underleverantören ska ”ha rätt att utföra maximalt femtio (50) procent av det antal undersökningar inom respektive tjänsteområde som ska utföras av Beställaren enligt Vårdavtal”.

Punkten 3.3 reglerar vad som gäller mellan parterna i fråga om anbudsobjekt E, dvs. sömn. Här används samma uttryckssätt som i den föregående punkten; ”[v]ar och en av Parterna skall ... ha rätt, men ingen skyldighet, att agera Underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan avseende de vårdtjänster som anges i punkten 3.1 (iv) ovan”.

Där står också att underleverantören ska ha möjlighet att utföra det antal undersökningar som ska utföras inom ramen för beställarens uppdrag.

#### Sammanfattning - avtalet mellan Aleris och Capio

Sammanfattningsvis framgår följande av avtalet. Var och en av parterna ska ha rätt, men ingen skyldighet, att i egenskap av underleverantör utföra undersökningar inom anbudsobjekten A, B, D och E enligt den andre partens vårdavtal med landstinget. Beträffande objekt A, B och D ska underleverantören ha rätt att utföra maximalt 50 procent av undersökningarna. Beträffande objekt E ska underleverantören ha möjlighet att utföra det antal undersökningar som ska utföras inom ramen för den andre partens uppdrag gentemot landstinget. Avtalet innebär att part har en rätt, men ingen skyldighet, att agera underleverantör. Den part som får avtal med landstinget kan därmed inte förlita sig på att kunna använda den andre parten som underleverantör.

#### Avropet gjordes inte av vinnaren utan av förloraren

Punkten 3.4 reglerar hur underleverantörskap kommer till stånd. I punkten står: ”Om Part önskar agera Underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan, skall den Parten skriftligen meddela den andre Parten detta senast fyrtiofem (45) dagar innan Parten avser påbörja utförandet av vårdtjänsterna. Parten skall därvid ange omfattningen av de vårdtjänster som Parten önskar utföra.”

Av punkten följer att det är den part som vill bli ”underleverantör” som ska meddela detta till sin avtalsmotpart. Det är alltså inte den part som har ingått vårdavtal med landstinget, och som har behov av en underleverantör för att kunna fullgöra sina åtaganden, som ska vända sig till den andre parten och begära att få anlita denne som underleverantör. Det är i stället den part som vill kunna utföra vårdtjänster enligt den andre partens vårdavtal med landstinget som ska ta initiativet, dvs. det är inte den som är kontraktshållare som styr över om underleverantörskap kommer till stånd eller inte.

Avtalet gällde bara om en av parterna men inte den andre fick avtal med SLL

I punkten 3.6 står: ”En förutsättning för Part att få agera Underleverantör enligt detta avtal är att sådan Part inte samtidigt erhållit uppdrag som Beställare inom samma tjänsteområde.” Innebörden är att punkterna 3.1–3.4 inte blir tillämpliga om båda parterna får avtal med landstinget avseende samma anbudsobjekt. Det var bara om en av parterna men inte den andre fick avtal med landstinget avseende ett visst objekt som den som stod utan avtal med landstinget kunde begära att få utnyttja sin rätt att utföra de aktuella tjänsterna enligt den andre partens avtal med landstinget.

Förloraren fick ersättning med 98 procent av vinnarens pris

Punkten 4 reglerar den ekonomiska fördelningen mellan avtalsparterna. Av intresse är främst punkten 4.2. Innebörden av den bestämmelsen är att den part som har fått vårdavtal med landstinget får behålla två procent av det belopp som landstinget betalat för tjänster som utförts av den part som förlorat i upphandlingen men som fått utföra tjänsterna på den vinnande partens avtal med landstinget. Förloraren får alltså 98 procent av det belopp som avtalsinnehavaren debiterat landstinget för tjänsterna.

Åtagande att lägga anbud på alla objekt

Punkten 9 reglerar ett ”Särskilt åtagande” och har följande lydelse: ”Var och en av Parterna förbinder sig att i sitt anbud till Landstinget lägga bud på det maximala antal undersökningar inom respektive tjänsteområde inom klinisk fysiologi som omfattas av Upphandlingen, dock att S:t Göran, såvitt avser de vårdtjänster som anges i punkten 3.1 (iv) ovan, skall vara skyldigt att lägga bud på åtta (8) procent av det maximala antal undersökningar som omfattas av Upphandlingen.”

Avtalsvillkoret, som är en ömsesidig förpliktelse, innebär att avtalsparterna kom överens om att var och en av dem skulle lämna anbud på samtliga objekt inom klinisk fysiologi, och att de skulle lämna anbud på det maximala antalet undersökningar, förutom

att Capio beträffande objekt E, dvs. sömn, skulle lämna anbud på åtta procent av det maximala antalet undersökningar.

Parterna har förbundit sig gentemot varandra att agera på det sätt som anges i bestämmelsen och måste ha kommit överens om vilka objekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer. Det innebär i sin tur att de innan avtalet skrevs måste ha röjt detta för varandra, dvs. uppgifterna måste ha varit föremål för någon typ av informationsutbyte – muntligen eller skriftligen – parterna emellan.

När det gäller hur Capio skulle agera i fråga om objekt E stod det klart mellan parterna senast den 29 augusti 2008, vilket framgår av ett e-postmeddelande som E.T. på Capio skickade till A.J.-D. på Aleris den 29 augusti 2008. Hon kommenterade punkter i avtalet och gjorde ändringsförslag i det utkast till avtal som Capio hade fått av Aleris. Hon skrev: ”Hej, har gått in och lagt förslag på ändring av text i 2.5 eftersom vi endast lämnar anbud på en mindre del av volymen på sömnområdet.” Av meddelandet framgår att Aleris och Capio senast nämnda datum var överens om att Capio beträffande objekt E skulle ge anbud på endast en mindre del av den volym som landstinget hade uppskattat skulle efterfrågas. Capio har även vitsordat att Capio och Aleris i månadsskiftet augusti/september 2008 hade bekräftat för varandra vilka objekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer.

Av punkten 10 följer att avtalet skulle gälla ”under tiden fram till dess att samtliga Vårdavtal upphör att gälla”. Aleris och Capios samarbetsavtal skulle alltså gälla så länge de ramavtal som landstinget skulle komma att ingå med anledning av upphandlingen skulle gälla. Det är ostridigt i målet att avtalet mellan Aleris och Capio tillämpades t.o.m. den 30 juni 2014.

Avtalet är daterat den 3 september 2008 och undertecknat för Aleris räkning av S.B. och A.J.-D. samt för Capios räkning av E.T..

Samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support

Även i detta avtal finns de centrala delarna av parternas överenskommelse under punkten 3. I den punkten står: ”Var och en av Parterna ska ha rätt att i egenskap av underleverantör ... till den Part som av Landstinget utsetts till beställare ... utföra diagnostiska metoder inom följande tjänsteområden enligt det eller de vårdavtal som Beställaren kan komma att ingå med Landstinget som en följd av Upphandlingen...”.

Sedan listas de tjänsteområden avtalet gäller och det rör sig om samtliga anbudsobjekt i upphandlingen, dvs. även objekt C.

Samarbetet innebar en rätt

Av punkten 3.1. framgår att var och en av parterna ska ha rätt att ”i egenskap av underleverantör” utföra undersökningar inom anbudsobjekten A, B, C, D och E enligt den andre partens vårdavtal med landstinget.

Avropet gjordes inte av vinnaren utan av förloraren

Punkten 3.2 reglerar hur underleverantörskap ska komma till stånd. Där står: ”Om Part önskar utöva sin rätt enligt punkten 3.1 ovan, skall Parten skriftligen meddela den andre Parten detta senast trettio ... dagar innan Parten avser att påbörja utförandet av Tjänsterna.” Det innebär att om part önskar utöva sin rätt att i egenskap av underleverantör utföra undersökningar inom anbudsobjekten A, B, C, D och E enligt den andre partens vårdavtal med landstinget, ska parten skriftligen meddela den andre parten detta senast trettio dagar innan parten avser att påbörja utförandet av tjänsterna.

Även av det här avtalet följer att det är den part som vill bli ”underleverantör” som ska meddela detta till sin avtalsmotpart, dvs. det är inte den part som har ingått vårdavtal med landstinget, och som eventuellt har behov av en underleverantör för att kunna fullgöra sina åtaganden gentemot landstinget, som ska vända sig till den andre parten och begära att få anlita denne som underleverantör.



Förloraren fick ersättning med 98 procent av vinnarens pris

Precis som i Aleris avtal med Capio regleras den ekonomiska fördelningen mellan avtalsparterna under punkten 4. Av punkten 4.2 följer att den part som har fått vårdavtal med landstinget får behålla två procent av det belopp som landstinget betalat för tjänster som utförts av den part som förlorat i upphandlingen men som fått utföra tjänsterna på den vinnande partens avtal med landstinget, dvs. förloraren får 98 procent av det belopp som vårdavtalsinnehavaren debiterat landstinget för tjänsterna.

Informationsutbyte (i)

I Aleris avtal med Capio finns som redovisats en särskild bestämmelse som innebär ett utbyte av information mellan avtalsparterna och en överenskommelse om vilka objekt parterna skulle lämna anbud på och med vilka volymer.

Även om det inte finns något motsvarande särskilt åtagande i förevarande avtal framgår det indirekt av innehållet i punkten 3.1 att Aleris, Globen Heart och Medical Support – innan de gav in sina anbud i upphandlingen – hade röjt för varandra och kommit överens om vilka objekt de skulle ge anbud på.

Enligt överenskommelsen i punkten 3.1 ska var och en av parterna ha rätt att i egenkap av underleverantör utföra undersökningar inom anbudsobjekten A, B, C, D och E enligt den andre partens vårdavtal med landstinget. I avtalet finns dessa tjänsteområden listade i punkterna (i) – (v). I uppräknningen av tjänsteområdena står det vid den romerska trean, beträffande anbudsobjektet C, följande inom parentes: ”beträffande vilket enbart Aleris har rätt att vara Underleverantör, eftersom Aleris inte lämnar något anbud inom detta tjänsteområde”.

Av innehållet i parentesens framgår motsatsvis att beträffande de övriga anbudsobjekten var avtalsparterna – dvs. Aleris, Globen Heart och Medical Support – överens om att

var och en av dem skulle lämna anbud på samtliga anbudsobjekt. Att de var överens om vilka objekt de skulle lämna anbud på måste i sin tur innebära att de, före det att avtalet skrevs, hade röjt det för varandra, dvs. uppgifterna måste ha varit föremål för någon typ av utbyte - muntligen eller skriftligen - parterna emellan.

#### Informationsutbyte (ii)

I vart fall Globen Heart och Medical Support har under skriftväxlingen i tingsrätten bekräftat att de före anbudsinslämningen hade informerat andra, t.ex. Aleris, om att de skulle ge anbud på samtliga objekt i upphandlingen. Bolagens ombud skrev följande i ett yttrande den 15 augusti 2014: ”Medical Supports och Globen Hearts företrädare var i de kontakter som förekom med andra aktörer tydliga med att man skulle bjuda på samtliga ”objekt” i upphandlingen”. Även Aleris och Capio har under skriftväxlingen i tingsrätten vitsordat att de har utbytt information med sina avtalsparter om vilka objekt de skulle lämna anbud på.

#### Avtalet gällde hela den upphandlade tidsperioden

Även i detta avtal återfinns bestämmelsen om under vilken tidsperiod som avtalet skulle gälla under punkten 10. I fråga om giltighetstiden är innehållet i bestämmelsen detsamma som i Aleris avtal med Capio. Det är ostridigt i målet att även avtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support tillämpades t.o.m. den 30 juni 2014.

Avtalet är daterat den 8 september 2008 och är undertecknat för Aleris räkning av S.B. och A.J.-D., för Globen Hearts räkning av M.N., och för Medical Supports räkning av E.L.N..

#### Förlorargaranti

Underleverantörsavtal handlar vanligen om att en aktör som ska leverera en produkt eller tjänst till en kund inte har kapacitet eller kompetens att på egen hand klara leve-

ransen utan måste ta hjälp av en annan aktör för att kunna erhålla eller utföra uppdraget. I förevarande fall är det förloraren i upphandlingen som har en rätt att få utföra tjänsterna åt SLL. Det är "förloraren" som råder över om underleverantörskap kommer till stånd och kontraktshållaren har ingen garanti för att vid behov kunna anlita den andre parten som underleverantör.

#### Svarandebolagen ogillade att landstinget skulle minska antalet leverantörer

Av ett e-postmeddelande som E.T. den 11 augusti 2008 skickade till A.V., juridisk rådgivare vid den här tidpunkten verksam på Linklaters advokatbyrå, för synpunkter på Aleris förslag till avtalstext framgår följande: "Målsättningen är att landstinget vill minska antalet leverantörer. Möjligheten att fortfarande vara med i matchen är att man kan få arbeta som underleverantör till någon som fått ett eller flera avtal i händelse av att man själv inte får ett avtal." Under Konkurrensverkets utredning har Aleris ombud uppgett följande: "Samarbetsavtalen skulle möjliggöra för de [p]arter som inte tilldelades kontrakt i upphandlingen att åtminstone kunna agera som underleverantör och på så sätt kunna fortsätta sin verksamhet inom klinisk fysiologi." Vad parterna ville uppnå med avtalen var alltså att minimera risken för att någon av dem efter upphandlingen skulle stå utan möjlighet att få utföra tjänster åt landstinget.

#### Avtalens objektiva mål är att kringgå SLL:s avsikt

Av avtalens ordalydelse framgår att de objektiva mål som eftersträvas är att även den part som förlorar i upphandlingen, och inte får avtal med landstinget, ska få utföra de upphandlade tjänsterna genom att leverera enligt avtalsmotpartens avtal med SLL. Det var också avtalsparternas subjektiva avsikter med avtalen. Det framgår bl.a. av åberopad e-postkorrespondens. Avtalens objektiva mål sammanfaller med vad svarandebolagen rent subjektivt avsåg att åstadkomma med avtalen.

Förloraren ska få del av de volymer som kan komma att avropas

Av de skriftliga avtalen framgår att om en av parterna, men inte den andre, vinner i upphandlingen avseende ett anbudsobjekt ska förloraren ändå ha rätt att utföra de aktuella undersökningarna genom att leverera enligt avtalsmotpartens avtal med SLL. Detta följer som ovan redovisats av punkterna 3.1–3.4 i Aleris avtal med Capiro och punkterna 3.1–3.2 i Aleris avtal med Globen Heart och Medical Support och innebär att den förlorande parten ska få del av de volymer som kan komma att avropas på vinnarens avtal med landstinget, dvs. det är en överenskommelse om volymdelning.

I avtalet mellan Aleris och Capiro har det särskilt reglerats att förloraren ska ha rätt att utföra maximalt 50 procent av de undersökningar som ska utföras av vinnaren enligt dennes avtal med landstinget. Förloraren ska alltså ha rätt att få del av upp till hälften av de volymer som kan komma att avropas på vinnarens avtal med landstinget.

I ett e-postmeddelande som E.T. skickade till A.J.-D. den 29 augusti 2008 skrev hon följande: ”Eftersom vi lämnar anbud på endast en mindre volym vill vi inte gärna ge bort hela den om vi skulle få vårdavtalet. Och får ni uppdraget tror jag inte ni skulle vilja att vi hade rätt att ta hela volymen.” Parterna diskuterar alltså själva i termer av att ”ge bort volymer”.

*Upphandlingen – anbud och utfall*Anbudsgivarna

När det gäller tjänsterna inom klinisk fysiologi kom det in anbud från de privata aktörer som vid tidpunkten var verksamma inom detta område i Stockholm, dvs. från samtliga svarandebolag och även från den femte etablerade aktören, Stockholm Heart Center. Det kom också in anbud från företag som inte var verksamma inom klinisk fysiologi, i vart fall inte i Stockholmsområdet. Utöver de etablerade aktörerna kom det in

anbud från: Gynekologkliniken Stockholm AB, AGA Gas AB/Linde Gas Therapeutics, Avesina AB, Micaro AB och MittHjärta Hjärt-sömncentrum Nord AB.

Alla nya anbudsgivare misslyckades

Alla anbudsgivarna lämnade anbud på samtliga anbudsobjekt inom klinisk fysiologi. Det var därmed tio stycken som gav in anbud på anbudsobjekten A, B, D och E. Svarandebolagen hade dock inte räknat med att möta konkurrens från de etablerade aktörerna. Förutom svarandebolagen var det endast Stockholm Heart Center som var verksam i Stockholmstrakten inom klinisk fysiologi. Svarandebolagen kan inte ha kalkylerat med att Gynekologkliniken, AGA Gas, Avesina, Micaro och Mitt Hjärta skulle delta i upphandlingen eller att de skulle vara särskilt konkurrenskraftiga.

De etablerade aktörerna mötte inte heller någon egentlig konkurrens från de anbudsgivare som inte tidigare hade bedrivit verksamhet inom klinisk fysiologi i Stockholmsområdet.

Avesina uteslöts från att delta i upphandlingen och Micaro samt AGA Gas uppfyllde inte alla skall-krav och klarade därför inte kvalificeringen. Gynekologkliniken och Mitt Hjärta gick i och för sig vidare till anbudsprövningen. Gynekologkliniken kom dock senare att uteslutas från utvärderingen av anbuden efter en överprövningsprocess som initierades av Capio, Globen Heart och Medical Support. Mitt Hjärtas anbud kvalificerade sig för prövning av anbuden men var chanslöst prismässigt.

Mitt Hjärta var ett mindre företag som vid den tidpunkten inte bedrev någon verksamhet inom klinisk fysiologi i Stockholmsområdet. Att Gynekologkliniken aldrig hade bedrivit någon verksamhet inom klinisk fysiologi är en uppgift som kommer från Capio, och som framgår av en dom från (dåvarande) Länsrätten i Stockholms län meddelad den 4 februari 2009, dvs. i det mål där Capio, Globen Heart och Medical Support hade begärt överprövning.

I domen återges även vad Globen Heart och Medical Support anförde i överprövningsprocessen. På s. 6 står följande: ”Gynekologkliniken uppger i anbudsformuläret ... att de ’har ingen tidigare erfarenhet av att driva verksamhet inom klinisk fysiologi’.” På s. 7 finns ett liknande uttalande, där Globen Heart och Medical Support anför följande: ”Gynekologkliniken, som enligt egen uppgift i anbudsformuläret helt saknar erfarenhet inom specialiseringen klinisk fysiologi”.

Vid tidpunkten för upphandlingen bedrev Gynekologkliniken ingen verksamhet inom klinisk fysiologi, hade aldrig gjort det och saknade helt erfarenhet inom klinisk fysiologi. Svarandebolagen förutsåg därför inte att Gynekologkliniken skulle lämna anbud i upphandlingen.

Även om det kom in anbud från fler än de etablerade aktörerna utgjorde dessa anbud sammantaget inte något reellt hot och svarandebolagen har inte haft anledning att befara att de skulle möta någon egentlig konkurrens från företag som inte var etablerade på marknaden i Stockholmsområdet.

#### Alla tre svarandebolagen visste

Svarandebolagen var angelägna om att före anbudsinlämningen och före tilldelningsbeslutet ingå samarbetsavtal som gav dem en rätt om de förlorade att komma in/vara kvar på marknaden genom avtalsmotpartens avtal.

Genom avtalen visste avtalsparterna att om de förlorade i upphandlingen avseende något objekt skulle de ändå ha rätt att utföra tjänsterna om den de hade avtalat med vann (den s.k. förlorargarantin). De visste även att detta gällde samtliga anbudsobjekt eftersom de hade röjt för varandra att de skulle ge anbud på alla objekt.

Avtalen hade betydelse för anbudspriset

Gynekologkliniken och Stockholm Heart Center deltog inte i något samarbete och hade de lägsta priserna på samtliga fyra anbudsobjekt. Det framgår av en sammanställning av anbudssummorna som SLL gjorde under utvärderingen.

Aleris, som hade ingått två samarbetsavtal, låg högre i pris än alla andra (bortsett från MittHjärta), beträffande objekt A, B och D. I fråga om samtliga dessa tre anbudsobjekt är Aleris anbudssumma minst tio procent högre än Stockholm Heart Centers och i jämförelse med Gynekologklinikens anbudssummor är skillnaden ännu större.

Dessa omständigheter indikerar att den typ av samarbetsavtal som svarandebolagen ingick inför upphandlingen har en negativ inverkan på avtalsparternas incitament att priskonkurrera i upphandlingen.

Utfallet av upphandlingen - vinnare och förlorare

Efter att ha utvärderat anbuderna fattade SLL ett tilldelningsbeslut den 18 november 2008. För objekten A, B, D och E antogs två leverantörer; Gynekologkliniken och Stockholm Heart Center, dvs. de två aktörer som hade lämnat den lägsta och den näst lägsta anbudssumman beträffande vart och ett av anbudsobjekten A, B, D och E. Inget av svarandebolagen tilldelades kontrakt.

Gynekologkliniken hade lämnat anbud på en mindre del av den förväntade volymen och det var alltså möjligt att vinna upphandlingen utan att lämna anbud på hela den uppskattade volymen.

Globen Heart, Medical Support och Capio vann framgång i överprövningsprocessen och Länsrätten i Stockholm förordnade i ovan nämnda dom att SLL skulle genomföra en ny anbudsprövning och att SLL var tvunget att anta minst tre leverantörer samt att Gynekologklinikens anbud skulle uteslutas.

Tilldelningsbeslut den 15 september 2009

Landstinget genomförde en ny anbudsprövning och fattade ett nytt tilldelningsbeslut den 15 september 2009. Genom det nya beslutet tilldelades Globen Heart, Medical Support och Stockholm Heart Center ramavtal med landstinget beträffande samtliga objekt inom klinisk fysiologi. Capio tilldelades avtal avseende objekt A, dvs. hjärta, och Aleris tilldelades avtal avseende objekt E, dvs. sömn.

Även detta tilldelningsbeslut blev föremål för överprövning (inget av svarandebolagen var part i någon av dessa överprövningsprocesser) men beslutet stod fast. Det stod dock klart först i mars 2010 (då Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2010 i mål nr 7433-09 vann laga kraft).

Först då kunde SLL ingå avtal med de leverantörer som hade antagits genom tilldelningsbeslutet den 15 september 2009. Avtalsperioden för dessa ramavtal var den 1 juli 2010 till den 30 juni 2013. Vid ett senare tillfälle förlängdes dock avtalstiden med ett år. Ramavtalen gällde alltså till den 30 juni 2014.

Förlorarare i upphandlingen

Följande aktörer fick inget avtal med SLL:

- objekt A: Aleris (och MittHjärta),
- objekt B: Aleris, Capio (och MittHjärta),
- objekt D: Aleris, Capio (och MittHjärta), och
- objekt E: Capio (och MittHjärta).

De stora förlorarna i upphandlingen blev alltså Aleris och Capio. När upphandlingen var slutförd stod Aleris utan avtal med landstinget avseende samtliga objekt utom E.



*Svarandebolagens agerande efter tilldelningsbeslutet*

I mars 2010 kunde landstinget ingå ramavtal med de aktörer som hade vunnit i upphandlingen och antagits som leverantörer. Den 8 mars 2010 utnyttjade Aleris sin rätt enligt samarbetsavtalet med Capiro att få utföra undersökningar inom objekt A enligt Capios ramavtal med landstinget. Det framgår av ett meddelande som Aleris skickade till Capiro, där Aleris påkallar sin rätt att ”agera som underleverantör” avseende objekt A. Capiro gjorde vid samma tidpunkt motsvarande avseende objekt E.

Genom att påkalla sin rätt enligt avtalen vidtog Aleris och Capiro åtgärder för att få leverera tjänster inom anbudsobjekt som de hade förlorat, dvs. de agerade båda två för att få utföra undersökningar som kunde komma att avropas på den andre, vinnande, partens ramavtal med landstinget.

Capiro förlorar Aleris som underleverantör

I slutet av maj eller under juni 2010 kom Aleris på att bolaget skulle få högre intäkter från undersökningarna inom objekt A om bolaget fick utföra dem enligt Globen Hearts och Medical Supports avtal med landstinget i stället för enligt Capios avtal med landstinget. Capiro hade nämligen lagt ett lägre bud på objekt A än vad Globen Heart och Medical Support hade gjort, dvs. landstinget fick betala mer för tjänsterna när de utfördes enligt ramavtalet med Globen Heart och Medical Support.

Mot den bakgrunden återtog Aleris sin begäran om att få utföra undersökningarna enligt Capios ramavtal och valde att i stället utnyttja rätten att få leverera tjänsterna enligt sitt andra samarbetsavtal, dvs. avtalet med Globen Heart och Medical Support.

Att det var ekonomiska motiv som låg bakom Aleris handlande indikeras av innehållet i intern e-postkorrespondens från den här tiden. Korrespondensen är inte ingiven i målet men Aleris har under Konkurrensverkets utredning bekräftat att det förhållandet att

Globen Heart och Medical Support hade högre priser än Capio avseende objekt A, var styrande för Aleris val. Det illustrerar att den av parterna i respektive samarbetsavtal som fick avtal med SLL inte kunde förlita sig på att få hjälp av sin ”underleverantör” utan att samarbetsavtalen tillkom/utformades i förlorarens intresse.

#### HKG övertar avtal

Någon gång under våren 2010 överlät Globen Heart och Medical Support sina ramavtal med SLL avseende samtliga avtalsobjekt till HKG.

Den 11 juni 2010 gav M.N. och E.L.N., för HKG:s räkning, in en skrivelse till landstinget med en förfrågan om att få anlita Aleris ”som underleverantör” för de aktuella tjänsterna inom klinisk fysiologi.

HKG:s förfrågan gällde även att få anlita Capio som underleverantör. HKG och Capio hade nämligen ingått ett avtal under år 2010 om att Capio skulle få vara underleverantör till HKG avseende undersökningar inom objekt B och D. Avtalet är daterat den 23 september 2010, men parterna måste ha varit överens om underleverantörskap redan under försommaren 2010 eftersom HKG:s förfrågan avsåg även Capio.

Landstinget godkände Globen Hearts och Medical Supports överlåtelser av sina ram-avtal med landstinget till HKG ”från 2010-07-01”. E.L.N. vidarebefordrade e-post om detta till bl.a. A.J.-D. på Aleris.

Landstinget godkände i mitten av juni 2010 HKG:s förfrågan såvitt avser objekt B och D. Landstingets godkännande gällde även Capio trots att Medical Support och Globen Heart inte hade angett Capio som underleverantör i sina anbud hösten 2008.

HKG blir avtalsmotpart till Aleris

I samband med att de ramavtal som landstinget hade ingått med vinnarna i upphandlingen började löpa trädde HKG i Globen Hearts och Medical Supports ställe även som avtalsmotpart till Aleris i det samarbetsavtal som Aleris hade ingått med Globen Heart och Medical Support.

I ett brev den 1 juli 2010 meddelade HKG Aleris att Globen Heart och Medical Support hade överlåtit sina avtal med landstinget till HKG och att landstinget hade godkänt detta. Vidare uppmärksammade HKG Aleris på att Aleris motpart i det samarbetsavtal som Aleris ingick med Globen Heart och Medical Support under sensommaren 2008 ”i formellt hänseende är Hjärtkärlgruppen” (dvs. HKG).

När SLL:s ramavtal med vinnarna i upphandlingen började löpa den 1 juli 2010 hade HKG trätt i Globen Hearts och Medical Supports ställe i samarbetsavtalet med Aleris.

Leveranser enligt eget ramavtal eller enligt samarbetsavtal

Stockholm Heart Center vann i samtliga kategorier och eftersom det bolaget inte hade avtal med någon annan aktör levererade det bara enligt sitt eget avtal.

Även Globen Heart och Medical Support vann i alla kategorier. Deras avtal kom även att tillämpas av Aleris. Att Aleris under ramavtalens löptid kunde leverera tjänster även inom objekt A, B och D, trots att Aleris inte hade fått något ramavtal avseende dessa tjänster, berodde på att Aleris utnyttjade sin rätt enligt punkten 3.1 i det samarbetsavtal som Aleris hade ingått med Globen Heart och Medical Support (i vilket HKG hade trätt in som avtalsmotpart till Aleris). Aleris utförde således tjänsterna inom objekt A, B och D enligt HKG:s ramavtal med landstinget. Aleris hade även kunnat påkalla rätten att få leverera på objekt A enligt avtalet med Capio. Varför landstinget lät Aleris välja att vara underleverantör till HKG, till ett högre anbudspris än Capio, är inte känt.

Att Capio under den aktuella perioden kunde leverera tjänster inom objekt E – trots att Capio inte hade fått något ramavtal för dessa tjänster – berodde på att Capio utnyttjade sin rätt enligt punkterna 3.1 och 3.3 i sitt samarbetsavtal med Aleris. Capio utförde således tjänsterna inom objekt E enligt Aleris ramavtal med SLL.

Capio fick även leverera tjänster inom objekt B och D på HKG:s avtalsvillkor enligt avtalet från år 2010. Capio tecknade alltså ett samarbetsavtal med HKG efter det att SLL hade ingått avtal med vinnande anbudsgivare. Landstinget godkände att Capio blev underleverantör till HKG, trots att Globen Heart och Medical Support inte hade angett i sina anbud att de kunde komma att anlita Capio som underleverantör.

Capio levererade även tjänster inom objekt A och Aleris inom objekt E. Beträffande de tjänsterna hade Capio respektive Aleris tilldelats kontrakt i upphandlingen så de tjänsterna utförde de enligt sina egna ramavtal med landstinget.

Under tiden den 1 juli 2010 t.o.m. den 30 juni 2014 tillämpade svarandebolagen sina överenskommelser om att vinnaren skulle dela med sig till förloraren av de volymer som kunde komma att avropas på vinnarens ramavtal med landstinget.

*Samarbetsavtalen har begränsat konkurrensen*

#### Företagskriteriet

Aleris, Capio, Globen Heart, Medical Support och HKG är samtliga juridiska personer som bedriver verksamhet av ekonomisk och kommersiell natur. Samtliga svarandebolag är således företag i konkurrenslagens mening.

#### Avtalskriteriet/samordnat förfarande

Samarbetsavtalen ger uttryck för de respektive avtalsparternas gemensamma vilja att agera på ett visst sätt i upphandlingen och på marknaden. Båda samarbetsavtalen ut-

trycker avtalsparternas vilja att till avtalsmotparten dela med sig av de volymer som kan komma att avropas på huvudleverantörens avtal med SLL.

Vidare framgår det av båda samarbetsavtalen att de respektive avtalsparterna innan anbudsinlämningen har röjt för varandra och gjort upp om vilka av objekten A, B, C, D och E som de skulle lämna anbud på. I fråga om Aleris och Capio går informationsutbytet ännu längre, i och med att de även har enats om vilka volymer de skulle lämna anbud på för respektive objekt (det särskilda åtagandet i p. 9 i avtalet).

De kontakter i form av möten, telefonsamtal, e-postkorrespondens och utväxling av avtalsutkast mellan respektive avtalsparter som förekom under sommaren 2008 visar att avtal förelåg redan före det att de skriftliga samarbetsavtalen undertecknades den 3 respektive 8 september 2008. Av kontakterna kan i vart fall konstateras att det före nämnda datum rådde ett samförstånd mellan respektive parter i de aktuella avseendena. Parterna har även agerat i enlighet med detta samförstånd.

#### Konkurrensbegränsning/konkurrensnedvridning

Bedömningen av om de aktuella samarbetsavtalen har ett konkurrensbegränsande/konkurrensnedvridande syfte ska ske utifrån objektiva kriterier.

Punkten 3 i de båda samarbetsavtalen innebär som redovisats att den avtalspart som inte antas som leverantör av SLL för ett visst objekt ändå kan komma att få utföra undersökningar inom detta objekt trots att dess anbud inte antagits av SLL.

Det primära syftet med samarbetsavtalen är således att den avtalspart som antas som leverantör av SLL inom respektive objekt ska dela med sig till avtalsmotparten av de volymer som avropas på den förstnämnde partens avtal med SLL.

Överenskommelsen i de båda samarbetsavtalen om volymdelning syftar till att öka respektive företags individuella chanser att få uppdrag. Genom avtalen får den avtals-

part som inte får eget avtal med SLL en chans att ändå få utföra den/de aktuella tjänsten/tjänsterna genom att få utföra tjänsten/tjänsterna enligt motpartens avtal med SLL. Även om det är remittenterna som styr flödet av patienter är målet med överenskommelsen att säkerställa framtida leveranser inom de objekt som ingick i upphandlingen. Syftet med avtalen synes således ha varit att båda de respektive avtalsparterna genom att samarbeta skulle tilldelas uppdrag, vilket har begränsat konkurrensen dem emellan. Huruvida det i realiteten blir en uppdelning av uppdragen om just femtio procent saknar betydelse för prövningen av om avtalet är konkurrensbegränsande. Vad som är relevant är i stället att avtalen syftar till att avtalsparterna skulle kunna behålla samma position på marknaden efter upphandlingen som före (vilket de i stor utsträckning har gjort med hjälp av samarbetsavtalen).

Genom överenskommelsen om att kontraktshållaren ska dela med sig av de volymer som kan komma att avropas enligt dennes avtal med SLL blir skillnaden mellan att placera sig före eller efter avtalsmotparten i anbudsutvärderingen mindre än vad den hade varit i avsaknad av samarbetsavtalen. Det företag som har ramavtal med SLL kan i och för sig inte styra över om företaget självt eller avtalsmotparten får uppdraget att utföra de aktuella undersökningarna. Det har därför inte någon större betydelse för respektive avtalsmotpart om företaget har ett eget ramavtal med SLL eller levererar tjänster enligt avtalsmotpartens ramavtal med SLL. Skillnaden i intäkter beroende på om ett företag får ett eget avtal eller utför undersökningar avseende samma tjänster enligt avtalsmotpartens avtal med SLL är begränsad. ”Kostnaden” för att leverera enligt avtalsmotpartens avtal kan inte antas vara ett incitament av betydelse när det gäller att placera sig före eller efter avtalsmotparten eftersom den uppgår till endast två procent av det pris som SLL betalar till kontraktshållaren.

Avtalskonstruktionen påverkar därmed avtalsparternas incitament att konkurrera fullt ut i upphandlingen och samarbetsavtalen kan antas ha minskat priskonkurrensen mellan parterna.

Genom samarbetsavtalen kunde de respektive avtalsparterna känna sig relativt säkra på att få del av de volymer som skulle komma att avropas eftersom avtalen ingicks mellan två respektive tre av de fem etablerade aktörerna.

Resultatet av samarbetet har också blivit att även avtalsparter som inte tilldelades kontrakt med SLL inom ett visst objekt har fått del av de volymer som avropats inom objektet. Av det totala antalet undersökningar som utfördes inom de aktuella objekten år 2012 har särskilt Aleris utfört en betydande andel även inom de objekt beträffande vilka företagets anbud inte antogs av SLL. Aleris har, trots att företaget inte har något eget ramavtal med SLL avseende objekten A, B och D till följd av sitt samarbetsavtal med Globen Heart och Medical Support (nu HKG) utfört ca hälften av det totala antalet undersökningar inom dessa objekt år 2012. Beträffande ett av dessa objekt har Aleris, tack vare sitt samarbetsavtal med HKG, fått utföra 85 procent av det totala antalet undersökningar. Aleris har alltså, trots avsaknad av eget ramavtal med SLL, utfört mer än åtta av tio undersökningar inom detta objekt.

Svarandebolagen har vidare före anbudsinlämningen röjt för sin respektive avtalspart vilka objekt de skulle lämna anbud på. Aleris och Capio har även röjt för varandra vilka volymer de skulle lämna anbud på för respektive objekt. De har t.o.m. uttryckligen förbundet sig gentemot varandra i fråga om vilka objekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer.

Aleris har dessutom informerat Globen Heart och Medical Support om att Aleris även förde diskussioner med Capio om ingående av samarbetsavtal och hur detta skulle utformas.

Informationsutbytet har minskat osäkerheten avtalsparterna emellan om hur de skulle agera i upphandlingen. Det har inneburit att företagen till viss del visste vilken konkurrens de skulle möta från sin respektive avtalspart.

Svarandebolagens respektive samarbetsavtal har således eliminerat överraskningsmomentet i fråga om vilka anbudsobjekt som avtalsmotparten skulle lämna anbud på och, såvitt gäller avtalet mellan Aleris och Capiro, med vilka volymer.

Samarbetsavtalen har följaktligen åtminstone potentiellt minskat konkurrenstrycket vid upphandlingen.

Informationsutbytet som förekommit mellan de respektive avtalsparterna har, åtminstone sett tillsammans med avtalen/de samordnade förfarandena i fråga om volymdelning, ett konkurrensbegränsande syfte och har även fått ett sådant resultat.

För att belysa detta kan svarandebolagens strategier i samband med upphandlingen jämföras med hur Stockholm Heart Center – som var den enda anbudsgivare förutom svarandebolagen som slutligen tilldelades kontrakt med SLL inom klinisk fysiologi – agerade inför anbudsinslämningen. Istället för att ingå samarbetsavtal med sina konkurrenter inför upphandlingen, satsade Stockholm Heart Center på att utöka sin verksamhet, genom att med sänkta priser försöka ta hem stora volymer i upphandlingen. Stockholm Heart Center hade således som strategi att pressa priserna maximalt för att på så vis bli ett av de företag som SLL skulle tilldela avtal.

Mot bakgrund av det ovan anförda har samarbetsavtalen sannolikt haft en inskränkan-  
kande effekt på svarandebolagens incitament att expandera och därmed på möjligheten att konkurrera med parametrar som korta kötider etc.

Svarandebolagens samarbeten kan även antas ha lett till negativa effekter för Stockholm Heart Center genom att företaget fått sämre konkurrensförutsättningar (konkurrenssnedvridning).

Stockholm Heart Center lyckades genom sin strategi att lämna anbud med kraftigt pressade priser få avtal med SLL beträffande samtliga anbudsobjekt inom klinisk fysiologi (bolaget lämnade inte anbud på objekt C). Att kunna leverera tjänster inom flera



objekt torde vara en viktig konkurrensparameter vid tjänsternas avrop. Som en följd av svarandebolagens samarbetsavtal har Stockholm Heart Center dock inte kunnat dra nytta av denna konkurrensfördel eftersom samtliga svarandebolag också kan leverera tjänster inom alla objekt, vilket inte hade varit fallet i en situation utan samarbetsavtalen (såvitt gäller Capio är dock bolagets möjligheter att utföra tjänster inom objekt B och D en följd av ett samarbetsavtal som Capio S:t Görans ingick med Hjärtkärllgruppen år 2010). Eftersom det inte finns någon avropsordning kan svarandebolagen dessutom komma ifråga som leverantör före Stockholm Heart Center, trots att dessas priser gentemot SLL är högre än Stockholm Heart Centers (vilket beror på att svarandebolagens anbudspriser överlag var högre). Svarandebolagens samarbete innebär alltså att Stockholm Heart Centers möjligheter att konkurrera med exempelvis kortare kötider, eller med det faktum att företaget har avtal med SLL beträffande samtliga de ovan angivna objekten, har begränsats. Till följd av samarbetena har Stockholm Heart Center sannolikt fått färre uppdrag än vad som hade varit fallet om svarandebolagen inte hade samarbetat och dessutom har SLL sannolikt fått betala mer för utförda tjänster än vad SLL skulle ha gjort i en situation utan samarbetena.

#### Utveckling av skadeteorin

Kostnaden för SLL, och därmed för skattebetalarna, har sannolikt blivit högre genom överenskommelsen om att kontraktshållaren ska dela med sig av de volymer som kan komma att avropas enligt dennes avtal med SLL.

Anbudsgivare i en ramavtalsupphandling där kontrakt tilldelas företagen med de lägsta buden, väljer bud genom att väga risken av att inte tilldelas kontraktet mot avtalets lönsamhet. Ett lågt bud ökar sannolikheten för tilldelning men minskar avtalets lönsamhet. Omvänt ökar avtalets lönsamhet om budet är högt, men på bekostnaden av att sannolikheten för tilldelning blir låg. Konkurrens i upphandlingar ger anbudsgivarna incitament att ge lägre bud på grund av att konkurrensen ökar sannolikheten för den enskilde anbudsgivaren att inte tilldelas kontraktet.

Samarbetsavtalen minskade konkurrensen mellan respektive avtalsparter eftersom de gav rätten till den part som i upphandlingen inte tilldelades ramavtal att sälja sina tjänster via sin motparts ramavtal i den händelse denne motpart tilldelades ett ramavtal. På så sätt minskade samarbetsavtalet sannolikheten/risken för att parternas tjänster inte skulle listas och gav därför parterna incitament att höja sina bud i upphandlingen.

Varje enskild part i samarbetsavtalet inser att dess motpart har incitament att öka sitt bud på grund av avtalet. Detta ökar sannolikheten för den enskilde parten att tilldelas kontraktet och ger därför denne ytterligare incitament att höja sitt bud. Det kan inte uteslutas att även anbudsgivare som avstod från att delta i samarbetet (dvs. Stockholm Heart Center) kan ha fått incitament att därigenom lägga högre bud i upphandlingen.

Parterna i samarbetsavtalen hade möjlighet att ingå avtal om underleverantörskap efter upphandlingen. Denna möjlighet minskar konkurrensen i upphandlingen (och ger därmed samtliga anbudsgivare incitament att öka sina bud i upphandlingen), men inte lika mycket som samarbetsavtal ingångna innan upphandlingen. Orsaken är att en part som inte tilldelats ett avtal i upphandlingen har en sämre förhandlingsposition efter upphandlingen än före, dvs. när det fortfarande är osäkert vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Avsaknad av samarbetsavtal innan upphandlingen ger därför anbudsgivarna starkare incitament att sänka sina bud eftersom det minskar sannolikheten att efter upphandlingen tvingas in i en förhandling med en svag förhandlingsposition. I en sådan förhandling skulle den part som inte tilldelats kontrakt sannolikt få en lägre andel av motpartens intäkter från ramavtalet än de 98 procent som stipuleras i samarbetsavtalen som tecknades innan upphandlingen. Det finns även risk för att den part som inte tilldelats kontrakt överhuvudtaget inte kommer överens med motparten och således inte listas på dennes ramavtal på grund av att motparten även kan förhandla med andra anbudsgivare som inte tilldelats ett ramavtal.

Konkurrensbegränsande syfte

Avtal som går ut på att anbudsgivare samarbetar inför anbudsgivningen för att alla avtalsparter ska få leverera de tjänster som upphandlas syftar till att begränsa konkurrensen dem emellan.

Svarandebolagen ville undanröja eller i vart fall reducera den osäkerhet som alla konkurrerande anbudsgivare i en anbudstävling normalt kan förvänta sig.

I och med att var och en av parterna visste att de hade goda chanser att få leverera de aktuella tjänsterna även om de inte fick något eget ramavtal så var avtalet ägnat att påverka parternas incitament att konkurrera fullt ut i upphandlingen.

Samarbetsavtalen kan därmed antas ha minskat priskonkurrensen mellan parterna. Priset för SLL blev därför högre.

Leverantören väger risk mot lönsamhet

Det avgörande skälet till varför samarbetsavtalen var konkurrensbegränsande är att leverantörer väger risk mot lönsamhet. I en ramavtalsupphandling där avtalet tilldelas företagen med de lägsta buden, så väljer en vinstmaximerande anbudsgivare sitt bud genom att väga risken av att inte tilldelas avtalet mot avtalets lönsamhet. Ett högt bud ökar avtalets lönsamhet men minskar sannolikheten att få ett avtal. Omvänt minskar ett lågt bud avtalets lönsamhet men ökar sannolikheten att få ett avtal. Slutsatsen av detta blir att en anbudsgivare har incitament att sänka sitt pris om sannolikheten att få ett avtal minskar på grund av en omständighet bortom anbudsgivarens kontroll.

Upphandlingen år 2008 sporrade priskonkurrensen

SLL valde att utforma upphandlingen så att möjligheten fanns att endast två leverantörer tilldelades ramavtal. Denna omständighet ökade sannolikheten för varje enskild

anbudsgivare att bli utan avtal. Eller annorlunda uttryckt; landstingets utformning av upphandlingen sporrade konkurrensen genom att öka sannolikheten för varje enskild anbudsgivare att bli utan avtal och därmed fick samtliga anbudsgivare incitament att pressa sina priser.

#### Avtalen begränsade konkurrensen mellan parterna

Samarbetsavtalen ökade sannolikheten att listas på ett ramavtal och i och med att sannolikheten att listas på ett ramavtal ökade fick varje part i samarbetsavtalet incitament att höja sitt pris. Varje enskild part i ett samarbetsavtal inser dessutom att motparten har incitament att öka sitt pris på grund av avtalet och eftersom motpartens högre pris ökar sannolikheten för den förre parten att tilldelas avtal, har denne part ytterligare incitament att höja sitt bud. Innebörden av denna incitamentstruktur är att varje samarbetsavtal begränsade konkurrensen mellan avtalsparterna.

#### Misstanke om andra samarbetsavtal förstärker incitamenten att höja anbudspriset

Incitamenten att höja priset begränsades inte nödvändigtvis endast till de parter som tecknade samarbetsavtalet, utan det är tänkbart att även andra anbudsgivare påverkades av avtalet. Det är tänkbart att blotta misstanken om att andra anbudsgivare samarbetar förstärker incitamenten att höja anbudspriset. Skälet är att en misstanke om att andra anbudsgivare samarbetar och därigenom ökar sina priser, leder till att sannolikheten att få ett avtal ökar och följaktligen till att incitamenten att höja det egna priset förstärks.

Anbudsgivare som har tecknat ett samarbetsavtal kan även misstänka att andra samarbetsavtal har tecknats, t.ex. att anbudsgivarens motpart i det första samarbetsavtalet har tecknat ytterligare samarbetsavtal. Sådana misstankar torde förstärka incitamenten att höja sitt pris. Det går inte att utesluta att sådana incitament spelade roll eftersom det finns indikationer på att såväl Globen Heart/Medical Support som Capio misstänkte att dess motpart, Aleris, försökte teckna flera samarbetsavtal.

Ju fler samarbetsavtal, desto högre anbudspriser

Sannolikheten att listas på ett ramavtal ökar mer för en part som har tecknat flera samarbetsavtal, dvs. en part som har tecknat flera samarbetsavtal har starkare incitament att höja sitt anbudspris än en part som endast har tecknat ett samarbetsavtal.

Det är viktigt eftersom Aleris hade tecknat två samarbetsavtal medan Capio och HKG endast hade tecknat ett avtal.

Aleris "satt säkert"

Aleris hade ingått samarbetsavtal med samtliga etablerade aktörer förutom Stockholm Heart Center. Med sina två samarbetsavtal kunde Aleris vid tidpunkten för anbudsingivningen vara tämligen säkert på att få utföra undersökningar åt landstinget inom de tjänsteområden som upphandlingen gällde. Det var känt att minst två anbudsgivare skulle tilldelas kontrakt. Även om Stockholm Heart Center blev en av dem som fick avtal med landstinget och Aleris förlorade, skulle Aleris kunna få del av de volymer som skulle komma att avropas om Capio, Globen Heart eller Medical Support fick avtal med landstinget, vilket var högst troligt.

Slutsatsen blir att samarbetsavtalen innebar att Aleris hade saknat anledning att sänka sina anbudspriser om Aleris hade varit säker på att endast de etablerade aktörerna skulle lägga bud. Aleris satt med andra ord säkert med sina två samarbetsavtal.

Varför sjönk anbudspriserna?

En förklaring till att anbudspriserna sjönk är att Aleris och de andra svarandebolagen bedömde att det fanns en viss risk för att icke-etablerade aktörer skulle lägga bud.

Prissänkningen blev dock lägre än vad den kunde ha blivit utan samarbetsavtalen.

Avtalen kan antas ha minskat priskonkurrensen

Aleris hade ingått två samarbetsavtal och Capio samt Globen Heart och Medical Support hade ingått ett samarbetsavtal. Stockholm Heart Center stod utanför samarbetet. Med denna avtalsstruktur kunde man förvänta sig att Aleris, i jämförelse med Stockholm Heart Center, skulle ha starkast incitament att höja sina priser, följt av Capio och Globen Heart/Medical Support.

På tre av de fyra objekten, nämligen A, B och D, lade Aleris det högsta budet bland de etablerade aktörerna. Capio och Globen Heart/Medical Support lade det näst högsta eller det tredje högsta budet och Stockholm Heart Center lade det lägsta budet.

Av Konkurrensverket sammanställda tabeller åskådliggör anbudssummorna för vart och ett av objekten. Av pedagogiska skäl upptas endast de etablerade aktörernas bud, dvs. inte Gynekologklinikens eller MittHjärtas bud.

De etablerade aktörernas bud på objekt A

Aleris lade det högsta budet följt av Capio och Globen Heart/Medical Support. Stockholm Heart Center, som inte hade något samarbetsavtal, lade det lägsta budet.

Stockholm Heart Center, Capio och Globen Heart/Medical Support tilldelades egna ramavtal. Aleris blev utan eget ramavtal och valde att utnyttja sitt mest lönsamma samarbetsavtal, dvs. samarbetsavtalet med Globen Heart/Medical Support. Aleris accepterade därmed att leverera enligt ett ramavtal med lägre priser än de priser som Aleris lade i upphandlingen.

Prissänkningen för Aleris var i storleksordningen 6,4 procent eftersom Aleris anbudssumma var ungefär 4,4 procent högre än Globen Heart/Medical Supports och då Globen Heart/Medical Support enligt samarbetsavtalet fick en provision om två procent av

Aleris intäkter. Det fanns utrymme för Aleris att sänka sina priser i upphandlingen och leverera till priser som låg i storleksordningen 6,4 procent lägre än Aleris eget bud.

#### De etablerade aktörernas bud på objekt B

Aleris lade det högsta budet och Stockholm Heart Center lade det lägsta. Den enda skillnaden mot objekt A är att Capiro lade en högre anbudssumma på objekt B än Globen Heart/Medical Support.

Stockholm Heart Center och Globen Heart/Medical Support tilldelades egna ramavtal medan Capiro och Aleris blev utan. Aleris valde att utnyttja samarbetsavtalet med Globen Heart/Medical Support. Capiro kom senare överens med HKG (som tagit över Globen Heart/Medical Supports avtal) om att bli underleverantörer enligt HKG:s avtal vilket SLL godkände. Både Capiro och Aleris valde att leverera på ett ramavtal med lägre priser än de priser som de hade lagt i upphandlingen.

Prissänkningen för Aleris var i storleksordningen 13 procent eftersom Aleris anbudssumma var ungefär elva procent högre än Globen Heart/Medical Supports och då HKG enligt samarbetsavtalet fick en provision om två procent av Aleris intäkter. Det fanns därmed utrymme för Aleris att sänka sina priser i upphandlingen.

Prissänkningen för Capiro var i storleksordningen 6,1 procent eftersom Capios anbudssumma var ungefär 4,1 procent högre än Globen Heart/Medical Supports och då HKG enligt det avtal som parterna tecknade efter upphandlingen fick en provision om två procent av Capios intäkter. Även Capiro hade kunnat sänka sina priser i upphandlingen och accepterade att leverera till priser som låg i storleksordningen 6,1 procent lägre än sitt egna bud.

De etablerade aktörernas bud på objekt D

Aleris lade det högsta budet och Stockholm Heart Center det lägsta. Capio lade även avseende detta objekt en högre anbudssumma än Globen Heart/Medical Support.

Utfallet blev detsamma som för objekt B, dvs. Stockholm Heart Center och Globen Heart/Medical Support fick egna avtal och Aleris blev underleverantör till (sedermera) HKG genom avtal medan Capio kom överens med HKG om att bli underleverantör i efterhand. Precis som för objekt B valde Capio och Aleris att leverera enligt ett ramavtal med lägre priser än de priser som de hade lagt i upphandlingen.

Prissänkningen för Aleris var i storleksordningen 10,6 procent och prissänkningen för Capio var i storleksordningen 3,1 procent. Det fanns alltså utrymme för Aleris och Capio att sänka sina priser ytterligare i upphandlingen.

De etablerade aktörernas bud på objekt E

Objekt E avviker från övriga objekt på så sätt att Aleris lade ett lägre anbud än Globen Heart/Medical Support och Capio.

Det är rimligt att anta att Aleris var mycket angeläget om att teckna ett eget avtal med SLL just för objekt E. Under år 2008 utförde Aleris närmare 28 000 undersökningar inom E och stod för ca 90 procent av de privata bolagens totala undersökningsvolym.

Capio angav i sitt anbud en kapacitet om 2 200 undersökningar och Medical Support och Globen Heart angav tillsammans en kapacitet om 7 940 undersökningar.

Det är tänkbart att Aleris såg framför sig att det skulle bli problem att som underleverantör producera närmare 30 000 undersökningar på en huvudleverantörs avtal baserat på en kapacitet om 2 200 eller ca 8 000 undersökningar.



Stockholm Heart Center, Aleris och Globen Heart/Medical Support tilldelades i slutänden egna ramavtal medan Capiro blev utan egna avtal.

Capiro, som alltså blev utan eget avtal, valde att bli underleverantör och accepterade priser som understeg Capios anbudspriser. Capiro återopade samarbetsavtalet med Aleris som valde att efterskänka ”underleverantörsavgiften” som kompensation för att Aleris hade valt att bli underleverantör till HKG för objekt A.

Prissänkningen för Capiro var i storleksordningen 11,8 procent. Capios anbudssumma var ungefär 11,8 procent högre än Aleris. Capiro valde alltså att bli underleverantör till ett pris som var nästan tolv procent lägre än det egna anbudspriset. Det fanns därmed utrymme för Capiro att sänka sina priser ytterligare i upphandlingen.

#### Aleris och Capiro kunde pressa priserna ytterligare

Genomgången av aktörernas anbud avseende kapacitet och anbudssummor visar att samarbetsavtalen var konkurrensbegränsande då svarandebolagen valde att lägga anbudspriser som gick att pressa ytterligare efter avslutad upphandling. Såväl Capiro som Aleris accepterade betydande prissänkningar genom att bli underleverantörer. På en marknad med endast en köpare och i princip ingen alternativ användning för företagets produktionsapparat är det svårt att förklara varför inte priserna pressats ytterligare redan i upphandlingen. Här kan noteras att Stockholm Heart Center lämnade de lägsta anbudspriserna för samtliga fyra objekt och också var den enda etablerade aktören som inte hade ingått något samarbetsavtal.

#### Svarandebolagens vinstmarginaler

Alla tre svarandebolagen hade mycket goda vinstmarginaler före 2008. Även om Aleris sänkte sitt anbudspris år 2008 jämfört med tidigare hade bolaget, om det hade vunnit, alltså haft en mycket god vinstmarginal.

Konkurrensverket har räknat ut Capios vinstmarginaler baserat på priserna per undersökning som Capiro lade i upphandlingen 2008 och med hjälp av självkostnaderna och volymerna som anges i Capios beslutsunderlag. Vinstmarginalen uppgår då till 23,5 procent, dvs. den är högre än den marginal på 19,42 procent från 2003 års upphandling som Capiro i ett internt dokument benämnt ”mycket bra”.

Det kan tyckas förvånande eftersom Capiro lade lägre anbudspris i 2008 års upphandling än i 2003 års upphandling. En möjlig förklaring är att de priser per undersökning som Capiro lade i upphandlingen år 2008 var bättre anpassade från ett lönsamhetsperspektiv till de volymer som Capiro levererade under året 2009 än de priser per undersökning som bestämdes i 2003 års upphandling.

Även efter 2008 års upphandling hade parterna således goda vinstmarginaler.

#### Capios beslutsunderlag inför upphandlingen

Av Capios beslutsunderlag inför 2008 års upphandling framgår de vinstmarginaler per objekt som Capiro hade förväntat sig givet de priser som Capiro lade på de obligatoriska undersökningarna i upphandlingen. Av den tabell som Konkurrensverket har sammanställt framgår att Capios förväntade vinstmarginaler var som lägst 14,3 procent på objekt B och som högst 34 procent på objekt E. Metoden för hur Capiro har räknat fram dessa vinstmarginaler framgår av beslutsunderlaget. Av s. 3-5 framgår t.ex. hur Capiro har räknat fram vinstmarginalen om 15,8 procent för objekt A. Under ”Inkomster” har Capiro beräknat en anbudssumma för var och en av de olika undersökningarna, dvs. antalet undersökningar multiplicerat med anbudspris för respektive undersökning. De totala inkomsterna för objekt A utgörs av summan av dessa anbudssummor, dvs. 36 603 000 kr. Kostnaderna för undersökningarna består av tre grupper: personal, övriga kostnader och investeringar. Personalkostnaderna består av löner och sociala avgifter m.m. till de läkare, biomedicinska analytiker (BMA), sjuksköterskor och sekreterare som ska arbeta med undersökningarna inom objekt A. Övriga kostnader utgörs av bl.a. hyra, städning, telefon och datorer, förbrukning av medicin och kontorsmateriel.

Under gruppen investeringar ingår årliga avskrivningar med 20 procent gjorda investeringar samt underhåll om tio procent av inköpskostnaden. Ovanstående kostnader inkluderar såväl rörliga som fasta kostnader.

Utifrån dessa rörliga och fasta kostnader beräknar Capiro självkostnaden per typ av undersökning inom objektet. Hur de fasta kostnaderna fördelas mellan de olika undersökningarna framgår av kalkylerna i beslutsunderlaget. Enligt Konkurrensverket inkluderar Capiro i dessa beräkningar alla overheadkostnader för sin verksamhet inom klinisk fysiologi. Givet dessa självkostnader per undersökning och de priser som Capiro lade i upphandlingen 2008 följer det att Capios vinstmarginal för objekt A är 15,8 procent. Av denna vinstmarginal och vinstmarginalerna för övriga objekt går det att dra slutsatsen att med de anbudspriser Capiro lämnade i upphandlingen hade Capios verksamhet genererat goda vinster.

#### Capiro hade höga marginaler innan 2008

Konkurrensverket har räknat fram Capios vinstmarginaler innan upphandlingen och Capios vinstmarginaler givet de priser som de faktiskt fick leverera för efter upphandlingen. På s. 3 i Capios beslutsunderlag anges i den tredje kolumnen i den översta tabellen benämnd "Pris 2008" de priser per undersökning som gällde innan upphandlingen. På grund av att Capiro innan upphandlingen var underleverantör till Aleris på objekt A och betalade tio procent av sina intäkter i provision till Aleris har Konkurrensverket sänkt dessa priser med tio procent. På motsvarande sätt har Konkurrensverket sänkt priserna för de övriga objekten med undantag för objekt D eftersom Capiro innan upphandlingen hade ett eget ramavtal på detta objekt. Det är dessa priser och självkostnaderna per undersökning som Konkurrensverket har använt för att räkna fram Capios vinstmarginaler innan upphandlingen.

Eftersom Capiro sänkte sina priser i upphandlingen är samtliga dessa vinstmarginaler högre än motsvarande vinstmarginal givet de anbudspriser som Capiro lade i upphand-

lingen. I synnerhet var vinstmarginalen speciellt hög på objekt D där Capiro hade ett eget ramavtal, nämligen 44,9 procent.

#### Capiro levererade efter 2008 med goda marginaler

För att räkna fram Capiros vinstmarginaler efter upphandlingen har Konkurrensverket använt de anbudspriser som blev utfallet av upphandlingen i kombination med de avtal som parterna tecknat. I övrigt är metoden för att beräkna marginalerna densamma. Capiros vinstmarginaler efter upphandlingen är positiva och långtifrån obetydliga trots att Capiro inte fick egna ramavtal på objekt B, D och E och därför fick leverera för lägre priser på dessa objekt än de priser som de lade i upphandlingen.

#### Capiro kunde ha sänkt sina priser ytterligare

Capiro fick inte ett eget ramavtal på objekt B och D och förhandlade med HKG om att få leverera på HKG:s ramavtal avseende dessa objekt. Av ett internt e-postmeddelande daterat den 22 juni 2010 från J.A. till E.T. framgår att J.A. hade räknat på vad lönsamheten för Capiro skulle bli av att leverera enligt HKG:s avtal. J.A. menade att vinstmarginalerna var konservativa eftersom han hade räknat upp självkostnaderna med sex procent i jämförelse med år 2008 men inte priserna som ”enligt utsago ska räknas upp 1,8 procent”. Han hade bara räknat upp kostnaden, vilket minskar marginalen. Capiros vinstmarginal för objekt B och D givet de anbudspriser som Capiro lade i upphandlingen 2003 uppgick till 19,42 procent. Capiro hade räknat även på andra scenarier, nämligen att Capiro fick leverera på HKG:s ramavtal utan provision och med provisioner till HKG om två, fem och tio procent. En förklaring kan vara att provisionssatsen om två procent hade använts i samarbetsavtalen. När det gäller provisionssatsen om tio procent är en förklaring att HKG hade föreslagit en provision om tio procent.

För det första ska noteras att Capiro uppnått lönsamhet på objekt B och D även om Capiro hade tvingats betala en så hög provision som tio procent till HKG. Det mest intres-

santa är dock J.A. kommentarer rörande dessa marginaler. J.A. har endast angett att han uppfattade vinstmarginalen med den höga provisionen om tio procent som lite låg.

I slutändan fick Capiro leverera med en provision om två procent till HKG. Eftersom Capiro fortfarande var lönsamt med en provision om tio procent kunde Capiro ha sänkt sitt pris ytterligare i förhållande till de priser de fick leverera på efter upphandlingen.

#### Aleris marginaler räknat på Capios självkostnader

Konkurrensverket har endast haft tillgång till kostnadsdata för Capiro. I avsaknad av kostnadsuppgifter för Aleris och HKG har Konkurrensverket uppskattat Aleris vinstmarginaler under antagandet att Aleris har samma kostnader som Capiro.

Aleris vinstmarginaler per objekt före upphandlingen och marginaler givet de priser som Aleris lade i upphandlingen är i huvudsak högre än motsvarande vinstmarginaler för Capiro, vilket beror på att Aleris lade högre bud än Capiro på alla objekt förutom objekt E samt att Aleris hade eget ramavtal innan upphandlingen och därför undgick att betala en provision till en huvudleverantör.

Även om Aleris sänkte sitt anbudspris år 2008 jämfört med tidigare hade Aleris, om bolaget hade vunnit, ändå haft en mycket god vinstmarginal.

Sannolikt hade även HKG goda marginaler.

#### Dyrare för SLL och skattebetalarna

Capiro har hävdats att avtalen som tecknades före upphandlingen inte har blivit dyrare för SLL. Till stöd för sitt resonemang har Capiro gjort en enkel jämförelse mellan Aleris och Stockholm Heart Centers priser avseende objekt E. Genom att dividera respektive bolags anbudssumma med 30 000 undersökningar har Capiro kommit fram till att

det endast skiljer 3,60 kr mellan Aleris och Stockholm Heart Centers snittpris. Skillnaden i snittpris har sedan multipliceras med det antal undersökningar som Capiro levererat under 2012 (totalt 1 494) vilket resulterar i en kostnadsökning för SLL med 4 500 kr under 2012. Beräkningen är dock missvisande. Capiro har bortsett från att priserna på de sju olika undersökningarna inom objekt E skiljer sig åt mellan Aleris och Stockholm Heart Center. Konkurrensverket har beräknat den faktiska kostnadsökningen för SLL genom att räkna ut prisskillnaden baserat på det faktiskt utförda antalet undersökningar på undersökningsnivå inom objekt E. Konkurrensverket har sedan multiplicerat antalet undersökningar som Capiro har utfört inom respektive undersökning (sömnapné standard inklusive manuell tolkning, CPAP inträning inklusive intyg, CPAP utlämning osv.) med Aleris pris för dessa undersökningar och med Stockholm Heart Centers pris för samma undersökningar.

En beräkning på undersökningsnivå baserad på faktiskt antal utförda undersökningar av Capiro leder till en kostnadsökning för SLL med ca 250 000 kr/år (jämfört med om motsvarande undersökningar utförts av Stockholm Heart Center).

Aleris har agerat underleverantör till HKG inom objekten A, B och D. För dessa objekt var HKG:s anbudssummor 5,8 – 2,3 och 2,3 procent högre än Stockholm Heart Centers anbudssummor. Undersökningsvolymerna som Aleris utfört är dessutom avsevärt högre (under år 2011 utförde Aleris drygt 24 000 undersökningar inom objekt A, ca 16 500 undersökningar inom B och ca 8 500 undersökningar inom objekt D). Det visar att parternas avtal har resulterat i att tjänster inom klinisk fysiologi blivit avsevärt mycket dyrare för SLL och i förlängningen för skattebetalarna i Stockholms län. Det handlar om miljonbelopp årligen.

#### *Relevant marknad*

Den relevanta marknaden ska definieras både produktmässigt och geografiskt. Den produktmarknad som är relevant för att bedöma svarandebolagens marknadsinflytande

är marknaden för tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL. Geografiska denna produktmarknad avgränsas till det område som hör till SLL.

#### Svarandebolagen är konkurrenter

Samtliga svarandebolag är verksamma på den ovan angivna relevanta marknaden. Aleris och Capio är således faktiska konkurrenter. Även Globen Heart och Medical Support är faktiska konkurrenter till Aleris.

#### Marknaden utgörs av de tjänster som SLL upphandlade

Utgångspunkten vid marknadsavgränsningen är de tjänster som de aktuella samarbetsavtalen rör, dvs. de tjänster (utförande av undersökningar) som SLL upphandlade år 2008. Undersökningarna som innefattades i anbudsobjekt C kan bortses ifrån eftersom det inte är föremål för prövning i målet. Utgångspunkten är således de tjänster inom klinisk fysiologi som SLL upphandlade år 2008.

Tjänsterna är från ett efterfrågeperspektiv inte utbytbara mot andra tjänster. Det är landstinget som är kunden och det var de här tjänsterna inom klinisk fysiologi som landstinget efterfrågade i förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Svarandebolagen har inte heller påstått att den relevanta produktmarknaden skulle omfatta fler eller andra tjänster än de som innefattades i anbudsobjekten A, B, D och E. Capio menar dock att undersökningarna inom de olika anbudsobjekten inte tillhör samma relevanta marknad, utan att de utgör separata marknader. Enligt Capio och Aleris utgör i vart fall undersökningarna inom objekt E en egen relevant marknad.

Frågan om undersökningarna inom objekt E innefattas i samma relevanta marknad som undersökningarna inom objekten A, B och D eller inte saknar dock betydelse för bedömningen av om de aktuella förfarandena utgör överträdelser eller inte.

Parternas samarbetsavtal rörde samtliga anbudsobjekt inom klinisk fysiologi och hade effekter på prisnivån beträffande alla dessa objekt. Samarbetsavtalen hade en prishöjande effekt på samtliga anbudsobjekt oavsett om parterna i efterhand beslutade att inte utnyttja avtalet beträffande något objekt. Samarbetsavtalen begränsade alltså konkurrensen i upphandlingarna av samtliga objekt. Det gäller oavsett om marknadsavgränsningen är vid och omfattar alla anbudsobjekten eller om marknadsavgränsningen är snäv, dvs. om varje objekt utgör en egen marknad.

#### Den relevanta produktmarknaden inkluderar leveransen av tjänsterna

Funktionen med upphandlingen var att ingå ramavtal för leverans av tjänster inom klinisk fysiologi med ett begränsat antal leverantörer. Eftersom leverantörernas anbudspriser avgjorde vilka leverantörer som fick eget ramavtal, och ramavtalen reglerade priserna för leveransen av dessa tjänster, utgjorde priserna i upphandlingen det främsta och tydligaste konkurrensmedlet som potentiella leverantörer hade till sitt förfogande för att få leverera tjänster inom klinisk fysiologi. Den relevanta produktmarknaden inkluderar därmed leveransen av tjänsterna och upphandlingen utgör inte en separat produktmarknad.

#### De landstingsägda sjukhusens marknadsandelar ska inte beaktas

De landstingsägda sjukhusen hade fått direkttilldelning av volymer av SLL, dvs. de fick avtal med SLL utan att delta i upphandlingen. Svarandebolagen mötte således inte någon konkurrens från de landstingsägda sjukhusen i upphandlingen. De offentliga aktörernas marknadsandelar ska därför inte beaktas vid bedömningen av svarandebolagens marknadsinflytande under sensommaren 2008.

#### Marknadsandelar år 2008

För att räkna ut hur stora marknadsandelar svarandebolagen hade år 2008 har Konkurrensverket utgått från uppgifter som företagen har lämnat om hur stort antal undersök-



ningar som de utförde under år 2008 (dvs. enligt 2003 års vårdavtal) och vilken omsättning de hade för dessa undersökningar. De uppgifter som Konkurrensverket har beaktat avser undersökningar som leverantörerna utförde åt landstinget år 2008, dvs. omsättning som är hänförlig till undersökningar som leverantörerna utförde åt andra kunder har inte beaktats. Det beror på att tjänster som levereras åt andra kunder än landstinget inte ingår i den relevanta marknaden.

Aleris och Capio hade år 2008 en marknadsandel om ca 64 respektive tre procent. Tillsammans hade de en marknadsandel om ca 67 procent. Globen Heart och Medical Support hade en marknadsandel om ca sex respektive fyra procent. Aleris, Globen Hearts och Medical Supports sammanlagda marknadsandel uppgick till ca 74 procent.

#### *Märkbarhetskriteriet*

När man ska avgöra om ett samarbete har påverkat konkurrensen på ett märkbart sätt är avtalsparternas marknadsandelar av stor betydelse. Ett steg i att uppskatta parternas marknadsinflytande är att definiera den relevanta marknaden.

Som redovisats ovan utgörs den relevanta marknaden i målet av marknaden för tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL, inom Stockholms läns landsting.

Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen hade Aleris och Capio som redovisats ovan tillsammans en marknadsandel om ca 67 procent på den relevanta marknaden (marknadsandelarna var olika stora på de olika anbudsobjekten). Globen Heart, Medical Support och Aleris hade vid samma tidpunkt tillsammans en marknadsandel om ca 74 procent på denna marknad (även i detta fall hade parterna olika stora marknadsandelar på de olika anbudsobjekten).

De respektive avtalsparternas inflytande på den relevanta marknaden var således betydande vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen. Svarandebolagens ställning på marknaden har inte förändrats i någon större utsträckning sedan dess.

Aleris och Capio tillsammans har även idag en marknadsandel om ca 64 procent på den relevanta marknaden, medan Aleris och HKG (som har övertagit Globen Hearts och Medical Supports avtal med SLL) tillsammans har en marknadsandel om ca 68 procent på den relevanta marknaden.

Märkbarhetskriteriet är uppfyllt redan av den anledningen att de båda samarbetena har haft ett konkurrensbegränsande syfte. De respektive avtalsparternas sammanlagda marknadsandel på den relevanta marknaden är i vart fall så höga att de båda samarbetsavtalen redan av den anledningen är märkbart konkurrensbegränsande.

*Villkoren för undantag är inte uppfyllda*

Samarbetena uppfyller inte villkoren för undantag i 2 kap 2 § konkurrenslagen.

Svarandebolagen har gjort gällande att SLL:s val att dela upp undersökningarna inom klinisk fysiologi i olika anbudsobjekt riskerade att leda till negativa effekter för patienterna genom att patienter med behov av undersökningar inom olika objekt skulle behöva besöka flera utförare om den utförare som patienten remitterats till inte hade tilldelats kontrakt avseende alla de undersökningar som patienten hade behov av att genomgå. Svarandebolagen menar vidare att de samarbetsavtal som ska prövas i målet ledde till ett förbättrat tjänsteutbud eftersom den leverantör som hade förlorat i upphandlingen avseende ett eller flera objekt ändå kunde utföra undersökningar inom objektet genom att leverera tjänsterna enligt sin avtalsmotparts avtal med landstinget.

Påståendena om fragmentering är överdrivna

Av ovan nämnda dom från Länsrätten i Stockholms län meddelad den 26 augusti 2008 framgår vad landstinget hade anfört i målet. På s. 5 står bl.a. följande: ”Uppdelningen av undersökningar i förfrågningsunderlaget under olika diagnosrubriker är lämplig. Vid utarbetandet av förfrågningsunderlaget har en referensgrupp bestående av tjugo

experter inom sjukvården deltagit. Referensgruppen, som har haft som utgångspunkt att tillgodose patienternas behov av god vård, har godkänt uppdelningen av undersökningarna i förfrågningsunderlaget.” Landstingets referensgrupp hade alltså godkänt uppdelningen och svarandebolagens påståenden om fragmentering framstår som överdrivna.

#### Få undersökningar inom olika tjänsteområden vid samma tillfälle

Konkurrensverket har frågat SLL hur vanligt det är att patienter genomgår undersökningar inom olika objekt vid ett och samma undersökningstillfälle. Av SLL:s svar framgår att det baserat på uppgifter som landstinget har tagit fram ur (egna) databaser för kliniker hos Aleris, Capio och Hjärtkärlgruppen (uppgifterna är hänförliga till oktober månad 2012) av de individer som under den perioden genomgick undersökningar hos Aleris, Capio och HKG var i genomsnitt tolv procent som vid ett och samma undersökningstillfälle undersöktes med två eller fler undersökningar. Det var alltså endast drygt en tiondel av de undersökta patienterna som (vid besöket) genomgick två eller flera undersökningar. Av uppgifter från landstinget framgår också att det endast var en minoritet av dessa som genomgick undersökningar hänförliga till olika anbudsobjekt. Av landstingets svar framgår också att det var vanligare hos HKG än hos Aleris och Capio att patienterna genomgick undersökningar inom olika objekt vid ett och samma undersökningstillfälle. Det rör sig ändå om få patienter. Det var 16 procent av HKG:s patienter som undersöktes med två eller fler undersökningar vid samma undersökningstillfälle. Av dessa 16 procent var det endast 31 procent som genomgick undersökningar inom olika anbudsobjekt. Det var alltså inte ens fem procent av de patienter som HKG undersökte under den angivna perioden som genomgick undersökningar inom olika anbudsobjekt.

I Aleris och Capios fall var undersökningar inom olika objekt än mer ovanliga. Endast tolv respektive fem procent av Aleris och Capios patienter undersöktes med två eller fler undersökningar vid samma undersökningstillfälle. Av detta fåtal patienter var det en ännu mindre andel än i HKG:s fall som undersöktes inom olika anbudsobjekt.

Det är alltså inte särskilt vanligt att patienter vid ett och samma undersökningstillfälle har behov av att genomgå undersökningar inom mer än ett av de tjänsteområden (anbudsobjekt) som SLL upphandlade år 2008. I den mån något av samarbetsavtalen har lett till effektivitetsvinster har dessa inte kommit det stora flertalet patienter till godo utan endast ett fåtal. SLL har inte fått del av några vinster (i den mån sådana uppnåtts) utan samarbetsavtalen har tvärtom lett till att det blivit dyrare för landstinget.

Avtalen medförde inte utökat tjänsteutbud i någon större utsträckning

Genom avtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support kunde Aleris under ramavtalens löptid utföra undersökningar även inom objekten A, B och D enligt HKG:s ramavtal med landstinget. I övrigt ledde det samarbetsavtalet inte till något utökat tjänsteutbud. Globen Heart och Medical Support tilldelades avtal inom samtliga tjänsteområden, avtal som de sedan överlät till HKG, och i fråga om deras tjänsteutbud hade samarbetsavtalet med Aleris inte någon inverkan.

Inte heller avtalet mellan Aleris och Capio ledde till något utökat tjänsteutbud. Den enda inverkan avtalet hade på tjänsteutbudet var att Capio kunde utföra undersökningar inom objekt E. För Aleris del hade inte samarbetsavtalet med Capio någon inverkan på Aleris tjänsteutbud. Aleris hade ingått två samarbetsavtal före anbudslämningen och när samtliga Aleris avtalsmotparter i dessa samarbetsavtal tilldelades kontrakt avseende objekt A kunde Aleris välja vilket samarbetsavtal bolaget ville använda sig av för att utnyttja sin rätt att få utföra de upphandlade tjänsterna inom objekt A. Aleris utnyttjade inte sin rätt i samarbetsavtalet med Capio och avtalet ledde inte till något utökat tjänsteutbud vad gäller Aleris.

Att Capio får utföra undersökningar inom anbudsobjekten B och D är inte en följd av det i målet aktuella samarbetsavtalet med Aleris, utan beror på att Capio efter upphandlingen, i september 2010, träffade avtal med HKG om detta.

Globen Heart och Medical Support tilldelades egna avtal med SLL beträffande samtliga anbudsobjekt A, B, D och E. Samarbetsavtalet med Aleris har således inte haft någon inverkan på HKG:s tjänsteutbud.

Svarandebolagens påstående om att samarbetsavtalen har medfört utökad tjänsteutbud är således bara till viss del sant. Aleris samarbetsavtal med Globen Heart och Medical Support har lett till att det finns en leverantör mer (Aleris) avseende objekt A, B och D. Capios samarbetsavtal med Aleris har lett till att det finns en leverantör mer (Capiro) avseende objekt E.

#### Vinsterna har inte kommit konsumenterna till godo

Eftersom Konkurrensverket anser att inget av samarbetsavtalen har medfört effektivitetsvinster i en sådan utsträckning att det första kriteriet i 2 kap 2 § konkurrenslagen är uppfyllt finns det enligt Konkurrensverkets mening inga sådana vinster som kan komma konsumenterna till godo. I den mån avtalen har lett till ett utökad tjänsteutbud, färre patientbesök eller andra fördelar som svarandebolagen har hävdad kan Konkurrensverket vidgå att dessa vinster kan ha kommit *en del* av patienterna till godo. Konkurrensverket bestrider dock att de aktuella samarbetsavtalen har lett till färre besök, färre patientavgifter etc. för det stora flertalet patienter. Konkurrensverket kan inte heller vitsorda att avtalen har lett till några effektivitetsvinster som kommit SLL till godo.

#### Avtalen har inte varit nödvändiga

Samarbetsavtalen är utformade på ett sätt som går längre än vad som har krävts för att uppnå de vinster som svarandebolagen hävdar att de har gett upphov till. Det har inte varit befogat att parterna före anbudsinlämningen har röjt för varandra vilka objekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer. Det har inte heller varit befogat att de utformat sin överenskommelse som en ”förlorargaranti”. Svarandebolagen hade t.ex. kunnat ingå avtal om underleverantörskap i tiden efter SLL:s tilldelningsbeslut.

Avtalen får inte ge avtalsparterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av tjänsterna ifråga

Vid tidpunkten för upphandlingen hade svarandebolagen en marknadsandel om runt 70 procent (Aleris och Capio hade tillsammans cirka 67 procent medan Aleris, Globen Heart och Medical Support hade cirka 74 procent).

*Konkurrensskadeavgift*

Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet

Svarandebolagen har uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap 1 § konkurrenslagen.

I e-post den 15 juli 2008 från M.N. till A.J.-D., med kopia till E.L.N. och Globen Hearts och Medical Supports juridiske rådgivare A.L., delgav M.N. mottagarna sina funderingar kring ”upplägg” där M.N. skriver bl.a.: ”Är tanken att vi alla (dvs vi, Aleris och Capio) ska skicka in varsitt anbud, med angivande av övriga som underleverantörer?”.

M.N. skickade en PM via e-post till A.J.-D. den 13 augusti 2008 med meddelandet ”Ytterligare lite tankegångar från advokaten”. PM:n är skriven av A.L., ombud för HiS i målet, och handlar om samverkansformer. I promemorian skriver A.L. att han ”hyser en viss skepsis mot ett mellan samtliga kliniker överenskommet förfarande som går ut på att var och en lämnar anbud och anger de övriga som underleverantörer. Det löser ju kapacitetsfrågorna, men samtidigt uppkommer andra frågor som inte har alldeles givna svar.” Med tanke på innehållet i nästa stycke, där A.L. skriver om ”avtal eller på annat sätt ’samordnat förfarande’ som hämmar eller syftar till att hämma konkurrensen,

vilket är förbjudet”, så torde A.L. ”skepsis” mot det förfarande som han beskrivit i första stycket botten i att det skulle kunna strida mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Det förfarandet har betydande likheter med de samarbeten som svarandebolagen kom överens om.

PM:n från A.L. synes vara en reaktion på de funderingar kring ”upplägg” som M.N. uttryckt i e-posten den 15 juli 2008.

A.J.-D. synes sedan han mottagit PM:n om samverkansformer ha vidarebefordrat den till en juridisk rådgivare för att få synpunkter från denne. I ett mail till M.N. skrev A.J.-D.: ”Bra synpunkter som jag vidarebefordrar till B. och återkommer när jag fått hans respons.” Den ”B.” som nämns förefaller vara en advokat på Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB.

Globen Heart och Medical Support diskuterade alltså hur de skulle förfara med sina anbud i upphandlingen med juridisk expertis, och den respons som de fick på detta har även A.J.-D., dvs. Aleris, fått del av.

Det förhållandet att Globen Heart/Medical Support och Aleris ingått samarbetsavtalet trots att de av de två förstnämnda bolagens juridiske rådgivare blivit avrådda från att samarbeta på ett sätt som har betydande likheter med det samarbete de ingick, ska beaktas vid bedömningen av om dessa företag begått överträdelsena uppsåtligt eller av oaktsamhet. Med hänsyn till vad samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio går ut på, så har inte heller Capio kunnat vara omedvetna om att det avtalet begränsade konkurrensen, och i vart fall borde även Capio rimligtvis ha förutsett det.

*HKG:s bötesansvar*

Globen Heart och Medical Support har uppgett att verksamheterna i de båda bolagen sedan år 2008 ”...[s]teg för steg [...] formellt [har] överflyttats från Globen Heart och Medical Support till det gemensamma bolaget HiS.”

Globen Hearts företrädare och huvudägare uppgav i februari 2013 att företagets personal, hyresavtal etc. hade överflyttats till HKG och att inventarierna höll på att flyttas över. Vid ett möte mellan Konkurrensverket och bl.a. M.N. i mars 2013 fram-kom att all verksamhet (inklusive all personal och alla avtal) i Globen Heart och Medical Support som rör utförande av de tjänster inom klinisk fysiologi som SLL upphandlade år 2008 hade överförts till HKG, att alla de undersökningar som utförts inom ramen för de avtal som Globen Heart och Medical Support ingick med SLL år 2010 utförts i HKG:s regi och att det var HKG som fakturerade för de utförda tjänsterna.

Globen Heart och Medical Support hade redan innan avtalsperioden för deras ramavtal med SLL började löpa den 1 juli 2010 överlåtit sina avtal med SLL till HKG.

HKG har även, enligt bolagets egen uppfattning, trätt i Globen Hearts och Medical Supports ställe som Aleris samarbetspartner enligt samarbetsavtalet. I ett brev från HKG till Aleris daterat den 1 juli 2010 meddelade HKG att Globen Heart och Medical Support med godkännande från SLL hade överlåtit sina avtal med SLL inom klinisk fysiologi till HKG. I brevet angavs vidare: ”Överlåtelserna har inte någon materiell betydelse för det samarbete som är avtalat mellan Er och bolagen i Hjärtkärlgruppen, men Ni uppmärksammas på att Er motpart i samarbetet i formellt hänseende är Hjärtkärlgruppen i Sverige AB.” Aleris har angående detta uppgett att ”[u]nderleverantörskapet och de tjänster som Aleris utför följer således det samarbetsavtal som Aleris ingick med Globen Heart och Medical Support i Stockholm AB den 8 september 2008.” Aleris har även uppgett att bolaget fakturerar HKG för de tjänster som Aleris utför i egenskap av ”underleverantör”.



Medical Support äger sedan början av juni 2008 hälften av aktierna i HKG. Resterande 50 procent av aktierna ägs sedan början av juni 2008 av M.N., som vid nämnda tidpunkt och fortfarande äger 90 procent av aktierna i Globen Heart.

I samband med den aktuella upphandlingen år 2008 informerade Globen Heart och Medical Support SLL om att de hade för avsikt att fusioneras och låta HKG ta över aktiemajoriteten i de båda bolagen.

Styrelsen i HKG utgörs av samma personer som utgör styrelse i såväl Globen Heart som Medical Support.

Det finns därmed ett sådant strukturellt samband mellan de aktuella bolagen att det föreligger förutsättningar att påföra HKG konkurrensskadeavgift för de överträdelser som begåtts av Globen Heart och Medical Support.

Under alla förhållanden ingår HKG i samma ekonomiska enhet som Globen Heart respektive Medical Support.

Aleris har under Konkurrensverkets utredning angett att Aleris betraktat Globen Heart, Medical Support och HKG som en ekonomisk enhet eftersom verksamheterna är nära sammankopplade, bolagens styrelser består av samma personer (såväl idag som år 2008) och då Medical Support och HKG har samma postadress.

Den konkurrensskadeavgift som Konkurrensverket yrkar att HKG ska betala grundar sig även på HKG:s egen överträdelse. I samband med att landstingets ramavtal med vinnarna i upphandlingen skulle börja löpa, dvs. den 1 juli 2010, trädde HKG in i Globen Hearts och Medical Supports ställe (såväl i avtalsförhållandet med SLL som i det med Aleris). I och med detta var det HKG som tillämpade samarbetsavtalet med Aleris och därigenom överträdde även HKG förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete.

Beräkningen av avgifterna

Konkurrensverket har vid beräkningen av sanktionsvärdet utgått från svarandebolagens omsättning på den i målet relevanta marknaden, dvs. marknaden för tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL inom Stockholms läns landsting.

Eftersom Konkurrensverket gör gällande att överträdelserna pågick så länge de aktuella samarbetsavtalen tillämpades av svarandebolagen, vilket var t.o.m. den 30 juni 2014, är det företagens omsättning år 2013 som ska läggas till grund för beräkningen.

År 2013 hade svarandebolagen följande omsättning på den relevanta marknaden:

- Aleris: 133 973 732 kr,
- Capio: 8 862 688 kr, och
- Hjärtkärlgruppen: 16 961 742 kr.

Om tingsrätten anser att HKG inte kan förpliktas att betala konkurrensskadeavgift för Globen Hearts och Medical Supports överträdelser ska Globen Heart och Medical Support själva betala avgiften för respektive överträdelse. I sådant fall är det företagens omsättning på den relevanta marknaden år 2008 som ska ligga till grund för beräkningen. Det beror på att Globen Heart och Medical Support överlät sina ramavtal med landstinget till HKG år 2010 och att HKG då också trädde i deras ställe som samarbetspartner till Aleris. Det var HKG som under ramavtalstiden tillämpade samarbetsavtalet med Aleris och lät Aleris få del av de volymer som avropades på HKG:s avtal med landstinget. Sedan den 1 juli 2010 var det HKG som överträdde förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen. Globen Hearts och Medical Supports överträdelser upphörde då de lämnade in anbudet i september 2008.

År 2008 hade Globen Heart och Medical Support följande omsättning på den relevanta marknaden:

- Globen Heart: 12 524 559 kr, och
- Medical Support: 8 456 424 kr.

### Överträdelserna är allvarliga

De aktuella överträdelserna är av sådan karaktär att de typiskt sett minskar avtalsparternas incitament att konkurrera med varandra och därmed får negativa konsekvenser för konkurrensen. Vad gäller överträdelsernas art ska beaktas att svarandebolagens respektive överenskommelse om volymdelning innebär att de har avtalat att dela på marknaden. Vidare ska vägas in att överenskommelsen innefattar informationsutbyte angående vilka objekt i upphandlingen som svarandebolagen skulle lämna anbud på och, i ett av fallen, även i fråga om med vilka volymer.

Den marknad som samarbetet gäller är geografiskt sett av begränsad omfattning men det rör sig om samhällsviktiga tjänster för vilka betalning erläggs med offentliga medel. Det är fråga om samordning mellan det fåtal etablerade aktörer som fanns på marknaden vid tiden för upphandlingen, även om det inte rör sig om en överenskommelse mellan samtliga dessa företag utan om två bilaterala avtal. I båda fallen handlar det om samarbete mellan parter med en sammanlagt hög marknadsandel.

Vid bedömningen av överträdelsernas allvarlighet bör även vägas in att Aleris, Globen Heart och Medical Support ingick avtalet trots att Globen Hearts och Medical Supports juridiske rådgivare hade avrått från ett samarbete med liknande upplägg. Vad gäller Aleris ska också beaktas att Aleris har ingått två avtal. Det rör sig i Aleris fall alltså om två överträdelser, dock på samma relevanta marknad och under samma tidsperiod.

### Sanktionsvärdet för överträdelsernas allvar

Konkurrensverket har beräknat sanktionsvärdet för överträdelsernas allvar på följande sätt. När det gäller Aleris bör grundbeloppet utgöra sex procent av Aleris omsättning på den relevanta marknaden år 2013. Det ger (avrundat) ett grundbelopp om 8 038 000

kr. Beträffande övriga svarandebolagen bör grundbeloppet utgöra fyra procent av företagens omsättning på den relevanta marknaden. För Capiro blir grundbeloppet (avrundat) 354 000 kr och för HKG (såsom ansvarigt för såväl sin egen överträdelse som för Globen Hearts och Medical Supports överträdelser) blir grundbeloppet (avrundat) 678 000 kr. För det fall tingsrätten anser att HKG inte kan förpliktas att betala konkurrensskadeavgift för Globen Hearts och Medical Supports överträdelser ska grundbeloppet för dem utgöra fyra procent av deras omsättning på den relevanta marknaden år 2008. För Globen Heart blir det (avrundat) 501 000 kr och för Medical Supports blir det (avrundat) 338 000 kr.

#### Överträdelserna pågick i mer än fyra år

Konkurrensverket gör gällande att avtal i konkurrensrättslig mening förelåg redan innan parterna undertecknade de skriftliga samarbetsavtalen, dvs. i mitten/slutet av augusti. Överträdelserna pågick från mitten/slutet av augusti 2008 t.o.m. den 30 juni 2014. Från denna period bör dock borträknas viss tid eftersom företagen från det att de lämnade in sina anbud i början av september 2008 inte vidtog några åtgärder som kan hänföras till överträdelserna förrän i mars 2010 respektive början av juni 2010.

#### Åtgärder som kan hänföras till överträdelserna

Den 8 mars 2010 begärde Aleris att få del av de volymer som kunde komma att avropas på Capiros ramavtal med SLL avseende objekt A. Samma dag gjorde Capiro motsvarande beträffande Aleris ramavtal med SLL avseende objekt E.

I början av juni 2010 framställde HKG en förfrågan till SLL om att få anlita Aleris som underleverantör för de upphandlade tjänsterna.

Dessa åtgärder är hänförliga till samarbetsavtalen och överträdelserna varför tiden från det att dessa vidtogs ska räknas in vid bedömningen av överträdelsernas varaktighet.

Varaktighet

För perioden från det att samarbetsavtalen ingicks till dess att företagen lämnade in sina anbud ska allvarlighetsbeloppen multipliceras med 0,5. För perioden från mars respektive juni 2010 t.o.m. den 30 juni 2014 ska allvarlighetsbeloppen multipliceras med fyra. Detta innebär att för Aleris ska 8 038 000 kr multipliceras med 4,5. Det innebär att sanktionsvärdet för Aleris överträdelser blir 36 171 000 kr. Även för Capio och HKG ska beloppet multipliceras med 4,5. Det innebär att sanktionsvärdet för Capios respektive HKG:s överträdelse blir 1 593 000 kr respektive 3 051 000 kr.

Om HKG inte ska ansvara för Globen Hearts och Medical Supports överträdelser ska de betala konkurrensskadeavgift. I sådant fall ska allvarlighetsbeloppen för de bolagen multipliceras med 0,5. Det ger ett sanktionsvärde om 251 000 kr för Globen Heart och 169 000 kr för Medical Support. I det fallet ska dock Hjärtkärlgruppen ansvara för sin egen överträdelse, och då ska beloppet för HKG multipliceras med fyra vilket ger ett sanktionsvärde om 2 712 000 kr.

Slutliga belopp

Det föreligger inga förmildrande eller andra omständigheter som ska beaktas vid bestämmandet av konkurrensskadeavgifterna. De slutliga avgifterna motsvarar därmed överträdelsernas sanktionsvärde.

*Övrigt - SLL har inte godkänt eller uppmuntrat till avtalen*

Det var först sent under år 2011 (i mitten/slutet av oktober 2011), dvs. mer än tre år efter anbudsinslämning, som SLL upptäckte samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio. Det var i samband med informationsinhämtning med anledning av en annan upphandling som landstinget fick kännedom om att Aleris och Capio innan anbudsinslämningen i 2008 års upphandling hade träffat de överenskommelser som framgår av samarbetsavtalet. Först två år därefter fick SLL kännedom om att Aleris innan anbudsinslämning-

en hade träffat liknande överenskommelser med Globen Heart och Medical Support. Det var under Konkurrensverkets utredning som det uppdagades. Konkurrensverket upplyste SLL om det avtalet först i samband med att stämningsansökan i målet lämnades in till tingsrätten i augusti 2013.

Eftersom landstinget inte kände till att avtalen existerade förrän i slutet av år 2011 respektive strax före det att Konkurrensverket gav in stämningsansökan i målet, dvs. i augusti 2013, kan SLL inte godkänt avtalen. Uppgifterna i anbuden om potentiella underleverantörer innebär inte att landstinget fått vetskap vare sig om avtalens existens eller om avtalens innehåll och utformning.

Under år 2010 begärde vissa av svarandebolagen hos SLL att få anlita något av de andra företagen som underleverantör. Landstinget godkände begäran. Inte heller det innebär dock att företagen öppet har redovisat innehållet i samarbetsavtalen.

#### 2003 års avtal saknar betydelse

Det avtal som Aleris och Capio ingick efter en tidigare upphandling, som SLL genomförde år 2003, av tjänster inom klinisk fysiologi saknar betydelse i målet. Efter upphandlingen år 2003, dvs. när tilldelningen av kontrakten var klar, träffade Aleris och Capio ett avtal om att Capio skulle vara underleverantör åt Aleris avseende vissa tjänster. Avtalet ingicks alltså efter 2003 års upphandling till skillnad mot de i målet aktuella avtalen som ingicks före det att bolagen gav in sina anbud. 2003 års avtal har vidare en annan utformning än 2008 års avtal. I avtalen från år 2008 finns t.ex. skrivningar om en rätt för den som inte får avtal med landstinget att agera underleverantör. Sådana formuleringar återfinns inte i 2003 års avtal.

2003 års samarbetsavtal mellan Aleris och Capio ska sammantaget inte tillmätas någon betydelse beträffande 2008 års avtal vare sig beträffande uppsåt/oaktsamhet eller i fråga om det föreligger förmildrande omständigheter eller i någon annan bemärkelse.

**Aleris***Klinisk fysiologi och SLL:s roll*

Marknaden för hälso- och sjukvård i Sverige kännetecknas av särskilda mekanismer som gör att konkurrensförutsättningarna skiljer sig åt från andra marknader. Inom hälso- och sjukvårdsområdet är varje landsting ansvarigt för att behovet av vård tillgodoses. Landstingen har historiskt sett själva ansvarat för tillhandhållandet av tjänster inom hälso- och sjukvård. Numera kan vård- och diagnostiktjänster upphandlas eller blir föremål för vårdvalsreformer, vilket möjliggör konkurrens även från privata leverantörer. Några lagstadgade hinder för privata vårdgivare att bedriva hälso- och sjukvårdstjänster vid sidan av den offentligt finansierade vården finns inte, men bristande förutsättningar för privat finansiering inom vården medför att landstingen har ett avgörande inflytande på produktionsutbudet.

Vårdtjänster omfattar en rad differentierade tjänster och kan kategoriseras och organiseras på olika sätt i olika landsting. I regel delas dock vårdtjänsterna in i ett antal huvudkategorier, varav de viktigaste är: (i) primär- och specialistvård, (ii) öppen- och slutenvård samt (iii) akutvård och elektiv vård.

Vid sidan om vårdtjänsterna finns det stödverksamheter som är nödvändiga för att vården ska fungera. Medicinsk diagnostik utgör en sådan stödverksamhet.

Medicinsk diagnostik delas vanligtvis in i tre olika segment: (i) radiologi (bilddiagnostik), (ii) laboratoriemedicin (klinisk kemi, mikrobiologi och patologi), och (iii) klinisk fysiologi.

Aleris är verksam inom samtliga dessa tre segment. Den juridiska personen Aleris Diagnostik AB:s verksamhet är uppdelad i verksamhetsområdena: (i) Aleris Röntgen (radiologi; 51 procent av omsättningen), (ii) Aleris Medilab (laboratoriemedicin; 29

procent av omsättningen) samt (iii) Aleris Fysiologlab (klinisk fysiologi, sömnverksamhet och specialistläkarmottagning; 20 procent av omsättningen).

Klinisk fysiologi är en diagnostikverksamhet, skild från andra diagnostikverksamheter, med särskild inriktning mot diagnostisering av sjukdomar inom hjärta, lungor och cirkulationssystem. Det finns drygt 30 enheter för klinisk fysiologi i Sverige, vilka ofta är belägna på större sjukhus. En klinisk fysiologiavdelning är bemannad av specialistläkare och biomedicinska analytiker (BMA). Dr A.J.-D. och Dr E.Z. på Aleris är några av landets ledande experter inom klinisk fysiologi.

SLL:s upphandling år 2008 omfattade objekten A-E varav objekten A, B, och D är klassiska kliniska fysiologitjänster. Objekt C är en verksamhet inom vilken sjukdomar och funktionsstörningar på hjärna och nervsystem utreds samt diagnostiseras. Objekt C ingår inte i samma relevanta marknad som klinisk fysiologi. Detsamma gäller objekt E, dvs. sömn, vilket utvecklas nedan under avsnittet om relevant marknad.

SLL är det landsting i Sverige där andelen privata aktörer inom hälso- och sjukvården är högst. Även inom diagnostik har SLL varit föregångare när det gäller att konkurrensutsätta verksamheten. Det faktum att diagnostik utgör en nödvändig supportfunktion till såväl privata som offentliga aktörer har dock medfört vissa skillnader vad gäller hur, och i vilken omfattning, SLL har valt att konkurrensutsätta olika segment inom diagnostik.

SLL har sedan många år upphandlat tjänster inom klinisk fysiologi till öppen-, primär- och specialistvården. Eftersom akutsjukhusen utför diagnostiktjänster som bekostas av deras slutenvårdsverksamhet har en central fråga vid SLL:s upphandlingar av diagnostiktjänster varit om dessa sjukhus ska få delta i upphandlingarna. SLL har hanterat frågan på olika sätt i olika upphandlingar. I 2003 års upphandling av klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi tillät SLL de egna sjukhusen att delta i upphandlingen. I upphandlingen år 2008 varken fick eller behövde dock SLL:s egna sjukhus delta, utan de tilldelades avtal direkt utan upphandling.



Även vad gäller möjligheten att anlita underleverantörer, har SLL hanterat frågan på olika sätt i olika upphandlingar. I upphandlingen år 2003 tillät SLL inte att underleverantörer angavs i anbudena medan ordningen var den omvända i 2008 års upphandling. Det har aldrig funnits möjlighet för en leverantör att använda sig av en underleverantör utan SLL:s godkännande. I 2008 års upphandling förbehöll sig SLL rätten att godkänna underleverantörer och SLL godkände, som framkommit, Aleris som underleverantör till HKG och Capiro som underleverantör till Aleris.

Det är SLL som ensidigt avgör om privata aktörer ska få utföra klinisk fysiologi inom den offentligt finansierade vården. Det är även SLL som avgör vilka aktörer som får agera som underleverantörer samt huruvida landstingets egna enheter ska delta i konkurrensen. Det finns dock begränsningar även i SLL:s inflytande på marknaden.

Avrop av kliniska fysiologtjänster ligger utanför SLL:s och utförarnas kontroll och vare sig SLL eller utförarna styr över volymerna. Det finns inte heller någon given volym att ”dela på”. Av förfrågningsunderlaget i 2008 års upphandling framgår uttryckligen att SLL inte garanterar några volymer. En leverantör av kliniska fysiologitjänster som har erhållit avtal med SLL har varken något golv eller tak för hur många undersökningar som kan komma att avropas på avtalet.

Lika centralt är det faktum att det inte är SLL som styr avropen av kliniska fysiologundersökningar. En patient som söker vård har sällan en medicinskt relevant uppfattning om sitt vårdbehov utan det är behandlande läkare som avgör patientens eventuella diagnostikbehov. Patienter med akut vårdbehov hamnar hos akutsjukhusen där vård och eventuell diagnostik utförs under samma tak. SLL ersätter sjukhusen för akutvård och ersättningen beräknas på antalet patienter och den vård sjukhusen har tillhandahållit. Akutsjukhusen får således inte någon separat ersättning för de diagnostiktjänster som utförs för akutpatienter.

Majoriteten av de patienter som söker vård har dock inte något akut vårdbehov och får därför vända sig till primärvården eller den öppna specialistvården. Den vårdgivare som patienten väljer att uppsöka avgör då om några diagnostiktjänster behöver utföras för att tillgodose patientens vårdbehov. Om vårdgivaren anser att diagnostiktjänster behöver utföras måste vårdgivaren remittera patienten till en leverantör som har avtal med SLL eller till en underleverantör som har godkänts av SLL. Den remitterande vårdgivaren står för 20 procent av kostnaden för utförandet av undersökningen medan resterande 80 procent betalas av SLL till den leverantör som är SLL:s avtalspart.

Som redovisats är det SLL som avgör hur många aktörer som får erbjuda diagnostiktjänster inom den offentligt finansierade vården. Det sker genom att SLL ingår avtal med utvalda leverantörer. Avtalet ger leverantörerna rätt att, mot ersättning från det offentliga, erbjuda diagnostiktjänster till öppenvården. När väl avtal har ingåtts är det dock inte SLL som styr flödet av patienter utan remitterande läkare.

Flera faktorer avgör vilken leverantör som remittenten, tillsammans med patienten, väljer. Kvalitet och tillgänglighet i form av korta kötider är betydelsefulla faktorer. Vad gäller klinisk fysiologi är även leverantörers geografiska placering av stor betydelse. Diagnostiktjänster förutsätter nämligen att patienten besöker leverantören, varför geografisk närhet till patientens bostad eller arbetsplats givetvis är av vikt.

De leverantörer som remittenterna och patienterna får välja mellan redovisas av SLL på nätet (uppdragsguiden/vårdguiden). I guiden görs ingen skillnad mellan SLL:s egna enheter, de privata aktörer som har fått avtal med SLL, eller de privata aktörer som efter SLL:s godkännande har fått agera som underleverantörer.

Leverantörer av klinisk fysiologi konkurrerar således med varandra på två nivåer. Till en början uppstår konkurrens om marknaden när SLL inom ramen för en upphandling tilldelar avtal inom klinisk fysiologi. Därefter sker konkurrens på marknaden i form av konkurrens mellan de leverantörer (såväl privata som offentliga) som har tilldelats avtal av SLL om att få patienter remitterade till sig. Ju fler leverantörer som har möjlig-

het att genom avtal utföra dessa tjänster, desto hårdare blir konkurrensen om patienterna. Likaså innebär fler leverantörer en bättre geografisk spridning av de mottagningar som patienterna kan besöka, vilket gagnar patienterna.

#### *Relevant marknad*

Vad gäller klinisk fysiologi kan konstateras att såväl konkurrensvillkoren som utbuds- och efterfrågestrukturen skiljer sig väsentligt åt mellan å ena sidan att konkurrera om att få ingå ett vårdavtal med SLL i en upphandling och å andra sidan att konkurrera om att få utföra kliniska fysiologiuundersökningar av enskilda patienter, dvs. det föreligger stora skillnader mellan upphandlings- och tjänstemarknaden.

Eftersom SLL ensamt ansvarar för vården inom Stockholms län, är det SLL som ensidigt avgör om klinisk fysiologi ska konkurransutsättas och på vilka villkor.

Under den i målet aktuella perioden kunde privata aktörer, t.ex. Aleris, endast erhålla vårdavtal med SLL genom att vinna en upphandling som SLL anordnat.

En sådan upphandling ska ske enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091) och kännetecknas av öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling.

Konkurrensen om vårdavtal är med andra ord öppen för alla aktörer som vill delta men det är SLL som bestämmer vilka egenskaper som ska vara utslagsgivande.

I 2008 års upphandling valde SLL att utforma förfrågningsunderlaget på så sätt att lägsta pris var det enda tilldelningskriteriet. Andra konkurrensparametrar, som t.ex. geografisk spridning, kötider, kapacitet, service m.m., utvärderades inte.

Leverantörerna kunde efter anbudstidens utgång inte påverka sina anbud, t.ex. genom att sänka sina priser. Efter det att upphandlingen hade avslutats uppstod därför en an-

nan konkurrenssituation med en väsentligen annorlunda utbuds- och efterfrågestruktur vad gäller utförandet av tjänsterna.

När leveranser enligt vårdavtalen påbörjas ändras alltså SLL:s roll från kund till konkurrent (genom sitt huvudmannaskap för de offentligt ägda akutsjukhusen). Därtill upphör även SLL:s roll som enväldig beställare, då SLL, efter sitt tilldelningsbeslut, inte kan styra flödet av patienter.

Konkurrensen om patienter är med andra ord, till skillnad från konkurrensen om vårdavtal med SLL, inte öppen för alla som vill delta. Samtidigt sker konkurrensen kontinuerligt i den meningen att ingen leverantör är garanterad någon volym och varje remiss/patientbesök är föremål för konkurrens.

Skillnaderna i utbuds- och efterfrågestrukturen vid konkurrens om vårdavtal i 2008 års upphandling respektive konkurrens om patienter kan illustreras enligt följande:

Konkurrensen om vårdavtal med SLL år 2008 (upphandlingsmarknaden)	Konkurrens om patienter år 2010–2014 (tjänstemarknaden)
<b>Utbudsstruktur</b>	
Öppen och icke-diskriminerande konkurrens, alla leverantörer som vill får konkurrera om avtal.	Sluten konkurrens, endast SLL:s egna enheter, samt leverantörer som fått vårdavtal eller SLL:s godkännande får konkurrera om patienter.
Offentliga aktörer får inte delta i konkurrensen.	Offentliga aktörer får delta i konkurrensen.
<b>Efterfrågestruktur</b>	
SLL är den enda kunden, remittenter och patienter har inget inflytande på utfallet av konkurrensen.	Remittenter och patienter bestämmer utfallet av konkurrensen, SLL kan inte styra flödet.
<b>Konkurrensvillkoren</b>	
Konkurrensen sker vid anbudstillfället och kan inte påverkas därefter. Konkurrensen upphör när anbuds-tiden gått ut.	Konkurrensen sker kontinuerligt för varje remiss/patientbesök.
Konkurrensmedel: Pris	Konkurrensmedel: Service, Kvalitet, Tillgänglighet

Priset är den avgörande konkurrensparametern (andra konkurrensparametrar såsom kvalitet, geografisk närhet till enskilda patienter, kapacitet, kötider, service, kapacitet m.m. utvärderas ej).	De avgörande konkurrensparametrarna är kvalitet, närheten till patienten, kapacitet, kötider, service m.m.
---	--

Sammantaget kan konstateras att det föreligger fundamentala skillnader i konkurrensvillkoren både vad avser utbuds- och efterfrågestrukturen, vilket medför att två separata relevanta marknader kan identifieras.

Dessa två marknader består av: (i) upphandlingsmarknaden för klinisk fysiologi, där leverantörer konkurrerar om avtal med SLL (upphandlingsmarknaden), och (ii) den efterföljande tjänstemarknaden för klinisk fysiologi, där utvalda leverantörer konkurrerar om patienter (tjänstemarknaden).

Även om utbudsstrukturen, efterfrågestrukturen och konkurrensvillkoren inom tjänstemarknaden är likartade, kan inte de olika objekten A-E anses ingå i en och samma relevanta produktmarknad. Ur ett efterfrågeperspektiv på tjänstemarknaden kan en undersökning inom ett objekt, t.ex. objekt E, inte bytas ut mot en undersökning ur något av de andra objekten, t.ex. objekt A. Inte heller ur ett utbudsperspektiv kan en aktör som erbjuder undersökningar inom ett objekt utan vidare lägga om sin verksamhet och erbjuda undersökningar inom övriga objekt.

Vad gäller objekt C, dvs. klinisk neurofysiologi, har Konkurrensverket tagit fasta på dessa skillnader och dragit den korrekta slutsatsen att objekt C inte tillhör samma relevanta marknad som övriga objekt i upphandlingen. Undersökningar inom objekt E, dvs. sömn, utförs i huvudsak av andra specialistläkare än specialistläkare inom klinisk fysiologi, såsom specialister inom öron- näsa och hals, anestesiläkare, lungläkare m.fl. Inom andra landsting är därför de undersökningar och behandlingar som ingår i objekt E inte inordnade under klinisk fysiologi, utan ligger under andra specialistområden. Sammantaget kan det konstateras att objekt E, varken ur ett efterfråge- eller ett utbudsperspektiv, kan anses ingå i samma relevanta marknad som övriga objekt. Följaktligen

består tjänstemarknaden av flera olika relevanta marknader där objekt E utgör en egen relevant tjänstemarknad.

Aleris har gett Dr P.B. på RBB Economics i uppdrag att utreda hur en korrekt marknadsavgränsning bör göras och hans slutsatser framgår av åberopat sakkunnigutlåtande.

### *2003 års upphandling*

I den upphandling som SLL genomförde år 2003 delades tjänsterna upp i elva olika kodgrupper. Anbudsgivarna hade möjlighet att lämna anbud på samtliga eller delar av de undersökningar som efterfrågades. Av förfrågningsunderlaget framgick att SLL kunde komma att ingå avtal med fler än en anbudsgivare inom samma kodgrupp. Förfrågningsunderlaget lämnade inte någon möjlighet att anlita underleverantörer. Upphandlingen avsåg perioden den 1 april 2004 – den 31 december 2006, med en option om förlängning i upp till två år.

Hälso- och Sjukvårdsutskottet beslutade den 21 oktober 2003 att tilldela Aleris avtal inom hjärtdiagnostik, sömnapnéundersökningar, lungfunktionsdiagnostik, perifer cirkulationsdiagnostik och övrig klinisk fysiologi. Aleris ingick vårdavtal med SLL den 23 oktober 2003 och avtalet kom att förlängas ett antal gånger.

När SLL hade meddelat sitt tilldelningsbeslut stod det klart att akutsjukhusen Danderyds sjukhus och S:t Görans sjukhus inte hade tilldelats kontrakt för vissa kliniska fysiologitjänster. Akutsjukhusen var inte nöjda med utgången av upphandlingen eftersom de för sin verksamhet är i behov av de volymer och inkomster som inflyter från öppenvårdspatienterna. Öppenvårdsverksamheten behövs för att akutsjukhusens kliniska fysiologitjänster ska kunna hålla en hög kvalitet och vara ekonomiskt bärkraftiga. Resultatet av upphandlingen innebar att för få undersökningar skulle komma att utföras vid akutsjukhusen varför kvaliteten inom klinisk fysiologi riskerade att försämrats. SLL kunde åtgärda den uppkomna situationen avseende Danderyds sjukhus, vilket är helägt

av SLL, genom att utan föregående upphandling tilldela Danderyds sjukhus ett kontrakt vid sidan om upphandlingen. Samma modell kunde dock inte tillämpas för Capio eftersom upphandlingslagstiftningen inte tillåter att SLL direkttilldelar kontrakt av denna storlek till en privat aktör.

Aleris fick indikationer från SLL på att SLL gärna såg en lösning där Capio kunde agera som underleverantör till Aleris i den nyligen avgjorda upphandlingen. Aleris och Capio inledde därför diskussioner om ett samarbete. Diskussionerna utmynnade i ett samarbetsavtal som ingicks den 22 december 2003.

Capio skulle enligt samarbetsavtalet utföra tjänster i egenskap av underleverantör till Aleris enligt det vårdavtal som Aleris hade tilldelats i upphandlingen. Ett villkor i såväl Aleris vårdavtal med SLL som samarbetsavtalet med Capio var att SLL skulle godkänna underleverantörskapet, vilket även skedde.

Syftet med 2003 års samarbetsavtal var att tillmötesgå SLL:s önskemål om att möjliggöra för Capio att erbjuda klinisk fysiologi till öppenvården trots utfallet av upphandlingen. Eftersom vårdavtalet som Aleris hade ingått med SLL förlängdes ett antal gånger p.g.a. ansökningar om överprövning av 2008 års upphandling, kom även samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio att förlängas.

#### *2008 års upphandling*

I maj 2008 stod det klart att tjänsterna inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi skulle bli föremål för ett nytt upphandlingsförfarande.

2008 års upphandling utformades som en "lägsta pris-upphandling" vilket innebar att anbudsgivarna enbart tävlade om pris. Anbudspriserna var alltså det enda som skulle utvärderas av SLL och ligga till grund för tilldelningen av vårdavtal med SLL. Vidare valde SLL att inte rangordna bland de leverantörer som erhöll vårdavtal.

Tjänsterna som upphandlades delades upp i fem separata objekt, dvs. A-E. Inom varje objekt gav SLL en indikation på en viss volym (baserade på tidigare leveranser) som SLL trodde sig vara i behov av. SLL kunde dock inte garantera någon volym, varken inom respektive objekt eller till någon enskild leverantör. Volym var inte heller något som utvärderades i upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgick att SLL avsåg att endast anta två leverantörer per tjänsteområde i den mån två leverantörer kunde erbjuda den volym som indikerades i förfrågningsunderlaget.

Aleris ansåg, liksom övriga aktörer på marknaden för klinisk fysiologi, att SLL:s uppdelning i olika tjänsteområden inte var ändamålsenlig vare sig för patienter, remitterter, utförare eller SLL. Uppdelningen befarades leda till en fragmentering av specialistområdet klinisk fysiologi och en försämring för patienterna. Denna kritik framfördes till Hälso- och sjukvårdsnämnden (HSN) i en skrift som såväl de privata leverantörerna som de landstingsägda sjukhusen ställde sig bakom.

Aleris hade att ta ställning till hur man skulle förhålla sig till upphandlingen och de negativa effekter som befarades uppstå som ett resultat av segmenteringen i olika objekt. Aleris noterade att SLL i upphandlingen tillät anlita underleverantörer och underleverantörskap framstod som en möjlig lösning för att mildra de negativa effekterna som befarades uppstå.

Till skillnad från år 2003, då underleverantörer inte fick anges, tillät alltså SLL i upphandlingen år 2008 att anbudsgivarna anlita underleverantörer för fullgörandet av vårdavtalet. Detta formulerades enligt följande i förfrågningsunderlaget: "Om anbudsgivaren kommer att anlita underleverantörer för uppdraget skall detta anges i anbudet...".

Genom att utforma möjligheten till användandet av underleverantörer såsom ett "skallkrav" var anbudsgivarna tvungna att redan i anbudet ange underleverantörer med såväl namn som organisationsnummer. Av förfrågningsunderlaget framgick vidare: "Anbud som ej uppfyller samtliga skallkrav kommer att förkastas".



Aleris inledde därför separata förhandlingar med Capio respektive Medical Support och Globen Heart om möjligheterna att agera som underleverantörer på tjänstemarknaden. För att kunna agera som underleverantörer på tjänstemarknaden var parterna dock tvungna att redan i anbudena ange varandra som underleverantörer eftersom detta följde av de obligatoriska krav som SLL hade uppställt i upphandlingen.

En fråga som tidigt uppkom och som återkom under förhandlingarna var frågan om hur samarbetena skulle utformas så att dessa inte begränsade konkurrensen på upphandlingsmarknaden. Det förelåg en samsyn mellan Aleris och respektive avtalspart om att avtalen skulle utformas på ett sätt som inte begränsade konkurrensen i eller efter upphandlingen. Utgångspunkten i avtalen var att parterna fullt ut skulle konkurrera med varandra på upphandlingsmarknaden, dvs. inom samtliga objekt inom klinisk fysiologi. Följaktligen kom samarbetena att utformas så att varje part tog fram och lämnade in helt fristående anbud baserat på egna kommersiella beslut och bedömningar. Inga prisuppgifter utbyttes eller diskuterades med Capio, Globen Heart eller Medical Support.

Aleris försäkrade sig om att avtalen inte skulle påverka Aleris affärspolicy eller sättet på vilket Aleris valde att utforma sitt anbud på upphandlingsmarknaden. Underleverantörskapen kunde inte heller leda till någon uppdelning av tjänstemarknaden då parterna inte skulle kunna påverka den remitterande läkarens val av leverantör vid utförandet av diagnostiktjänster.

Aleris betraktade vidare upplägget och syftet med avtalen som godtagbart eftersom SLL år 2003 hade godkänt ett motsvarande samarbete med Capio. Det förhållandet att avtalen år 2008, mot bakgrund av skall-kravet, behövde ingås före anbudsinlämnandet förändrade inte det syfte som Aleris avsåg att uppnå.

Följaktligen lades 2003 års avtal till grund för utformningen av avtalen genom att Aleris gav sin advokatbyrå Gernandt & Danielsson i uppdrag att ta fram ett utkast till underleverantörsavtal baserat på 2003 års underleverantörsavtal med Capio. Detta utkast

skickades separat till Capio respektive Globen Heart och Medical Support den 11 augusti 2008 varvid separata förhandlingar tog vid. Detta ledde till att avtalen delvis fick olika utformning rörande ett par bestämmelser.

I upphandlingen angav Aleris och dess avtalsparter öppet varandra som underleverantörer i enlighet med skall-kravet som SLL hade uppställt.

När SLL den 9 september 2008 öppnade de inkomna anbuden i 2008 års upphandling kunde konstateras att anbud hade inkommit från elva anbudsgivare. De sju leverantörer som inte omfattades av i målet aktuella underleverantörsavtal kunde enligt deras avgivna anbud tillgodose SLL:s behov flera gånger om och vissa var för sig.

SLL fattade sitt tilldelningsbeslut i upphandlingen den 18 november 2008. Såsom befarades tilldelade SLL endast två vårdavtal inom respektive objekt, nämligen till Gynekologkliniken och Stockholm Heart Center.

Inget av svarandebolagen tilldelades avtal vid SLL:s tilldelningsbeslut inom de objekt som är föremål för tingsrättens bedömning.

SLL:s tilldelningsbeslut blev föremål för överprövning. Resultatet innebar bl.a. att Gynekologkliniken och Avesina uteslöts från upphandlingen och att tre leverantörer, i stället för två, skulle tilldelas avtal i varje objekt i upphandlingen.

SLL fattade ett nytt tilldelningsbeslut den 15 september 2009 som innebar att Aleris tilldelades avtal inom tjänsteområde E. Även detta tilldelningsbeslut blev föremål för överprövning. I mars 2010 stod det dock klart att tilldelningsbeslutet var giltigt.

SLL skickade det vårdavtal som skulle ingås inom objekt E till Aleris den 8 mars 2010. Avtalsperioden enligt avtalet var den 1 juli 2010 – den 28 juni 2013 med möjlighet till ett års förlängning. Denna förlängning valde SLL sedermera att utnyttja sig av

genom att den 27 augusti 2012 förlänga Aleris avtal och övriga avtal rörande klinisk fysiologi till den 30 juni 2014.

Förlängningen gjordes flera månader efter det att Konkurrensverket hade genomfört platsundersökningar hos svarandebolagen. Att SLL i augusti 2012 var väl medvetet om förekomsten och detaljerna i de ifrågasatta underleverantörsavtalen framgår även av SLL:s tjänsteutlåtande som låg till grund för beslutet att förlänga vårdavtalen.

#### *Avtalet med Capio*

Vid utformningen av det nu aktuella samarbetsavtal med Capio föll det sig naturligt att 2003 års samarbetsavtal låg till grund för det avtal som skulle upprättas. Samarbetet från år 2003 hade initierats av SLL och fungerat väl.

Ett första utkast till samarbetsavtal togs som ovan redovisats fram av Aleris och tillställdes Capio den 11 augusti 2008. Avtalsutkastet var sedan föremål för förhandlingar. Avtalet ingicks sedermera den 3 september 2008.

Det faktum att SLL hade uppställt som skall-krav i upphandlingen att underleverantörer skulle anges i anbuden medförde att underleverantörsavtal var tvungna att ingås före det att anbuden lämnades in. Avtalet stipulerar därför att parterna öppet ska ange varandra som underleverantörer, vilket också skedde.

Avtalet förutsätter också att parterna skulle lämna från varandra oberoende anbud och att parterna fullt ut skulle konkurrera och lämna anbud i alla objekt. En förutsättning för samarbetsavtalens tillämplighet var att någon av parterna tilldelades kontrakt i upphandlingen. I annat fall skulle samarbetsavtalen vara innehållslösa.

Avtalet innehåller inte någon samordning av parternas priser. Inte heller innehåller avtalet några begränsningar om vilka objekt parterna ska lägga anbud på.

Punkten 3.2, som tillkom på önskemål av Capio, var inte med i utkastet den 11 augusti 2008. Bestämmelsen fick denna utformning i slutet av augusti och stadgar att var och en av parterna ska ha rätt, men ingen skyldighet, att agera underleverantör. Därvid ska underleverantören vara berättigad att utföra 50 procent av det antal undersökningar som ska utföras enligt vårdavtalet.

Till en början ska en viktig förutsättning för bestämmelsens tillämplighet framhållas. Bestämmelsen är endast tillämplig om underleverantören inte genom eget avtal kan konkurrera på tjänstemarknaden med huvudleverantören. Bestämmelsen, som enbart riktar sig till parternas förhållande på tjänstemarknaden, är med andra ord enbart tillämplig i de fall parterna inte utgör konkurrenter på nämnda marknad.

När det gäller bestämmelsens ordalydelse har Konkurrensverket fokuserat på att underleverantörskapet är reglerat som en rättighet och inte som en skyldighet och på att bestämmelsen innebär en ”volymdelning”.

Det faktum att bestämmelsen är utformad som en rätt och inte som en skyldighet är en ekonomisk nödvändighet som följer av det faktum att underleverantören enligt avtalet ska svara för alla sina egna produktionskostnader utan att i förväg veta vilket pris som utförandet av tjänsterna kommer att betinga (då det bestäms av det pris som huvudleverantören kommer att lägga i den upphandling där man är konkurrenter och inte kan utväxla eller diskutera prispåverkande information).

När det gäller lydelsen avseende den s.k. volymdelningen hade Aleris inga invändningar mot den av Capio föreslagna formuleringen i 3.2. eftersom Aleris insåg att bestämmelsen saknade reell effekt. Som framförts ovan saknade parterna möjlighet att styra remittenternas och patienternas val av utförare.

Även formuleringen i punkten 3.2 är sådan att bestämmelsen i själva verket saknar reell innebörd. Enligt formuleringen ska underleverantören ha rätt att utföra 50 procent av det antal undersökningar som ska utföras enligt vårdavtalet. Vårdavtalet innehåller

dock inga volymbestämmelser eller andra bestämmelser om antalet undersökningar som ska utföras. Punkten 3.2 kan därför inte tillämpas även om parterna så önskade. Det är omöjligt att avgöra om och när underleverantören har nått 50 procent av antalet undersökningar då det saknas uppgift om vad som utgör 100 procent av antalet undersökningar. Även av denna anledning saknar bestämmelsen alltså reell innebörd.

Att parterna i praktiken saknar möjlighet att dela avrop mellan sig framgår även av det faktum att ”Bilaga 3.2”, till vilken bestämmelsen hänvisar, aldrig togs fram.

Även punkten 9 i avtalet tillkom på begäran av Capiro och hade inte denna utformning i det utkast som Aleris skickade den 11 augusti 2008. Bestämmelsen ålägger parterna att lägga anbud på hela den av SLL indikerade volymen per objekt, dvs. 100 procent, med undantag för objekt E där Capiro ”skall vara skyldigt att lägga bud på åtta (8) procent av det maximala antal undersökningar som omfattas av Upphandlingen”.

Aleris hade inga synpunkter på vilka volymer Capiro avsåg att lägga anbud på då detta inte påverkade vilka volymer som Aleris redan hade bestämt sig för att lägga anbud på. Att Aleris inte invände mot att volyminformation utbyttes var för att denna information inte påverkade konkurrensen på upphandlingsmarknaden. Offererade volymer var inte en konkurrensparameter i upphandlingen (som var en "lägsta pris-upphandling"). Följaktligen kom de av Capiro föreslagna ändringarna i denna del att införas i avtalet.

Punkten 9 begränsar inte på något sätt konkurrensen mellan parterna i upphandlingen. Tvärtom, vad avser tre av fyra objekt, garanterar bestämmelsen uttryckligen att parterna fullt ut ska konkurrera med högsta möjliga volymanbud var. Inte heller vad gäller det sista objektet, dvs. objekt E, begränsas konkurrensen mellan parterna. Bestämmelsen i denna del är en minimibestämmelse som garanterar att konkurrens förekommer mellan parterna även vad gäller detta objekt. Bestämmelsen har inte heller någon relevans för parternas konkurrens på tjänstemarknaden.

Eftersom Aleris slutligen tilldelades avtal med SLL inom objekt E (och inte Capiro) kunde parterna begära att Capiro skulle få agera underleverantör till Aleris i objekt E, vilket SLL godkände.

Capiro, i sin tur, hade fått avtal inom objekt A (och inte Aleris). SLL godkände dock inte att Aleris var underleverantör till två parter inom det objektet. Aleris var därför tvunget att välja mellan att agera underleverantör till HKG eller Capiro varvid Aleris valde att med SLL:s godkännande agera underleverantör till HKG.

#### *Avtalet med HKG*

Utkastet till HKG-avtalet skickades till HKG den 11 augusti 2008. Till skillnad mot avtalet med Capiro förekom inga egentliga förhandlingar kring detta avtal utan det avtal som slutligen ingicks den 8 september 2008 var i allt väsentligt likalydande med det ursprungliga utkastet. Liksom avtalet med Capiro var Aleris syfte med avtalet att minimera de negativa effekter som befarades uppstå på tjänstemarknaden till följd av segmenteringen.

Det faktum att SLL hade uppställt som skall-krav i upphandlingen att underleverantörer skulle anges i anbuden medförde dock att ett underleverantörsavtal även i detta fall var tvunget att ingås före det att anbuden lämnades in. Detta faktum medförde att vissa justeringar behövde göras i förhållande till 2003-års avtal.

En justering var att parterna skulle ange varandra som underleverantörer i sina respektive anbud. Avtalet villkorades emellertid av att SLL godkände underleverantörskapen mellan parterna och avtalet var på så sätt inte någon garanti för att avtalet skulle kunna tillämpas. I övrigt innehöll avtalet i allt väsentligt samma villkor som avtalet från år 2003.

I övrigt reglerar avtalet inte parternas agerande i upphandlingen. Avtalet innehåller inte någon överenskommelse eller samordning av parternas respektive anbud vad avser

pris, volym, objekt m.m. Förutom det faktum att parterna skulle ange varandra som underleverantörer var varje part obehindrad att utforma sitt anbud som denne önskade. Följaktligen innebär avtalet ingen annan samordning mellan parterna i upphandlingen, dvs. samordning av parternas agerande på upphandlingsmarknaden, än att parterna skulle ange varandra som underleverantörer.

Inte heller föreskriver avtalet något annat samarbete eller någon samordning av parternas agerande på tjänstemarknaden. Sammantaget innebär avtalet enbart att den ena parten kan, men inte är garanterad, få rätt att konkurrera om patienter på tjänstemarknaden (förutsatt SLL:s godkännande).

Det är därmed felaktigt att hävda att avtalet innebär att parterna kommit överens om att "dela på eventuella volymer". Det är varken något som stipulerats i avtalet eller något som parterna kan styra över.

Globen Heart/Medical Support tilldelades avtal inom samtliga objekt medan Aleris inte fick avtal inom objekt A, B, och D. Mot bakgrund av SLL:s tidigare redovisade krav om att Aleris endast kunde vara underleverantör på ett vårdavtal per objekt kom Aleris efter godkännande att agera underleverantör till HKG inom dessa tre objekt.

#### *Aleris anbudsarbete och prissättning*

När det i maj 2008 stod klart för Aleris att SLL skulle komma att upphandla tjänster inom klinisk fysiologi satte Aleris samman en arbetsgrupp som skulle utarbeta Aleris anbud. Arbetsgruppen bestod av C.D. (chef controlling), Dr E.Z. (affärsområdeschef Aleris Fyslab) samt i viss mån Dr Richard Harlid avseende sömn. Denna arbetsgrupp hade bl.a. ansvaret för att ta fram Aleris anbudspriser.

Anbudspriserna arbetades fram på följande sätt. Först beräknades vilka kostnader som var förknippade med de efterfrågade volymerna inom respektive tjänsteområde där Aleris avsåg att lämna anbud (dvs. objekten A, B, D och E).

Personalkostnader var genomgående den största kostnadsposten och beräkningen av hur mycket personaltid (läkartid, BMA-tid m.m.) de olika undersökningarna tog i anspråk var därför av central betydelse för beräkningen av produktionskostnaderna.

Produktionskostnaderna utgjorde sedan utgångspunkten för beräkningen av Aleris anbudspriser. Utifrån produktionskostnaderna hade arbetsgruppen att ta fram förslag på konkurrenskraftiga anbudspriser som även gav en viss vinstmarginal.

I denna del av arbetet utgick arbetsgruppen från dels Aleris och konkurrenternas priser i 2003-års upphandling, dels andra nyligen avgjorda upphandlingar rörande diagnostiktjänster.

En jämförelse av Aleris dåvarande priser baserade på 2003 års upphandling med konkurrenternas dåvarande priser visade att Aleris generellt sett hade högre priser. Arbetsgruppen förstod därför tidigt att det var viktigt att Aleris sänkte sina priser för att vara konkurrenskraftigt. Denna insikt grundades även på en radiologiupphandling som SLL hade genomfört under början av år 2008 då konkurrensen hade varit särskilt hård. Mot denna bakgrund valde Aleris att sänka sina anbudspriser väsentligt i förhållande till sina priser i 2003 års upphandling.

Arbetet med att ta fram anbudspriserna pågick under juni och början av juli 2008. Detta arbete är väldokumenterat av arbetsgruppen. Av utkast framgår att Aleris anbudspriser var i princip fastställda redan den 2 juli 2008. I början av juli 2008 stod det emellertid klart att Aleris hade förlorat en upphandling avseende sömnundersökningar som landstinget i Västra Götaland hade anordnat. Detta gjorde att arbetsgruppen fick anledning att granska förslaget på anbudspriser inom sömn. Resultatet av den förnyade granskningen ledde till att arbetsgruppen ytterligare sänkte priserna för objekt E. På grund av semestertider blev de slutliga anbudspriserna fastställda först den 6 augusti 2008.



Sammanställningen nedan illustrerar Aleris arbete med anbudspriserna.

	<b>Utkast den 27 juni 2008</b>	<b>Utkast den 2 juli 2008</b>	<b>Slutligt för- slag den 6 augusti 2008</b>	<b>Anbudspriser enligt anbudet den 8 september 2008</b>	<b>Aleris priser enligt 2003- års avtal</b>	<b>Lägst pris enligt 2003- års upp- handling</b>
<b>Objekt A</b>	80 708 130 kr	81 032 320 kr	78 961 890 kr	78 961 890 kr	89 589 054 kr	82 968 915 kr
<b>Objekt B</b>	16 289 995 kr	15 985 350 kr	15 790 350 kr	15 790 350 kr	17 950 095 kr	16 355 588 kr
<b>Objekt D</b>	27 834 650 kr	27 883 300 kr	27 883 300 kr	27 883 300 kr	33 180 246 kr	28 938 461 kr
<b>Objekt E</b>	55 972 850 kr (55 972 850 kr)	52 601 860 kr (48 732 980 kr)	48 681 715 kr (48 732 980 kr)	48 681 715 kr	65 596 628 kr	51 082 550 kr

Arbetsordningen inom arbetsgruppen var sådan att endast C.D. hade tillgång till filerna med de föreslagna anbudspriserna. Det var först den 8 september 2008 som C.D. lämnade ifrån sig det slutliga förslaget på anbudspriserna (dvs. utkastet från den 6 augusti 2008) för att sammanställas med anbudet.

Aleris lämnade in sitt anbud till SLL samma dag. I anbudet var anbudspriserna oförändrade i förhållande till det slutliga förslag på anbudspriser som den 6 augusti 2008 hade tagits fram av arbetsgruppen.

Sammanfattningsvis kan konstateras att arbetsgruppens arbete med anbudspriserna skedde självständigt och utan någon som helst påverkan av eller kännedom om eventuella möjligheter att kunna agera som underleverantörer till andra aktörer.

Eftersom Aleris anbudspriser fastställdes redan den 6 augusti 2008, dvs. innan förhandlingar påbörjades avseende 2008-års samarbetsavtal (det första utkastet skickades

ut den 11 augusti 2008), har Aleris anbudspriser inte till någon del påverkats eller ens kunnat påverkas av samarbetsavtalen.

Konkurrensverket har i målet lagt fram en förklaringsmodell till varför Aleris inte lade vinnande anbud i objekt A, B och D (men väl i E) som går ut på att Aleris relativt högre priser än de som vann upphandlingen i objekt A, B och D förklaras av att Aleris hade ingått två underleverantörsavtal och därför hade incitament att avge ett högt pris.

Denna effekt- eller incitamentsteori faller eftersom Aleris anbudspriser var fastställda innan och oberoende av underleverantörsavtalen.

#### *Effekten av 2008 års tilldelningsbeslut*

Den 18 november 2008, efter SLL:s första tilldelningsbeslut, stod det klart att Aleris inte hade tilldelats något avtal i upphandlingen. Capio, Globen Heart och Medical Support hade inte heller tilldelats något avtal i upphandlingen. Det förhållandet att ingen av parterna i 2008 års samarbetsavtal hade tilldelats något avtal i upphandlingen innebar att parternas syfte med ingåendet av samarbetsavtalen inte hade uppnåtts. Parterna skulle inte kunna erbjuda tjänster inom klinisk fysiologi varken som huvud- eller underleverantör. Konkurrensen från andra aktörer hade varit för hård.

Det förhållandet att Aleris hade blivit utan avtal i upphandlingen bedömdes hota hela verksamheten inom klinisk fysiologi. Aleris satte därför sitt hopp till den överprövning som pågick men där Aleris inte var part.

SLL:s andra tilldelningsbeslut av den 15 september 2009 innebar, förutom att Aleris fick avtal för tjänsteområdet sömn, att Capiro tilldelades avtal inom objekt A och att Globen Heart och Medical Support tilldelades avtal inom samtliga tjänsteområden (objekt A-E). Eftersom Aleris ville erbjuda ett komplett utbud av undersökningar påkallade Aleris, i enlighet med samarbetsavtalen, sin rätt att agera underleverantör i förhål-

lande till Capio, Globen Heart och Medical Support inom de objekt som de bolagen hade tilldelats avtal. Detta var dock långt ifrån en optimal lösning för Aleris.

#### Nackdel att vara underleverantör

Underleverantörskap är förenat med ett antal nackdelar och Aleris ville i första hand agera som huvudleverantör gentemot SLL. Från ett verksamhetsmässigt perspektiv finns det avsevärda fördelar med att vara huvudleverantör i stället för underleverantör. Ett skäl för att sträva efter att bli huvudleverantör är att huvudleverantören får direktkontakt med SLL. Huvudleverantören får delta vid uppföljningsmöten och kan på ett enkelt sätt kommunicera med SLL och få råd och anvisningar om hur verksamheten kan förbättras. SLL gör även besök hos huvudleverantören för att kontrollera att verksamheten bedrivs på ett effektivt sätt. Direktkontakt med SLL värdesätts högt av samtliga aktörer på marknaden för klinisk fysiologi och utgör i sig ett starkt incitament för anbudsgivare att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt. För Aleris var det således väldigt viktigt att ha eget avtal med SLL.

Ett annat viktigt skäl för Aleris att erhålla ett eget vårdavtal grundades på det förhållande att en underleverantör, för sin expansion på tjänstemarknaden, skulle vara beroende av huvudleverantörens godkännande. En huvudleverantör som t.ex. vill byta lokaler eller expandera sin verksamhet till nya lokaler är endast beroende av SLL:s godkännande. En underleverantör som vill utföra samma åtgärd måste däremot be huvudleverantören att ansöka om tillstånd hos SLL på underleverantörens vägnar. Underleverantören kan inte själv ansöka om lokalbyte hos SLL eftersom denne saknar ett eget avtalsförhållande med SLL. Eftersom huvudleverantören utgör en konkurrent till underleverantören på tjänstemarknaden kan det inte utan vidare förutsättas att huvudleverantören bistår underleverantören i dennes expansionsplaner på tjänstemarknaden. Detta förhållande gav Aleris ytterligare incitament att pressa sina anbudspriser för att tilldelas ett huvudleverantörsavtal. Som ett led i denna strävan initierades förvärvssamtal med Globen Heart och Medical Support i juni 2010 om ett eventuellt förvärv av bolagen. Genom att förvärva Globen Heart och/eller Medical Support skulle Aleris

komma ifrån att behöva agera som underleverantör. Dessa förvärvsdiskussioner fördes med vetskap om att Aleris, med stöd av avtalen, kunde påkalla sin rätt att agera som underleverantör åt Globen Heart och Medical Support. De indikativa bud som Aleris den 1 respektive 10 juni 2010 lämnade på Globen Heart och Medical Support ledde inte till någon affär men de visar att Aleris ansåg att det inte var av underordnad betydelse huruvida Aleris agerade som huvud- eller underleverantör.

Globen Heart och Medical Support hade högre priser än Capio i sina avtal med SLL varför Aleris (med SLL:s godkännande) valde att vara underleverantör till dem.

*Undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen*

#### Produktionsförbättring

Det första undantagskriteriet innebär att avtalen objektivt sett ska medföra positiva effekter (förbättrad produktion eller distribution m.m.). SLL:s val att i 2008-års upphandling uppdelade klinisk fysiologi i olika tjänsteområden, där endast två leverantörer skulle tilldelas kontrakt inom varje område, skulle medföra negativa effekter för patienterna. Detta bekräftas av det brev som en av landstingets egna klinikchefer, på uppdrag av övriga klinikchefer, tillsände SLL: "... För patienternas bästa och för smidigaste handläggning av de olika diagnostiska undersökningarna för varje enskild patient är Klinisk fysiologis fortlevnad på hög kompetensnivå nödvändigt. Detta förutsätter ett sammanhållet brett undersökningsutbud, varför uppdelningen av den aktuella upphandlingen i fem block är synnerligen olycklig."

Risken med det av SLL valda sättet att upphandla var således att olika utförare skulle erhålla kontrakt inom de olika objekten. Följden av en sådan fragmentering skulle bli att varje enskild leverantör inte längre kunde erbjuda ett komplett utbud av undersökningar inom klinisk fysiologi. Patienter med behov av undersökningar inom olika objekt skulle därmed behöva besöka flera utförare. Därtill riskerade fragmenteringen att urholka möjligheten för utförarna att upprätthålla en hög kompetensnivå i samtliga

undersökningar inom klinisk fysiologi eftersom utförarna skulle bli begränsade till att endast utföra vissa undersökningar.

För Aleris var syftet med avtalen att mildra dessa negativa effekter. Genom att få möjlighet att agera som underleverantör ökade Aleris möjligheter att få erbjuda ett komplett kliniskt fysiologiskt tjänsteutbud, dvs. ett sådant sammanhållet och brett undersökningsutbud som åsyftas i klinikchefernas brev till SLL. Detta skulle i sin tur motverka ett ökat antal patientbesök. Det skulle även möjliggöra för Aleris att upprätthålla en hög kompetensnivå inom alla undersökningsområden vilket skulle vara till gagn för patienterna. Avtalen skulle även medföra att antalet tjänsteutförare ökade, vilket objektivt sett skulle öka utbudet, valfriheten samt servicen.

Nämnda syften med avtalen förverkligades och såväl Aleris, Capio, Globen Heart som Medical Support har under perioden juni 2010 till halvårsskiftet 2014 kunnat erbjuda ett brett utbud av diagnostiktjänster, vilket direkt har gynnat patienter och remittenter i form av större valfrihet och bättre utbud samtidigt som kostnaderna för SLL har kunnat hållas lägre än vad som hade varit fallet om SLL hade anlitat fler utförare (eftersom underleverantörer levererar till samma pris som huvudleverantören, vars pris uppenbarligen har varit lägre).

Det kan vidare konstateras att konkurrensen svårligen kan öka genom att samma aktör expanderar och öppnar nya mottagningar. En och samma aktörs mottagningar har givetvis inte incitament att konkurrera sinsemellan.

Sammantaget har avtalen objektivt sett bidragit till att förbättra produktionen för tjänster inom klinisk fysiologi. De positiva effekter som kan tillskrivas avtalen består av ett förbättrat tjänsteutbud, ökad kvalitet, utökad kapacitet och tillgänglighet samt större valfrihet för patienter och remittenter.

Att SLL ansett att den struktur på tjänstemarknaden som har gällt sedan juni 2010 har varit god framgår även av hur SLL valt att hantera situationen efter att de i målet aktu-

ella vårdavtalen löpte ut vid halvårsskiftet 2014. I slutet av juni 2014 valde SLL att utan någon föregående upphandling eller annonsering att direkttilldela oinskränkta vårdavtal som således täckte alla objekt inom klinisk fysiologi till de aktörer som under perioden 2010-2014 hade haft vårdavtal med SLL eller som hade varit av SLL godkända underleverantörer.

### Kundnytta

Avtalen har lett till ett utökat tjänsteutbud. Aleris kan t.ex. som en direkt följd av avtalen erbjuda patienter och remittenter undersökningar inom tjänsteområdena A, B och D, vilket inte hade varit möjligt utan avtalen. Avtalen medför även utökad service, i den meningen att fler utövare medför större kapacitet och därmed kortare kötider. Därtill har avtalen medfört större valfrihet för patienter och remittenter.

Samtliga dessa fördelar är till sin natur sådana att de oavkortat kommer konsumenterna till del (utan ökade kostnader för SLL eller patienter).

Avtalen har även lett till att antalet patientbesök minskat vilket varit till fördel för patienterna. En patient som behöver genomgå undersökningar inom flera olika tjänsteområden behöver nu enbart besöka en leverantör och är således inte hänvisad till varje enskild leverantör som tilldelats vårdavtal inom de aktuella objekten.

Det förhållandet att patienter med stöd av avtalen enbart behöver besöka en leverantör oavsett vilka tjänsteområden som berörs har också varit kostnadsbesparande för patienterna. Genom att samla undersökningsuppdragen som behöver utföras i en enda remiss och uppdra åt en leverantör att utföra undersökningarna behöver patienten bara betala en patientavgift.

Undantagskriteriet i 2 kap 2 § konkurrenslagen uppställer inte heller något krav på att effektivitetsvinsterna ska komma samtliga kunder till del. I förevarande fall har det

ökade tjänsteutbudet onekligen kommit ett stort antal patienter till del, utan att försämra tjänsteutbudet för övriga patienter.

### Nödvändighet

Avtalen har objektivt sett varit nödvändiga för att uppnå ett förbättrat tjänsteutbud, ökad kvalitet, utökad kapacitet och bättre tillgänglighet till gagn för patienter och remitter. Frågan är då om det förekommer några begränsningar i avtalen som inte är nödvändiga för att uppnå dessa konstaterade positiva effekter.

Avtalen är inte exklusiva och begränsar i övrigt inte avtalsparternas handlingsfrihet. Vidare har samarbetena inte inneburit något utbyte av prisinformation och därigenom begränsning av priskonkurrens mellan Aleris och dess konkurrenter. Tvärtom, har samarbetena förutsatt att parterna sinsemellan ska konkurrera om uppdragen, såväl inom ramen för upphandlingen som efter upphandlingen när parterna konkurrerar om patienterna. Det kan även konstateras att Aleris anbudspriser togs fram innan avtalen ingicks. Det står därmed klart att Aleris anbudspriser inte påverkades av samarbetena. Inte heller har samarbetena begränsat parternas produktion utan produktionen har tvärtom ökat då t.ex. Aleris har kunnat utföra fler tjänster inom klinisk fysiologi.

Eventuella begränsningar har under alla omständigheter varit nödvändiga för att uppnå målen, dvs. ett förbättrat tjänsteutbud, ökad kvalitet, utökad kapacitet och bättre tillgänglighet.

Att avtalen ingicks före det att anbudstiden gick ut var en nödvändig följd av SLL:s kravspecifikation i upphandlingen. Avtalen har därtill utformats så att parterna innan anbudsinlämningen inte skulle utbyta någon information om anbudspriser. Eftersom den part som sedermera skulle komma att agera underleverantör inte på förhand kunde känna till huvudleverantörens priser till SLL, var det nödvändigt att utforma avtalet på ett sätt som gav underleverantören en rätt, men inte en skyldighet, att leverera till det pris som huvudleverantören hade offererat.

Följaktligen är eventuella konkurrensbegränsningar i avtalen, inklusive tidpunkten för avtalens ingående, nödvändiga för att uppnå de eftersökta positiva effekterna. Det tredje kriteriet i 2 kap 2 § konkurrenslagen är således uppfyllt.

#### Bibehållen (eller ökad) konkurrens

Det kan till en början konstateras att avtalen inte har satt konkurrensen ur spel mellan parterna. Som påpekats ovan har en förutsättning för avtalen varit att parterna fortsatt skulle konkurrera med varandra på såväl upphandlingsmarknaden som tjänstemarknaden. Avtalen har inte omfattat något samarbete kring anbudspriser eller produktionskapacitet. Samarbetena har följaktligen inte satt pris- eller produktionskonkurrensen ur spel.

Om tingsrätten skulle finna att avtalen på något sätt minskat konkurrensen mellan Aleris och Capio respektive Aleris och Globen Heart/Medical Support på upphandlingsmarknaden ska denna minskning sättas i relation till den totala konkurrensen på upphandlingsmarknaden, dvs. det antal anbudsgivare som faktiskt konkurrerade i upphandlingen där endast två anbudsgivare skulle antas. Anbud inkom som tidigare beskrivits från 11 olika anbudsgivare. Av dessa antog SLL två anbudsgivare per objekt, nämligen Gynekologkliniken och Stockholm Heart Center.

Även om tingsrätten skulle finna att avtalen minskat konkurrensen mellan Aleris och Capio respektive mellan Aleris och HKG kan, mot bakgrund av det totala konkurrenstrycket i upphandlingen, en eventuell minskning av konkurrensen mellan avtalsparterna inte ha utgjort en väsentlig del av konkurrensen i upphandlingen.

Konkurrensen mellan Aleris och resterande sju företag har inte påverkats av avtalen. Inte heller påverkas konkurrensen mellan de övriga tio företagen av att Aleris och Capio respektive Aleris och Globen Heart/Medical Support har ingått avtalen. De anbudsgivare som inte deltog i samarbetena har tillsammans tillräcklig kapacitet att flera



gångar om tillgodose SLL:s efterfrågan på undersökningar. Stockholm Heart Center AB kunde t.ex., enligt sitt anbud, på egen hand tillgodose hela SLL:s behov av samtliga objekt inom klinisk fysiologi. Hela marknadsefterfrågan kunde alltså tillgodoses av aktörer som stod utanför avtalen. Även de offentliga aktörerna, dvs. de kliniska fysiologiverksamheterna vid Karolinska sjukhuset, Danderyds sjukhus, Södersjukhuset, Norrtälje sjukhus och Huddinge sjukhus, konkurrerar dessutom på tjänstemarknaden, vilket ytterligare förstärker konkurrensförhållandena.

Avtalen har följaktligen inte satt konkurrensen ur spel för en väsentlig del av upphandlingsmarknaden eller tjänstemarknaden. Det fjärde kriteriet för undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen är således uppfyllt.

### **Capio**

#### *Klinisk fysiologi vid S:t Görans sjukhus*

S:t Görans sjukhus ligger på Kungsholmen. Det är ett av fem akutsjukhus i Stockholms län. De andra är: Danderyds sjukhus, Södersjukhuset, Norrtälje och Södertälje sjukhus samt Karolinska sjukhuset.

Att S:t Görans sjukhus är ett akutsjukhus innebär bl.a. att det hanterar patienter som kräver akut tillsyn och vård, t.ex. operation. S:t Görans sjukhus har en öppen akutmottagning dit man kan söka sig oavsett var man bor eller vilken vårdcentral man är ansluten till.

Det ena huvudsakliga inflödet består av patienter som är akut sjuka och som kommer direkt till sjukhuset på egen hand eller med ambulans. År 2014 tog sjukhuset emot ca 85 000 akutfall, varav 25 000 var s.k. ambulansfall.

Det andra huvudsakliga inflödet av patienter består av de som skickas till sjukhuset på remiss. Det geografiska upptagningsområdet består i: Akalla, Bromma, Ekerö-

Mäläröarna, Husby, Hässelby-Vällingby, Kista, Kungsholmen, Norrmalm, Rinkeby, Spånga, Tensta, Vasastan och Östermalm. I dessa områden bor det ca 350 000 människor. År 2014 tog sjukhuset emot ca 110 000 patienter på remiss.

Totalt blir det ca 195 000 fall och sjukhuset utförde ca 9 000 operationer, varav 4 000 var mer eller mindre akuta.

Sjukhuset är organiserat inom nio kliniker: Akutklinik, Medicinklinik, Ortopedklinik, Kirurgklinik, Anestesiklinik, Smärtklinik, Fysiologisk klinik, ServiceGruppen, och Röntgenklinik. På dessa kliniker finns det 31 olika medicinska specialiteter. Inom vissa bedrivs direkt patientvård medan andra fungerar som stöd- eller support till vårdavdelningarna. Fysiologi- och röntgenkliniken är sådana supportkliniker.

Patienterna kommer alltså till sjukhuset från två håll: akut och på remiss. Av de som kommer på remiss remitteras en del till vårdavdelningarna, t.ex. sådana som ska genomgå en operation, medan andra remitteras direkt för en viss undersökning, t.ex. inom klinisk fysiologi.

SLL:s upphandling år 2008 avsåg remisspatienter som skickas direkt till den fysiologiska kliniken från en vårdcentral. Det finns även patienter som kommer till den fysiologiska kliniken från någon av sjukhusets andra vårdavdelningar, t.ex. akut intagna patienter, patienter som ska genomgå operation eller som genomgår en specialistundersökning inom ett annat område, t.ex. kardiologi.

Till fysiologikliniken kommer alltså patienter från sjukhusets övriga avdelningar eller direkt på remiss från en vårdcentral. Den första kategorin kan benämnas sjukhuspatienter och den andra för remisspatienter. Remisspatienterna omtalas ibland som FUMS-patienter, vilket står för ”Faktureringsunderlag medicinsk service” (SLL:s ersättningssystem).

*Klinisk fysiologi*

Klinisk fysiologi, dvs. sådan fysiologi som bedrivs på klinik, är en förhållandevis ung disciplin. Det är en diagnostisk medicinsk specialitet som karakteriseras av mätning, analys och bedömning av fysiologiska och patofysiologiska förlopp (läran om hur kroppen fungerar under sjukdom) hos en patient genom funktions- och bildgivande undersökningsmetoder. Funktionsundersökningar kan inriktas på blodflöden i hjärta/blodkärl som vid ekokardiografi eller kärlsonografi, elektrisk aktivitet (t.ex. EKG), blodtryck, luftflöden eller olika rörelser, hastigheter eller metabolism som kan värderas genom avbildning med t.ex. ultraljud eller magnetkamera. Att utföra undersökningarna inom klinisk fysiologi förutsätter ingående kunskap om mätutrustning, bild- och signalbehandling och diagnostiska resonemang, liksom bakomliggande fysikaliska, tekniska, matematiska och statistiska principer. Det krävs inte enbart en skicklig doktor utan även ett stort tekniskt kunnande. De apparater som används för undersökningar kostar ofta långt över en miljon kr och det tar mycket lång tid att lära sig att använda dem.

Klinisk fysiologi kan delas upp i ett antal underdiscipliner eller specialområden – objekt – såsom skedde i 2008 års upphandling. Varje specialområde kan i sin tur delas upp i undersökningar. Vissa undersökningar är väldigt vanliga, t.ex. EKG, och andra är ovanliga, s.k. sällan-undersökningar. Det är en disciplin som präglas av snabb förändring, dels tekniskt, dels medicinskt, och specialister inom disciplinen måste hålla sig à jour med utvecklingen.

På ett sjukhus måste man ha kompetens inom klinisk fysiologi. Liksom röntgen är det en supportverksamhet, dvs. den fysiologiska kliniken hjälper de övriga sjukhusklinikerna med undersökningar. Den fysiologiska kliniken upprätthåller också jour i syfte att kunna utföra bråttomundersökningar, t.ex. vid blodpropp eller stroke. I de fallen hinner man inte flytta patienten till den fysiologiska kliniken utan läkare/BMA får springa till akutavdelningen och ta med sig mobil utrustning. Kompetensen måste alltså finnas på sjukhuset.

Inom klinisk fysiologi arbetar såväl specialiserade läkare som biomedicinska analytiker, dvs. BMA. En undersökning går normalt till så att patienten träffar antingen en BMA eller både en läkare och en BMA. En vanlig undersökningsmetod, t.ex. med ultraljudsapparat, går till så att man med hjälp av en sond som man för över t.ex. hjärtat/bröstkorgen försöker skapa en bild av hjärtat.

#### *Utbildning av kliniska fysiologer*

Såväl specialistläkare som BMA arbetar på den fysiologiska kliniken. Båda kategorier kräver specialutbildning för att arbeta med klinisk fysiologi. Förutom de som är specialister inom klinisk fysiologi finns även läkare inom andra specialiteter, främst kardiologi, som har behov av utbildning inom klinisk fysiologi.

Det krävs en lång utbildning för att bli specialist inom klinisk fysiologi. Förutom universitetsutbildning på fem år krävs allmäntjänstgöring (s.k. AT-tjänstgöring) på två år för att få legitimation. Efter AT-tjänstgöringen kan specialistutbildning påbörjas (s.k. ST-tjänstgöring). Den utbildningen sker genom att man arbetar som vanligt under överinseende av en specialistläkare i fem år och fullgörs på en fysiologisk klinik på ett sjukhus. När det gäller BMA utbildas dessa inom ramen för ett treårigt högskoleprogram. Det brukar därefter ta ca tre år innan man är fullt igång som BMA.

Det är inte bara ST-läkare med inriktning mot klinisk fysiologi som ska utbilda sig inom klinisk fysiologi. Även s.k. randande kardiologer, dvs. ST-läkare under utbildning till kardiologer, behöver utbildning inom vissa moment av klinisk fysiologi, framför allt undersökningar som rör hjärtfunktion. Det krävs ca sex månaders specialistutbildning innefattande daglig genomgång av undersökningsresultat för en läkare med en närliggande specialitet, som kardiologi, för att förstå och tolka undersökningsresultat. Det räcker inte med medicinsk kunskap om hjärtat utan man måste lära sig själva undersökningarna.

S:t Görans sjukhus är ett av de tre akutsjukhus i Stockholms län där utbildning av specialister inom klinisk fysiologi bedrivs och där t.ex. kardiologer har möjlighet att komplettera sin utbildning med hjärtundersökningar. De andra är Danderyds sjukhus och Södersjukhuset.

Stockholm Heart Center, Aleris och HKG utbildar alltså inte ST-läkare, vilket är ett problem då utbildningsåtagandena skulle behöva följa med undersökningsvolymerna.

Sjukhus- och remisspatienterna skiljer sig åt väsentligt. Sjukhuspatienterna är ofta sjuka på många olika sätt, dvs. de har en sammansatt patologi eller sjukdomsbild, är ofta sängliggande och behöver inte sällan hanteras akut. De är också genomgående allvarligt sjuka. Remisspatienterna kan oftast ta sig till kliniken själva och har en måttlig eller lätt patologi. Även remisspatienterna som kommer till S:t Görans sjukhus är dock ofta i ”sämre skick” än remisspatienter som kommer till privata fysiologlabb. Skälet är att en remitterande läkare typiskt sett remitterar de svagare patienterna till S:t Görans sjukhus eftersom det är ett akutsjukhus inrättat för att ta emot alla patienter, t.ex. rullstolsbundna. De är också sjuka på olika sätt, dvs. behovet av olika undersökningar varierar mellan patientgrupperna. Vissa typer av undersökningar förekommer i princip inte bland remisspatienterna eftersom de aldrig är så sjuka. På motsvarande sätt finns det undersökningar som i princip inte görs på sjukhuspatienterna. Det innebär i sin tur att för att utbilda sig inom klinisk fysiologi måste man vara på ett akutsjukhus eftersom det bara är där man kan få se hela spektrumet av diagnoser och undersökningar. Den utbildning av kliniska fysiologer som bl.a. S:t Görans sjukhus tillhandahåller kan därmed inte göras hos t.ex. Aleris.

Utbildning för Danderyds sjukhus och Södersjukhuset beslutas inom SLL. Capio har ett övergripande utbildningsuppdrag. Det är fastställt i det vårdavtal som har ingåtts för driften av S:t Görans akutsjukhus mellan SLL-HSF (Hälso- och sjukvårdsförvaltningen) och Capio. Åtagandet i detta avtal gentemot SLL är inte specificerat till vissa volymer eller vissa medicinska specialiteter. Åtagandet fastställs för varje år genom en överenskommelse mellan SLL-LSF (Landstingsstyrelsens förvaltning) och den medi-

cinska ledningen för S:t Görans sjukhus mot bakgrund av utbildningsbehovet för specialistläkare och antalet BMA-studenter under högskoleutbildning i Stockholm. Det är alltså fråga om en slags förhandling varje år som bygger på att Capio tar sitt ansvar för utbildningen inom SLL.

#### *Behovet av volymer*

De kliniska fysiologer som arbetar och utbildas på S:t Görans sjukhus, liksom de som arbetar och utbildas på Danderyds sjukhus och Södersjukhuset, kommer i kontakt med både akutsjukhus- och remisspatienterna. År 2008, dvs. vid tiden för upphandlingen, genomfördes totalt 19 053 undersökningar inom klinisk fysiologi på S:t Görans sjukhus. 56 procent av undersökningarna var akutpatienter medan 44 procent kom från remisser. År 2014 utfördes totalt 17 594 undersökningar, varav 63 procent kom från sjukhuset och 37 procent från remisser. Siffrorna är framtagna av R.C..

Det finns huvudsakligen tre skäl till varför S:t Görans sjukhus behöver remissvolymer, dvs. volymerna från 2008 års upphandling.

Det *första* skälet är att volymerna behövs för att upprätthålla läkarnas och BMA:s kompetens och alltså säkerställa adekvat vård av patienterna. Behovet av volymer är olika för olika typer av undersökningar. När det gäller de vanliga undersökningarna, t.ex. EKG, är volymerna stora och man kan kanske tro att man skulle klara sig även utan remisspatienterna. Den tekniska utvecklingen går dock väldigt fort. Eftersom arbetet till stor del går ut på att använda och tolka resultat från olika apparater, behöver man hålla sig à jour, dvs. när det kommer en ny apparat eller ny mjukvara behöver man lära upp sig och då behövs stora volymer undersökningar. När det gäller sällanundersökningarna säger det sig självt att man riskerar att tappa kompetensen i undersökningar som man bara utför en eller ett par gånger om året.

Samma skäl gör sig gällande i utbildningshänseende, som är det *andra* skälet. Om S:t Görans sjukhus inte erhöll öppenvårdsvolymer inom klinik fysiologi skulle volymerna

vara otillräckliga för utbildningssyften och alla typer av undersökningar skulle inte förekomma vid kliniken, vilket är nödvändigt för att kunna bedriva utbildning.

Följden av uteblivna öppenvårdsvolymer skulle sannolikt bli att S:t Görans sjukhus nödgades lägga ner utbildningen inom klinisk fysiologi. Det skulle inte innebära att Capio bröt mot sina avtalsenliga åtaganden gentemot SLL men det skulle innebära ett stort avbräck för utbildningen inom klinisk fysiologi i Stockholms län, vilket vore problematiskt eftersom det redan råder brist på specialister inom klinisk fysiologi.

Slutligen finns det ekonomiska effektivitetsskäl för S:t Görans sjukhus att även ha remisspatienter. S:t Görans sjukhus måste ha en fysiologisk klinik och att då inte utnyttja den även för remisspatienter vore slöseri med resurser eftersom de fasta kostnaderna är stora. Om de kan fördelas på flera patienter uppstår effektivitetsvinster.

Det blir mycket dyrt för S:t Görans sjukhus att endast ha sjukhuspatienter även av andra skäl. Dessa patienter är ca 50 procent dyrare än remisspatienterna eftersom de ofta har en komplex sjukdomsbild. Den kostnaden övervältras på SLL. Det förhållandet att sjukhuspatienterna är mycket dyrare innebär också svårigheter för S:t Görans sjukhus att konkurrera med fysiologlabben Aleris, Stockholm Heart Center och HKG som har relativt okomplicerade patienter.

#### *Sammanfattning - volymerna*

Den fysiologiska klinikens behov av volymer är bakgrunden till, och kärnan i, avtalet mellan Aleris och Capio. Volymbehovet betingas av att Capio S:t Görans sjukhus är ett akutsjukhus. Ett akutsjukhus måste ha en bred kompetens inom klinisk fysiologi för att kunna säkerställa en god kvalitet på vården. Dessutom har Capio S:t Görans sjukhus ett åtagande mot SLL, som innebär att man i likhet med andra akutsjukhus, men till skillnad från privata fysiologlabb, ska utbilda läkare och BMA. S:t Görans sjukhus har dessutom patienter med en annan och mer komplicerad sjukdomsbild än de privata fysiologlabben. Behovet av volymer är bakgrunden till hur S:t Görans sjukhus – och

SLL – konsekvent har agerat vad gäller de två upphandlingar som genomförts inom klinisk fysiologi inom SLL, dvs. år 2003 och år 2008.

### *2003 års upphandling*

År 2003 var första gången som tjänster inom klinisk fysiologi upphandlades av SLL. Innan dess hade SLL direkttilldelat volymer. År 2003 var andelen sjukhuspatienter, de s.k. slutenvårdsvolymer, mindre än vad de är idag. Sjukhuset har idag ca 60 procent sjukhuspatienter och år 2003 var det ca 40 procent av genomförda undersökningar som kom från slutenvården.

I upphandlingen år 2003 deltog inte endast privata aktörer utan även SLL:s egna sjukhus. Utöver Capio och Aleris (då Fysiologlab) deltog bl.a. Huddinge sjukhus, Karolinska universitetssjukhuset, Södersjukhuset och Danderyds sjukhus.

Även idag finns kompetens inom klinisk fysiologi hos såväl privata som landstingsägda aktörer. På Vårdguidens hemsida listas alla aktörer som utför tjänsterna, oavsett om de är huvud- eller underleverantörer, privata eller offentliga. Att finnas på listan är ett krav för att överhuvudtaget få öppenvårdsvolymer.

En skillnad i förutsättningar inför upphandlingen år 2003 var vilka kostnader aktörerna skulle kalkylera med i anbudet i och med att verksamheterna såg olika ut. Ett akutsjukhus har dels öppenvårds-, remiss- eller FUMS-patienter, dels sjukhuspatienter från slutenvården. Kostnaderna för sjukhuspatienter är som redovisats i regel betydligt högre. En tumregel är att sjukhuspatienterna är ungefär 50 procent dyrare än öppenvårdspatienterna.

Samma förutsättningar gäller inte för privata fysiologlabb. De har endast öppenvårdspatienter och tar i regel inte emot de allra sjukaste patienterna. De öppenvårdspatienter som kommer till sjukhuset är dessutom i regel sjukare än öppenvårdspatienterna som kommer till privata kliniker. Kontentan är att enklare patienter är billigare än



svåra. Priserna kan därför hållas nere. Sjukhus och fysiologlabb konkurrerar i det avseendet inte på lika villkor.

När Capio tog fram anbudet år 2003 kalkylerade man utifrån den faktiska kostnadsbildden, som var hög på grund av slutenvårds- eller sjukhuspatienterna. Capio tittade på vad undersökningarna kostade och offererade ett snittpris i upphandlingen.

Capio tog det närmast för självklart att man skulle tilldelas volymer från SLL. För Capio var det en medicinsk omöjlighet att inte ha FUMS-volymer och man hade inte förstått att upphandlingsregelverket skulle kunna äventyra verksamheten. Tilldelningsbeslutet kom därför som en överraskning. Capio hade inte tilldelats några volymer utöver ett mindre område, som är det som benämns sluten geriatrisk och psykiatrisk vård inom sjukhusområdet, samt två andra mindre områden, perifer cirkulationsdiagnostik (t.ex. proppar) och övrig klinisk fysiologi (blodanalyser, njurar, mage/tarm). Capio fick ingen tilldelning inom de för sjukhuset fundamentala områdena; hjärta och lungor.

Danderyds sjukhus fick samma begränsade tilldelning som Capio. Två akutsjukhus stod därmed utan volymer, dvs. två av tre som bedrev utbildning inom klinisk fysiologi. Det var en ohållbar situation för S:t Görans sjukhus, men också för SLL.

### *Efterspelet*

Det faktum att S:t Görans sjukhus stod utan tillräckliga volymer hotade existensen av avdelningen för klinisk fysiologi och, därmed, hela S:t Görans akutsjukhusuppdrag. Capio var därför mycket angeläget om att få till stånd en diskussion med SLL. Att stå helt utan öppenvårdsvolymer var inte ett alternativ. Detsamma var fallet för Danderyds sjukhus. Det fanns dock en viktig skillnad; huvudmannskapet.

Danderyds sjukhus drivs av SLL. Den praktiska konsekvensen av det är att SLL kan direkttilldela volymer till Danderyds sjukhus. Så skedde också i det här fallet. SLL utökade avtalet med Danderyds sjukhus till att omfatta öppenvårdsvolymer. SLL till-

delade Danderyds sjukhus vissa basvolymerna för att det även skulle kunna ta emot öppenvårdspatienter från externa vårdgivare och kunde på det sättet tillgodose Danderyds sjukhus behov av öppenvårdsvolymer.

Capio landade mellan två stolar. Det var svårt att priskonkurrera i upphandlingen med privata fysiologlabbs eftersom man hade svårare patienter med dyrare undersökningar. Det hade även övriga akutsjukhus men de kunde få direkttilldelning. Capio var tvunget att hitta en annan lösning.

Chefsläkaren på S:t Görans, P.A.D., tog kontakt med SLL, genom avdelningschefen O.O.. Kontakten skedde i form av ett brev daterat den 12 november 2003. I brevet beskrivs utförligt de omedelbara konsekvenserna av tilldelningsbeslutet och av brevet framgår bl.a. att Capio skulle få mycket svårt att upprätthålla en effektiv klinisk fysiologi till rimlig kostnad med aktuell volymminskning. Brevet följdes upp vid ett möte mellan SLL och Capio den 4 december 2003. SLL och Capio var överens om att det inte var hållbart att S:t Görans sjukhus skulle stå utan öppenvårdsvolymer.

SLL och Capio diskuterade en lösning som gick ut på att Capio kunde agera underleverantör till en annan aktör, som hade tilldelats volymer i upphandlingen.

En första åtgärd var dock att ge Capio direkttilldelning av volymer från samtliga kliniker på sjukhusområdet, även öppenvårdspatienter inom geriatrik och psykiatri. SLL förlängde också existerande avtal i tre månader som en preliminär lösning. SLL erbjöd även ytterligare förlängning. Capio hittade dock en lösning med Aleris och kunde leverera under Aleris avtal.

SLL medgav att Capio fick bli Aleris underleverantör den 22 april 2004. För det betalade SLL samma pris som enligt Aleris avtal. Aleris svarade för Capios arbete såsom för sitt eget.

L.L. på SLL skickade över ett tilläggsavtal till E.T. på Capiro den 26 maj 2004. Innebörden av följemailet är att SLL anger den övergripande innebörden av avtalsrelationen SLL/Aleris och vad underleverantörsskapet innebär; ”Landstinget köper tjänsterna av Fysiologlab till de priser som finns avtalade mellan SLL och Fysiologlab. Förhållandet Fysiologlab – S:t Görans får således regleras er emellan”. Av mailet framgår tydligt att SLL inte hade något intresse av parternas inbördes avtalsrelation – den fick parterna reglera själva. SLL hade inte heller något problem med att Aleris ”delade med sig” av möjligheten att få volymer till Capiro. Priset var detsamma.

#### 2003 års avtal

2003 års avtal ingicks den 22 december 2003 och upprättades med biträde från advokater vid Linklaters advokatbyrå i Stockholm. Av punkt 1.4 framgår dess syfte: bl.a. att ”ömsesidigt erbjuda patienterna bättre tillgänglighet (kortare väntetider) och fullständiga vårdkedjor inom områdena klinisk fysiologi, kardiologi”. I avtalet anges att tjänsterna som S:t Görans sjukhus bidrar med kommer att utgöra en ”förstärkning, geografisk breddning och ett komplement till den verksamhet som bedrivs inom Fysiologlab”.

Avtalet medförde inte någon garanti för volymer, vilket följer av punkten 3.4. Som redovisats styrs volymerna av remitterande läkare och inte av det företag för vilket man agerar underleverantör. Några volymer kan därmed inte garanteras. Genom avtalet fick Capiro vara med bland de företag som remitterande läkare kunde remittera till, vilket var tillräckligt för att tillförsäkra Capiro en chans att få erforderliga volymer.

Av punkten 9.1 framgår den ersättning som Capiro skulle betala till Aleris. Den uppgick till tio procent, dvs. Aleris skulle till Capiro betala 90 procent av det belopp som Aleris debiterade SLL. Nämnda tio procent skulle täcka administrativa kostnader för Aleris. Aleris befann sig i ett bra förhandlingsläge och kunde kräva tio procent eftersom Aleris hade volymer. För Capiro fanns det inte några andra alternativ.

Avtalet tillämpades fram till dess att upphandlingen år 2008 vann laga kraft.

Det i målet aktuella avtalet mellan Capio och Aleris grundar sig sammantaget i avtalet från år 2003, som kom till efter en diskussion med SLL och som syftade till att säkerställa att S:t Görans sjukhus fick volymer som var erforderliga för att bedriva verksamheten vidare. 2003 års avtal tillkom för att lösa ett problem, dvs. att upphandlingsregelverket leder till orimliga konsekvenser för ett privatägt akutsjukhus.

#### *2008 års upphandling*

Under våren/sommaren 2007 hade SLL förlängt 2003 års avtal så långt det gick. Det stod klart att det skulle bli en ny upphandling under år 2008. SLL fattade beslut om att akutsjukhusen inte skulle delta i upphandlingen. De skulle i stället direkttilldelas erforderliga volymer i efterhand till det lägsta pris som upphandlingen hade resulterat i. Skälen för detta framgår bl.a. av ett tjänsteutlåtande.

För S:t Görans sjukhus uppkom återigen frågan – hur skulle S:t Görans sjukhus behandlas, som ett akutsjukhus eller som ett privat fysiologlabb? S:t Görans sjukhus ville få samma villkor som andra akutsjukhus eftersom man hade samma behov och samma medicinska åtaganden. PA.D. på Capio skickade ett mail till SLL den 12 juni 2008 och beskrev Capios behov av direkttilldelning. Han hänvisade till ”såväl praktiska kliniska som undervisningsskäl, patienttillgänglighetskäl och konkurrensneutralitetsskäl”.

#### *Förfrågningsunderlaget*

Förfrågningsunderlaget fastställdes vid ett sammanträde i maj 2008. SLL hade dessförinnan konsulterat de etablerade aktörerna inom området. De hade framfört att uppdelningen i objekt var olycklig ur ett medicinskt perspektiv.

Det finns flera skäl till varför en sådan uppdelning inte var lämplig. För det första finns det en grupp patienter som behöver utföra fler än en undersökning samtidigt. Om undersökningarna faller inom olika objekt och det är olika utförare av de olika objekten måste patienterna slussas runt till olika vårdgivare. Enligt Konkurrensverket rör det sig om mindre än fem procent av undersökningarna. I absoluta termer är det dock fråga om flera tusen patienter. Det är även fråga om de allra sjukaste patienterna.

Det andra skälet är utbildning och kompetens. När Konkurrensverket hävdar att förfrågningsunderlaget utformades på ett bra och från medicinsk synpunkt lämpligt sätt hänvisar Konkurrensverket till vad SLL har åberopat i en dom i länsrätten.

Att uppdelningen var ett problem påpekades under upphandlingen av specialsakkunniga ("spesak") läkaren M.L.. En spesak väljs som expert inom sin medicinska specialitet. Spesak väljs utifrån sitt professionella kunnande, sin förankring i vården och ett objektivt förhållningssätt. De specialsakkunniga läkarna ingår i ett specialitetsråd som rådger SLL i olika frågor. I brevet skriver M.L. bl.a. följande. "För patienternas bästa och för smidigaste handläggning av de olika diagnostiska undersökningarna för varje enskild patient är klinisk fysiologisk fortlevnad på hög kompetensnivå nödvändigt. Detta förutsätter ett sammanhållet brett undersökningsutbud, varför uppdelningen av den nu aktuella upphandlingen i fem block är synnerligen olycklig."

SLL var medvetet om de negativa effekter en uppdelning kunde ha från medicinsk synpunkt men de ekonomiska fördelar man trodde skulle följa med en uppdelning – möjlighet att kunna konkurrensutsätta enskilda objekt – vägde över. SLL var dock medvetet om problematiken och ansåg redan från början att möjligheten att agera underleverantör kunde vara ett sätt att komma runt problemet med uppdelningen.

Det blev en uppdelning per objekt trots protesterna. SLL ville teckna avtal med de två anbudsgivarna med lägst totalpris för respektive objekt. Det framgår bl.a. av Hälso- och sjukvårdsnämndens mötesprotokoll och av förfrågningsunderlaget.

Ett av skälen till att teckna avtalet med Aleris var att skaffa leveranskapacitet vilket behövdes för att kunna lägga anbud på så stora volymer som Capiro uppfattade att SLL krävde. Eftersom SLL bara ville ha två leverantörer var Capiro tvunget att lämna anbud på halva kapaciteten för att komma ifråga.

Konkurrensverket har gjort gällande att det framgår av förfrågningsunderlaget att anbud skulle antas till dess att den efterfrågade kapaciteten var täckt. I realiteten förhöll det sig dock annorlunda. I ett tjänsteutlåtande från SLL står bl.a. följande: ”Förfrågningsunderlaget består av fem objekt (A-E). För objekt A som har den största volymen undersökningar föreslås två leverantörer att antas, för övriga objekt föreslås en leverantör per objekt antas. Det innebär att det blir minst två och maximalt sex antagna leverantörer.”

Det finns ett flertal faktorer som visar att Capiro utgick från att det var två leverantörer som skulle antas.

För det första är det i förfrågningsunderlaget angivet att avtal skulle tecknas med två anbudsgivare per objekt. Budskapet, dvs. att endast två leverantörer skulle antas, gavs också muntligen vilket framgår av minnesanteckningar från ett klinikscheffsmöte den 12 juni 2008.

För det andra ville SLL inte ha ett lapptäcke av leverantörer att hantera. En sådan lösning skulle innebära såväl praktiska besvär som administrativa merkostnader för SLL. Detta antagande var också kommersiellt betingat. Det är billigare för SLL att anta två huvudleverantörer, varvid den ene har en underleverantör som för SLL är lika billig som huvudleverantören, än att anta tre huvudleverantörer där den som kommit på tredje plats i anbudsutvärderingen är dyrare för SLL än de två andra.

För det tredje innebär större volymer skalfördelar och därmed lägre priser. Det framstod alltså som logiskt från SLL:s perspektiv att anta endast två leverantörer.

För det fjärde tyder det faktum att underleverantörer tilläts i upphandlingen, trots att man enligt förfrågningsunderlaget fick lägga anbud på så små volymer som man önskade, på att SLL hellre såg att få leverantörer antogs som i sin tur anlidade underleverantörer, än att SLL skulle behöva anta ett stort antal leverantörer för att nå upp till önskade volymer.

För det femte antogs vid det första tilldelningsbeslutet endast två leverantörer per objekt. Det var också så aktörerna hade uppfattat SLL. Capio, Aleris, HKG och SHC lämnade alla anbud på hela volymerna.

Även om det går att överklaga tilldelningsbeslut vill man av naturliga skäl undvika en process mot SLL, som är den ende köparen av tjänsterna i fråga. Capio måste ha en god relation med SLL och det får man genom att ha ett eget kontrakt med SLL. Det var också en av de stora fördelarna med att vinna i upphandlingen jämfört med att agera underleverantör. Med ett eget kontrakt sitter man med vid möten, diskussioner, ser nya affärs- och utvecklingsmöjligheter osv.

Inför upphandlingen år 2003 behandlades inte frågan om underleverantörer särskilt utan det var en lösning som kom till för att komma till rätta med de problem som hade uppstått efter tilldelningsbeslutet. Inför upphandlingen år 2008 reglerades frågan i förfrågningsunderlaget, av vilket det framgår att det var ett skall-krav att ange potentiella underleverantörer. Det ställdes även frågor om detta under upphandlingen. SLL:s svar gick inte att förstå på annat sätt än att underleverantörer skulle anges och att det inte fanns utrymme för att anta underleverantörer i efterhand, till skillnad från vad SLL hade sagt på klinikchefsmötet. Capio fann det därför nödvändigt att lösa underleverantörsfrågan innan upphandlingen vilket framgår bl.a. av mail från E.T. till A.J.-D..

*Capios anbud*

Frågan om ett underleverantörsavtal med Aleris var frikopplat från Capios arbete med anbudet. Bakgrunden till anbudsarbetet var 2003 års upphandling. Skälet till att Capiro då inte fick några volymer var att man hade beräknat priset utifrån kostnad för snittpatienterna och eftersom dessa innefattar sjukhuspatienterna blev det dyrt – och anbudet för högt, i förhållande till fysiologlabben, som hade lägre kostnadsbild. Arbetet inriktades därför mot att försöka separera sjukhuspatienterna från remisspatienterna och att bara räkna på de senare. Det var svårt eftersom den interna kostnadsredovisningen inte gjorde skillnad mellan sjukhus- och remisspatienter.

Inledningsvis övervägde Capiro att starta ett eget, externt, fysiologlabb, motsvarande Aleris eller Stockholm Heart Center. Det var en drastisk åtgärd för att rädda den fysiologiska kliniken. Syftet var att kunna konkurrera på lika villkor genom att få samma typ av patienter. Capiro övergav dock tanken på att starta ett eget fysiologlabb. De planer man hade, bl.a. på en sådan klinik i Bromma, fick negativt besked från SLL. Eftersom man inte skulle kunna bygga upp egen kapacitet för att hantera de volymer SLL efterfrågade var man tvungen att säkerställa volymerna på annat sätt.

Som tidigare redovisats var man inte garanterad en viss volym om man vann i upphandlingen. Om man vann hamnade man på nämnda lista. Samtidigt åtog man sig gentemot SLL att utföra ett visst antal undersökningar, dvs. man garanterade volymen. Den garantin var man tvungen att leva upp till. Om det blir två som vinner och den ene leverantören har stor kapacitet kanske det inte gör något att den andre inte kan leva upp till sitt åtagande. Kötiderna hos den förstnämnde kommer att vara korta och remisserna kommer att fortsätta gå dit, dvs. man slipper leva upp till sitt åtagande. Capiro ville dock vara säkert på att kunna leverera den kapacitet man offererade. Det var ett av flera skäl till att man ville knyta Aleris till sig.



Capios anbudsarbete kan hänföras till främst tre olika skeden: (i) uppskattning av kostnader, (ii) lägga på en rimlig marginal och (iii) justera det framräknade priset efter förväntad konkurrens.

Konkurrensverket har gjort gällande att Capio hade höga vinstmarginaler i upphandlingen och därmed kunde ha lagt ett lägre anbud. De handlingar som har legat till grund för Konkurrensverkets beräkning/sammanställning av Capios vinstmarginaler fanns i en mapp på E.T. rum när gryningsråden genomfördes. Mappen innehöll bl.a. två versioner av en konkurrensöversikt med olika anbudspriser. Det finns dock många fler. Capio har gett in två och Konkurrensverket har gett in en. Konkurrensverket har inte frågat Capio om vad handlingarna betyder och har i flera avseenden missuppfattat innehållet.

Capios anbudsarbete inleddes med en inventering av den befintliga verksamheten. Åberopat underlag innehåller bl.a. en matchning av Capios anbud år 2008 med den befintliga verksamheten. Av underlaget framgår även vilka vinster Capio gjorde på 2003 års avtal. Konkurrensverket har gjort gällande att Capios beräkningar innefattar alla overheadkostnader. Det stämmer inte. Beräkningarna saknar sjukhusets overheadkostnader, dvs. sådana kostnader som är gemensamma för hela sjukhuset.

Sjukhusets overheadkostnader består av: ekonomiavdelningen, HR, IT, Chefläkaravdelningen, Forskningsavdelningen, Redovisningsavdelningen, Katastrofberedskap, Inköpsavdelningen och Sjukhusstaben. Overheadkostnaderna uppgår till 12 procent, dvs. dessa extra kostnader ska läggas på alla beräkningar. Om man t.ex. lägger 12 procent på vinstmarginalen på 0,3 procent blir det förlust år 2007. Fysiologiska kliniken har aldrig varit en bra affär för S:t Görans sjukhus. I verksamheten år 2007 som man hade som referens vid anbudet var kostnaden per undersökning i snitt 1 806 kr, men det man räknade på i anbudet var endast 973 kr, nästan hälften. Antal undersökningar per anställd år 2007 var 510, men i anbudet räknade man på att utföra 1 214 undersökningar per anställd och år. Alltså ett antagande om en dramatisk produktivitetsförbättring.

Det första steget i anbudsarbetet var det viktigaste och svåraste. Capiro insåg snabbt att för att konkurrera med fysiologlabben måste man ha samma kostnadsbild och separera sjukhuspatienterna från remisspatienterna och bara räkna på remisspatienterna. Eftersom man inte hade någon statistik bara över remisspatienter var man tvungen att göra antaganden om dem. Det var N.S., läkare och chef för den fysiologiska kliniken, som gjorde det arbetet. Han hade bl.a. att ta ställning till vilken produktivitet som var realistisk att räkna med, dvs. hur många undersökningar kan man räkna med per läkare och per BMA per tidsenhet, hur många undersökningar om dagen, i timmen? Vilka undersökningar kräver stor läkarinsats, vilka kan BMA göra själva? N.S. gjorde det för varje objekt/undersökning. Hans främsta intresse var att bibehålla den fysiologiska kliniken på S:t Görans sjukhus med ett brett undersökningsutbud. Han var väl medveten om att priserna behövde pressas rejält för att S:t Görans sjukhus skulle vara tillförsäkrat volymer. De antaganden han gjorde om produktivetsförbättringar var optimistiska och innebar i själva verket en fördubbling av produktiviteten. Capiro satsade alltså på stora egna volymer och lade även en sådan kalkyl till grund för anbudet.

Av kalkylen för objekt A får man ett begrepp om hur kalkylerna gjordes. Efter att Capiro hade gjort antaganden om produktivitet räknade man på kostnader över lag. Sedan räknade man på avkastning och fastställde priser. Inom Capiro finns det koncerninterna krav på avkastningens storlek och de är mellan fem och tio procent. Capiro räknade dock med att man skulle behöva gå under det. Av kalkylen framgår att den förväntade avkastningen på objekt A var 15,8 procent. Den innefattar alltså inte nämnda overheadkostnader. Efter avdrag för sådana kostnader uppgår avkastningen till 3,8 procent, vilket är förhållandevis dåligt. Vad gäller objekt lunga var utsikterna ännu sämre. Om man till det lägger att antagandena om produktivitet var optimistiska är kalkylen i praktiken en förlustkalkyl. Objekt D hade Capiro redan vunnit i upphandlingen år 2003 och trodde sig därför ha lägre priser än konkurrenterna. Det fanns även en förhoppning om att genom objekt D kunna uppväga förluster på andra objekt. På objekt E, söm-

napné, hade Capio räknat på en marginal om 34 procent före overheadkostnader, men objekt E var oviktigt för akutsjukhusverksamheten.

När man har så små marginaler är de två procent man skulle få av en underleverantör mycket värda. På de volymer som underleverantören levererar blir avkastningen på objekt A 5,8 procent i stället för 3,8 procent. Det är en förbättring av avkastningen, alltså en ökning av vinsten, med ca 52 procent. Eftersom det var Aleris – en mycket större leverantör – skulle påslaget kunna uppkomma för merparten av undersökningarna.

Det finns inte någon beräkning av vad det förväntade utfallet av att vara underleverantör skulle vara. Capio räknade inte på det och det fanns inte med som ett ekonomiskt alternativ. Syftet med möjligheten att kvalificera sig som underleverantör var inte heller kommersiellt utan att säkra volymer till kliniken.

Det sista ledet i anbudsarbetet var att kontrollera hur priset skulle stå sig mot konkurrenterna. Capio kartlade den förväntade konkurrensen och hur Capios anbudspriser skulle stå sig mot konkurrenternas priser, dvs. de konkurrenter som hade priser för tjänsterna i fråga och som man kunde jämföra sig med.

Capio räknade med att man skulle möta konkurrens även från icke-etablerade konkurrenter. Det är mycket vanligt att nya aktörer aspirerar på att leverera till SLL, och att det i SLL:s upphandlingar därmed inkommer anbud från nya och icke-etablerade leverantörer. Flera av de inom klinisk fysiologi icke-etablerade leverantörer som lämnade anbud i upphandlingen hade också deltagit framgångsrikt i andra upphandlingar under åren som föregick upphandlingen. Som exempel kan nämnas:

- Vid SLL:s upphandling av tjänster inom somatisk specialistvård år 2005 inkom anbud från inte mindre än 26 anbudsgivare. En av dessa anbudsgivare var Storcken AB, numera Avesina, som vann ett av objekten.

- Storcken AB/Avesina vann också upphandlingen av tjänster inom basal hörselrehabilitering (dvs. utprovning av hörapparat) år 2007, trots att bolaget saknade tidigare erfarenhet inom detta område.
- Även Gynekologkliniken (numera Cevita Care AB) hade tidigare deltagit i upphandlingar trots att bolaget saknat erfarenhet inom just den specialitet som upphandlades. Härvid kan nämnas 2007 års upphandling inom gastrointestinal endoskopi, där Cevita Cares dotterbolag Gynekologkliniken Kista AB deltog.
- SLL:s upphandling av hjälpmedelsverksamhet år 2008. Av de tre anbud som prövades var två från icke-etablerade aktörer, däribland AGA Gas AB/Linde Gas Therapeutics.

Capio räknade alltså med konkurrens men på Capio trodde man att man skulle vinna med de priser man offererade. Under 2003 års avtal hade man arbetat som underleverantör på Aleris priser med avdrag för tio procent, vilket hade medfört ett stort effektiviseringsarbete. Capio trodde inte att konkurrenterna skulle kunna sänka sig med mer än de tio procent som Capio redan hade kapat. Capio lade helt enkelt det bästa bud man kunde efter att ha arbetat intensivt och med det uttalade målet att komma före konkurrenterna.

Capio har varit inriktad på att vinna och tanken på att avtalet skulle ha begränsat konkurrensen har inte föresvävat någon. Capio har varit helt omedveten om att avtalet skulle kunna påverka konkurrenssituationen.

De fördelar det innebar att bli huvudleverantör, bl.a. en väsentligt högre vinstmarginal och en tätare kontakt med SLL, innebar tvärtom att parterna i avtalet hade starka incitament att komma före den andre. När det gäller priset kan man konstatera att i en situation där Aleris pris är känt är det alltid fördelaktigt att lägga sig lite lägre eftersom det skulle innebära inte bara att man kommer först utan även att man får ett utbyte av Aleris avtal som innebär att man kan gå lägre i sitt eget pris än vad man hade kunnat göra (med bibehållen vinst) utan avtalet.

*Sammanfattning*

Capio såg avtalet som en fortsättning på den tidigare relationen och som ett sätt att säkra leveranskapacitet. Den tidigare relationen hade tillkommit för att säkra ett utbud av klinisk fysiologi på S:t Görans sjukhus. På samma sätt var avtalet tänkt att säkra den möjligheten för det fall Capio skulle bli utan volymer. Avtalet var alltså viktigt både för det fallet man skulle få eget kontrakt – för att säkra volymer – och för det fall man inte skulle få eget kontrakt – för att säkra verksamheten inom klinisk fysiologi.

S:t Görans sjukhus behövde volymer för att upprätthålla kompetensen hos läkare och BMA, för att utbilda läkare och BMA samt för att få ner produktionskostnaderna, dvs. för att kunna bedriva en ekonomiskt rimligt hållbar verksamhet.

För att kunna veta vad åtagandena innebar var det nödvändigt att berätta för den presumptive motparten vad åtagandena skulle gå ut på och att ange vilka volymer det var fråga om. Den information som behövdes för ingående av avtalet och som genom avtalet utväxlades var redan känd för motparten i avtalet. De etablerade aktörerna visste att alla skulle komma att lägga anbud; om de inte hade för avsikt att göra det borde de ha börjat avveckla sin verksamhet – eftersom det inte finns någon alternativ kund till SLL att bedriva verksamheten för. Att man berättade för varandra att man skulle delta i upphandlingen innebar därmed inte utbyte av okänd information.

Avtalet

Avtalet innebar ett fortsatt samarbete mellan Aleris och Capio. Avtalet var utformat som en option eftersom det inte var möjligt att på förhand gå med på att arbeta på ett pris man inte kände till. Avtalet angav volymer eftersom man var tvungen att veta vad man ställde upp på och vad åtagandet avsåg. Men man var också medveten om att det inte gick att styra flödet av remisser.

*Effekter av avtalet och underleverantörsförhållandena*

Kvaliteten i Capios vård inom klinisk fysiologi för akutsjukhuspatienterna på S:t Görans sjukhus har förbättrats eller i vart fall kunnat bibehållas och säkerställas på en tillfredsställande nivå till följd av avtalet.

Vårdköerna till kliniskfysiologiska undersökningar i Stockholmsområdet har blivit kortare och tillgängligheten för patienterna har förbättrats genom att undersökningar kunnat utföras på fler platser.

Det har blivit möjligt att reducera antalet instanser i vårdkedjan för en patient med behov av undersökningar inom klinisk fysiologi. Om en läkare på en vårdcentral får en patient med en diagnos som kräver akut undersökning och läkaren kan remittera direkt till S:t Görans sjukhus kommer patienten att komma dit direkt, undersökningen genomförs och man får svar på frågan om akut eller inte. Beroende på svaret kan man sedan antingen gå tillbaka till vårdcentralen eller till akutvård på sjukhuset. Om läkaren inte kan remittera direkt blir kanske patienten skickad till akuten på S:t Görans sjukhus och där skickad internt inom sjukhuset till klinfys för undersökning och resultat och sedan tillbaka till akuten, som antingen skickar tillbaka patienten till vårdcentralen eller till akut vårdavdelning. Det uppstår alltså ett onödigt steg – akuten på sjukhuset – i vårdkedjan.

Det har varken blivit dyrare för patienterna eller för SLL. En fördyring för SLL är under alla förhållanden obetydlig i jämförelse med patientnyttan. Konkurrensverkets resonemang går ut på att av de leverantörer som tilldelats kontrakt har sådana med högre pris kunnat anlita underleverantörer och därigenom ta volymer från de leverantörer som har ett lägre pris. Den utredning som har lagts fram till stöd för detta är ett räkneexempel avseende ett objekt och Capio har flera invändningar mot påståendet.

För det första hade en leverantör med ett högre pris kunnat skaffa sig ytterligare leveranskapacitet även på annat sätt; t.ex. genom att ingå avtal efter upphandlingen eller expandera själv. Båda de alternativen hade lett till samma effekt.

För det andra är exemplet missvisande. Hur priset för SLL de facto påverkats av ett underleverantörsavtal kan man inte veta utan att känna till: (i) priset per undersökning och (ii) antalet undersökningar av varje typ. Den undersökningen har varken Capiro eller Konkurrensverket gjort för hela upphandlingen.

I upphandlingen ledde avtalet till skarpare konkurrens eftersom det medförde att Capiro kunde lägga anbud på större volymer. Detta i sin tur minskade utsikterna att fler än två leverantörer skulle antas. Det blev därmed viktigare att bli en av två leverantörer. Efter tilldelningsbeslutet fanns ingen priskonkurrens på marknaden. Det enda konkurrensmedlet var då korta kötider. Den konkurrensen har ökat.

Under alla förhållanden är SLL en så stark köpare – de facto monopolist – att avtalet saknar utsikter att påverka prisbildningen för upphandlade tjänster inom klinisk fysiologi.

### *Efterspelet*

Av anbudsprotokollet framgår att elva anbud inkom. Praktikertjänst deltog dock endast avseende klinisk neurofysiologi och kan bortses ifrån. Konkurrenstrycket i upphandlingen var alltså högt, högre än år 2003, trots att de SLL-ägda sjukhusen inte var med i upphandlingen. Det berodde på att det hade tillkommit fler privata aktörer. Capiro var dock fortfarande det enda akutsjukhuset.

Förutom Capiro, Aleris, Globen Heart, Medical Support och Stockholm Heart Center deltog bl.a. AGA Linde, som är ett multinationellt företag, och Avesina, som tidigare hade vunnit upphandlingar trots att bolaget saknade erforderlig erfarenhet. De tre ytterligare aktörerna var MittHjärta, Micaro, och Gynekologkliniken. Konkurrenstrycket i

upphandlingen kom alltså inte endast från de ”etablerade” aktörerna utan var betydande.

När resultatet från upphandlingen kom stod det klart att Capio stod utan volymer. Två aktörer antogs på respektive objekt inom klinisk fysiologi och tre aktörer inom klinisk neurofysiologi. Som framkommit vann Gynekologkliniken upphandlingen. Den andra vinnaren var Stockholm Heart Center.

Det var svårt för Capio att förstå hur det hade kunnat gå på det här sättet. Capio stod utan volymer trots att anbudet hade pressats hårt. Capio ifrågasatte vinnaren av upphandlingen, dvs. Gynekologkliniken. Det var ett företag utan tillräcklig kompetens och prisupphandlingen hade gett ett resultat som inte heller SLL kunde ha önskat.

Det första tilldelningsbeslutet blev föremål för överprövning enligt LOU. Domstolarna fann bl.a. att tilldelningen var behäftad med fel i flera hänseenden och Gynekologkliniken kom sedermera att uteslutas p.g.a. att Gynekologkliniken inte hade uppfyllt ett av skallkraven. Enligt LOU krävdes vidare att minst tre leverantörer skulle antas i en upphandling som den förevarande. SLL var alltså tvunget att fatta ett nytt beslut.

Varken Micaro och Aga/Linde uppfyllde alla skallkrav, varför inte de företagen klarade kvalificeringen. Även Avesina kom att uteslutas. Skälet till att Gynekologkliniken och övriga företag uteslöts hade dock inte med företagets konkurrensförmåga att göra. De uteslöts tvärtom p.g.a. fel i formellt hänseende, dvs. sådana fel som Capio inte hade kunnat räkna med i anbudsarbetet. Skälet till att Gynekologklinikens skatteblankett var för gammal var att SLL hade skjutit fram sista datum för anbud. Om så inte hade skett hade Gynekologklinikens anbud inte fallit.

Ett nytt tilldelningsbeslut fattades den 15 september 2009. SLL antog tre leverantörer per objekt inom klinisk fysiologi. På ett objekt, objekt A, antogs Capio. Aleris antogs på område E. Som framkommit kom även detta tilldelningsbeslut att bli föremål för överprövning. Det ledde dock inte till några ändringar.



I mars 2010, närmare bestämt den 8 mars, påkallade Capiro sin rätt under avtalet med Aleris om att få agera Aleris underleverantör inom objekt E. Samma dag gjorde Aleris samma sak. Capiro var av uppfattningen att Aleris skulle vara Capios underleverantör för Objekt A medan Capiro skulle vara Aleris underleverantör inom objekt E. Så blev det inte utan Aleris valde i stället att samarbeta med Globen Heart/Medical Support.

Av ett mail som E.T., Capios vice VD, skickade till B.W. som är VD för Capiro den 8 juli 2010, framgår att Aleris hade hoppat av underleverantörsavtalet med Capiro till förmån för HKG. Det innebar att Capiro gick miste om 2 procents provision, men som kompensation eftergav Aleris sitt tvåprocentiga ersättningskrav på tjänsteobjekt E, sömnapné. Detta framgår även av ett brev från A.J.-D. till E.T. den 8 juli 2010.

Av mejlet från E.T. till B.W. framgår också att Capios kliniska fysiologi för första gången i juni 2010 gjorde ett resultat över budget och att snittantalet undersökningar per BMA hade stigit. Det innebar en ökad effektivisering. Vidare framgår att Capiro i juni/juli 2010 kontaktade Stockholm Heart Center om avtalsförhandlingar om att vara underleverantör.

Avtalsförhandlingar med Stockholm Heart Center pågick i juli 2010. Vid den tidpunkten pågick också förhandlingar med HKG. Det fanns nämligen två områden, B och D, där Capiro inte hade några volymer, dvs. varken några huvud- eller underleverantörs-volymer.

När det gäller förhandlingarna med HKG hade E.L.N. på HKG vid ett tidigare tillfälle approcherat Capiro med en propå om att Capiro skulle agera underleverantörer till HKG avseende de här volymerna. Den gången var det, av olika skäl, inte intressant. I juni 2010 approcherades dock Capiro återigen av HKG, denna gång av M.N., som tidigare hade varit chef för Globen Heart och nu skulle leda HKG. Ett samarbete var då mer intressant.

Sedan Capio och HKG hade kommit överens om ett underleverantörssamarbete, godkände SLL att Capio agerade underleverantör till HKG. HKG säkrade alltså upp med ett godkännande från SLL innan förhandlingarna avslutades.

Av mailkorrespondens mellan Capio och HKG i juni 2010 framgår att parterna förde förhandlingar sinsemellan. Det är en mailkedja, där E.L.N. skickar över ett avtalsutkast till E.T., och då anger att M.N., enligt ett tidigare underleverantörsavtal med Capio, har haft en avgiftsnivå på tio procent. E.T. skrev i ett mail att nivån var för hög till följd av att ersättningarna från SLL hade blivit mycket lägre än vad de var i början av 2000-talet. Det gick alltså inte att arbeta som underleverantör till en kostnad om tio procent av ersättningen. I stället talar hon om standardnivån, dvs. hennes uppfattning av en rimlig underleverantörsavgift för att täcka administrativa kostnader är två procent.

Den 8 juli diskuterade Capio med Stockholm Heart Center, men också med HKG om objekten B och D. Capio befann sig alltså i en förhållandevis god förhandlingssituation trots att man förlorat i upphandlingen. Capio förhandlade med två parter om att vara underleverantör. Det förklaras av att en underleverantörsavgift bara är en bonus för den aktör som tilldelats ett underleverantörsavtal.

Capio valde att ingå ett avtal avseende objekt B och D med HKG till en underleverantörsavgift på två procent.

Efter att vårdavtal tecknats med SLL och en överenskommelse hade nåtts med såväl Aleris som HKG hade Capio förutsättningar för att erhålla tillräckliga volymer. Capio var SLL:s huvudleverantör avseende objekt A, underleverantör till HKG avseende objekt B och D och Aleris underleverantör avseende objekt E. Det här innebar inte att Capio *visste* att man skulle erhålla volymer, men det innebar att Capio var ett alternativ för de läkare som ville remittera patienter för en undersökning inom klinisk fysiologi.

Capios omsättning år 2013 inom objekt E var 2 957 327 kr.

Av vårdavtalet för klinisk fysiologi mellan Capio och SLL framgår tre saker. För det första, att leverantören inte får anlita underleverantör utan godkännande från SLL. För det andra, att om en underleverantör anlitas är huvudleverantören ansvarig för underleverantörens samtliga åtgärder gentemot SLL. För det tredje kan SLL kräva att huvudleverantören säger upp avtalet med underleverantören. För det fjärde har huvudleverantören rätt att använda sådan underleverantör som angavs i anbudet.

Underleverantörens verksamhet styrs alltså helt av huvudleverantörens avtal med SLL. Det finns inte något avtal mellan SLL och underleverantören. Underleverantörens villkor måste parterna reglera inbördes. Det här visar också att det, förutom de ekonomiska fördelarna och fördelarna i kontakten med SLL, också finns en rättslig skillnad i förhållandet till SLL bl.a. bestående i att man bär ansvar för sina underleverantörer.

Det fanns inte skäl att visa upp avtalet för SLL. Det var inget krav i förfrågningsunderlaget och SLL hade tidigare sagt i samband med 2003 års upphandling att det var en fråga att reglera för parterna. I anbudet hade man dessutom öppet redovisat själva huvudsaken, dvs. underleverantörsförhållandet, och något avtal hade inte efterfrågats även om det rimligen måste ha varit så att SLL utgick från att två parter inte anger varandra som underleverantörer om det inte finns någon överenskommelse härom. Capio lade vidare in avtalet i det datarum där SLL för första gången tittade på det. SLL hittade det inte av en slump.

Den 30 juni 2013 skulle avtalet löpa ut. SLL förlängde dock avtalet ett år. Den motivering som SLL gav för att både förlänga avtalet och (vilket man samtidigt gjorde) avtala med de egna sjukhusen, ger stöd för att det är viktigt ur utbildningssynpunkt att ha den här typen av volymer. Att sömnapnéundersökningar inte direkttilldelades SLL:s egna sjukhus berodde på att det inte är så viktigt med dessa undersökningar för akutsjukhusen. Av beslutet framgår även att SLL hade fortsatt förtroende för vårdgivarna samt att SLL följde Konkurrensverkets utredning.

Efter den här förlängningen kunde man inte förlänga vårdavtalet ytterligare. Det löpte därför ut den 30 juni 2014.

Idag gäller ett nytt vårdavtal men tjänsterna har inte upphandlats på nytt. Nu gäller i stället en lösning där SLL har fastställt en prislista som den som vill kan arbeta på. Alla som vill får arbeta till ett på förhand fastställt pris som SLL bestämmer. En möjlighet att erhålla volymer har därmed säkerställts och förutsättningar för god vård har skapats.

*Skäl för undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen*

Samtliga villkor för undantag är uppfyllda.

Sjukvårdsverksamhet styrs - och måste få styras - av den allt överskuggande hänsynen till patientsäkerhet och patientnytta. Avtalet har träffats med hänsyn till patientsäkerhet och patientnytta.

Det förhållandet att verksamheten vid S:t Görans sjukhus är väsensskild från verksamheten vid t.ex. Aleris, Stockholm Heart Center eller Hjärt-kärlgruppen måste också beaktas. Den verksamhet som bedrivs vid dessa kliniker kan i teorin läggas ned. Verksamheten inom klinisk fysiologi vid S:t Görans sjukhus är dock nödvändig för akut-sjukhusets funktion och kan inte läggas ned eller ersättas av remisser till annat sjukhus eller annan klinik, bl.a. av det skälet att akut- och jourberedskap måste upprätthållas. Verksamheten inom klinisk fysiologi vid S:t Görans sjukhus är således i detta avseende unik i förhållande till de verksamheter som bedrivs av övriga privata aktörer inom klinisk fysiologi inom Stockholms län.

Avtalet har bidragit till att förbättra produktionen av tjänsterna i fråga

Ett av syftena med avtalet var att bidra till att Capio kunde säkerställa ett inflöde till S:t Görans sjukhus av remisser från öppenvården inom klinisk fysiologi, för det fall Capio inte skulle erhålla något avtal i upphandlingen.

På ett akutsjukhus är det nödvändigt att ha kompetens inom klinisk fysiologi och möjlighet att på sjukhuset kunna utföra undersökningar inom klinisk fysiologi. Liksom t.ex. röntgen är klinisk fysiologi en nödvändig s.k. supportfunktion till sjukhusklinikerna.

För att upprätthålla nödvändig kompetens inom klinisk fysiologi måste det finnas en viss kritisk volym av undersökningar. Finns det inte en sådan volym förlorar läkare och BMA kompetens och patientsäkerheten äventyras, särskilt vad gäller sådana undersökningar som är komplicerade s.k. sällanundersökningar.

Den volym undersökningar som genererades av akutsjukhuspatienterna på S:t Görans sjukhus är inte idag, och var det inte heller år 2008 (eller år 2003), tillräckligt stor för att upprätthålla kompetensen inom klinisk fysiologi på sjukhuset. Därför behövde S:t Görans sjukhus år 2008, och behöver alltjämt, ett inflöde av volymer utifrån för att upprätthålla kompetensen och kvaliteten i vården. Avtalet syftade till att säkerställa ett sådant inflöde genom att öppna för möjligheten för Capio att bli underleverantör till Aleris.

Det kan tillfogas att produktionen av tjänsterna också blir väsentligt mer effektiv med större volymer. Utan öppenvårdsvolymer blir produktionen av tjänster inom klinisk fysiologi på sjukhuset väsentligt dyrare per producerad undersökning.

Slutligen kan anmärkas att möjligheten för den som inte vinner i upphandlingen att agera underleverantör innebär en möjlighet att fortsätta med verksamheten. Hade en sådan möjlighet inte funnits hade de leverantörer som inte vunnit varit tvungna att

upphöra med verksamheten inom klinisk fysiologi. Detta i sin tur innebär att marknaden hade tenderat att över tid utvecklas mot en oligopolmarknad bestående endast av de aktörer som har kontrakt med SLL. Möjligheten att agera underleverantör och avtalet har således motverkat uppkomsten över tid av en oligopolmarknad och därmed på detta sätt varit konkurrensbefrämjande.

Avtalet har tillförsäkrat patienterna en skälig andel av den vinst som uppnåtts

Kvaliteten i Capios vård inom klinisk fysiologi för akutsjukhuspatienterna på S:t Görans sjukhus har förbättrats eller i vart fall kunnat bibehållas och säkerställas på en tillfredsställande nivå till följd av avtalet.

Vårdköerna till klinisk-fysiologiska undersökningar i Stockholmsområdet har kortats. Tillgängligheten för patienterna har förbättrats genom att undersökningar kunnat utföras på fler platser. Det har blivit möjligt att reducera antalet instanser i vårdkedjan för en patient med behov av undersökningar inom klinisk fysiologi. Det har inte blivit dyrare för patienterna.

Det har inte blivit dyrare för SLL. Om tingsrätten skulle finna en fördyring för SLL styrkt, är den under alla förhållanden obetydlig i jämförelse med patientnyttan.

Avtalet ålägger inte Aleris och Capio begränsningar utöver vad som är nödvändigt för att uppnå förbättrad produktion av tjänster

Det fanns mellan åren 2003-2014 bara ett sätt att få öppenvårdsvolymer inom klinisk fysiologi i Stockholms län för en privat aktör som inte tilldelas volymer i SLL:s upphandling, och det var att agera underleverantör åt någon som tilldelats volymer.

Förfrågningsunderlaget angav att den anbudsgivare som ville anlita underleverantör skulle ange det, samt även den underleverantör som skulle komma i fråga, i anbudet. Det var alltså nödvändigt att Capio angav Aleris som presumtiv underleverantör. Det

var också för Capio nödvändigt att Aleris angav Capio som underleverantör i sitt anbud.

För att säkerställa att Capio verkligen skulle få agera underleverantör till Aleris efter tilldelningsbeslutet var det vidare nödvändigt att Capio tillförsäkrade sig den rätten genom ett avtal före upphandlingen. Det var alltså nödvändigt att parterna träffade avtalet inför upphandlingen. Det var vidare nödvändigt att avtalet angav de objekt som skulle komma i fråga, eftersom avtalet bl.a. syftade till att säkerställa ett inflöde av öppenvårdsvolymer för Capio avseende objekten A, B och D. För akutsjukhusverksamhetens vidkommande var behovet av volymer inom objekt E inte lika stora.

För att kunna veta vad åtagandena innebar var det nödvändigt att ange volymer. Capio utgick - bl. a. av konkurrensskäl - från att det endast var möjligt att träffa avtal om underleverantörskap med en motpart. Det var naturligt för Capio att bland de tänkbara motparter som stod till buds välja Aleris, som Capio hade ett välfungerande underleverantörssamarbete med sedan tidigare. Aleris var - och är - också den största aktören på marknaden för klinisk fysiologi och Capio ansåg att Aleris hade möjligheter att vinna i upphandlingen. Capio var därför angeläget om att säkra möjligheten till ett underleverantörssamarbete med just Aleris.

Capio utgick från att Aleris skulle utvärdera möjligheterna till underleverantörssamarbete med fler än Capio, och att Aleris därefter skulle välja en (och endast en) samarbetsparter. För att göra sig så attraktiv som möjligt för Aleris bestämde sig därför Capio för att lämna anbud även på objekt E, sömnapnéundersökningar, trots att Capio övervägde att avveckla denna verksamhet, en verksamhet som man vid tidpunkten för upphandlingen bedömde inte heller behövdes för akutsjukhuspatienterna i samma utsträckning som objekten A, B och D och som inte har något direkt samband med dessa.

Aleris är den största aktören inom objekt E. Capio räknade med att Aleris hade goda möjligheter att vinna detta objekt i upphandlingen. Man ansåg därför att det fanns en

betydande risk för att, om Capio skulle vinna volymer inom objekt E, Capio skulle stå utan sin underleverantör Aleris (som man alltså hade skälig anledning att anta skulle ha säkrat ett eget kontrakt). Eftersom Capio hade mycket begränsad kapacitet inom objekt E och den ansvarige läkaren stod i begrepp att gå i pension, ville Capio inte exponera sig för risken att lämna anbud på hela volymen och sedan stå utan underleverantör men ett åtagande gentemot SLL avseende hela volymen. Det var därför nödvändigt att beträffande objekt E införa en begränsning i Capios åtagande gentemot Aleris avseende volymer inom objekt E. Capio förblev emellertid i och för sig fritt att lämna anbud på större del av volymen.

Det förhållandet att Capio träffade avtalet med Aleris, som var den största leverantören inom klinisk fysiologi, innebär inte att avtalet medfört begränsningar för konkurrensen som gått längre än nödvändigt, eftersom konkurrensen på en upphandlingsmarknad ska mätas utifrån antalet anbudsgivare och inte utifrån de enskilda anbudsgivarnas dåvarande marknadsstyrka.

Avtalet ger inte Aleris och Capio möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av undersökningarna i fråga

Capios marknadsandel uppgick till endast ca tre procent.

I upphandlingen ledde avtalet till skarpare konkurrens, eftersom det medförde att Capio kunde lägga anbud på större volymer. Detta i sin tur minskade utsikterna att fler än två leverantörer skulle antas. Det blev därmed viktigare att bli en av två leverantörer. Efter tilldelningsbeslutet fanns ingen priskonkurrens på marknaden. Det enda konkurrensmedlet var då korta kötider. Den konkurrensen har ökat.

Under alla förhållanden är SLL en så stark köpare - de facto monopolist - att samarbetet i avtalet saknar utsikter att påverka prisbildningen för upphandlade tjänster inom klinisk fysiologi. För att bedriva verksamhet inom klinisk fysiologi som privat aktör



krävs att man har ett avtal med SLL eller att man är underleverantör till någon som har ett avtal med SLL.

Förutom de skäl som nu angetts var även Capios utbildningsuppdrag för blivande specialister inom klinisk fysiologi (ST-läkare) samt BMA ett viktigt skäl för Capio att erhålla tillräckliga volymer undersökningar inom klinisk fysiologi.

Capio har utöver vårdavtalet inom klinisk fysiologi även ett övergripande utbildningsuppdrag. Detta är fastställt i det vårdavtal som ingåtts för driften av S:t Görans akutsjukhus mellan SLL-HSF (Hälso- och sjukvårdsförvaltningen) och Capio. Åtagandet i detta avtal gentemot SLL är emellertid inte specificerat till vissa volymer eller vissa medicinska specialiteter. Åtagandet fastställs för varje år genom en överenskommelse mellan SLL-LSF (Landstingsstyrelsens förvaltning) och den medicinska ledningen för S:t Görans sjukhus mot bakgrund av utbildningsbehovet för specialistläkare och antalet BMA-studenter under högskoleutbildning i Stockholm.

För att utbildning ska kunna bedrivas vid S:t Görans sjukhus krävs tillräckliga och tillräckligt varierade volymer undersökningar. Om Capio inte erhöll några öppenvårdsvolymerna inom klinik fysiologi skulle dels volymerna vara otillräckliga för utbildningssyftet, dels alla typer av undersökningar inte förekomma vid kliniken, vilket är nödvändigt för att kunna bedriva utbildning.

Följden av uteblivna öppenvårdsvolymerna skulle sannolikt bli att S:t Görans sjukhus nödgades lägga ner utbildningen av ST-läkare och BMA inom klinisk fysiologi. Detta skulle i och för sig inte innebära att Capio bröt mot sina avtalsenliga åtaganden gentemot SLL. Det skulle emellertid innebära ett stort avbräck för utbildningen inom klinisk fysiologi inom Stockholms län. S:t Görans är tillsammans med Danderyds sjukhus och Södersjukhuset ett av tre akutsjukhus där utbildningen bedrivs, och en nedläggning skulle vara särskilt problematisk eftersom det redan råder brist på specialister inom klinisk fysiologi.

*Konkurrensskadeavgift*

Capio menar att Konkurrensverket har felbedömt utgångspunkterna för bestämmandet av konkurrensskadeavgift. En överträdelses sanktionsvärde ska fastställas utifrån hur allvarlig överträdelsen objektivt sett är och hur länge den pågått (allvarlighet och varaktighet). Konkurrensverket har fastställt sanktionsvärdet för Capios påstådda överträdelse till 4 procent av Capios omsättning på den relevanta marknaden år 2012. Några förmildrande omständigheter som påverkar bötesbeloppet har inte ansetts föreligga.

Upphandlingen präglades av en betydande konkurrens från inte mindre än tio aktörer och att förväntansbilden var att minst lika många skulle lämna anbud. Det rör sig därför inte om en samordning mellan ett fåtal etablerade aktörer och Capio var omedvetet om alla andra diskussioner än den man själv förde med Aleris. Därtill har parterna konkurrerat fullt ut i upphandlingen, varför konkurrensen i upphandlingen de facto har fungerat på ett tillfredsställande sätt. Det är också felaktigt att påstå att det handlar om samarbete mellan parter med en sammanlagt hög marknadsandel, när Konkurrensverket självt har kommit fram till att Capios marknadsandel enligt Konkurrensverkets definition av upphandlingsmarknaden, endast uppgick till cirka 3 procent. Det är då fel mot bakgrund av att ett bötesbelopp ska fastställas individuellt för varje enskilt företag, att Capio ska tillgodoräknas Aleris marknadsandel vid fastställandet av bötesbeloppet.

Utgångspunkten för bedömningen av en överträdelses sanktionsvärde för ett enskilt företag är företagets omsättning på den marknad som överträdelsen avser. Konkurrensverket har (felaktigt) definierat den relevanta marknaden till att omfatta upphandlingsmarknaden för klinisk fysiologi inom SLL. Capios omsättning på denna marknad uppgick år 2012 till 8 643 728 kr. Avtalet har dock endast aktualiserats beträffande ett objekt i upphandlingen (objekt E), varvid den påstådda överträdelsen endast omfattar mindre del av Capios totala omsättning på den relevanta marknaden (2 679 815 kr).

Det faktum att den påstådda överträdelsen endast berör en liten del av Capios totala omsättning på den relevanta marknaden har, enligt Capios mening, betydelse för sanktionsvärdet. Detta ska särskilt ses mot bakgrund av att det inte rör sig om en syftesöverträdelse, utan, om någon överträdelse över huvud taget skulle vara för handen, om en resultatöverträdelse. Eftersom avtalet omöjligen kan ha haft en effekt avseende andra objekt än objekt E, saknas anledning att fastställa ett bötesbelopp utifrån omsättning som inte är relevant för detta objekt. Konkurrensverket betraktar ju, med rätta, det underleverantörsavtal som Capio ingått med HKG år 2010 avseende objekten B och D i upphandlingen som helt oproblematiskt. Dessutom, som påpekats ovan, tillhör inte de olika objekten i upphandlingen samma relevanta marknad.

Konkurrensverket har felbedömt den påstådda överträdelsens allvarlighet. Vid bedömningen av en överträdelses allvarlighet ska särskilt beaktas överträdelsens art, marknadens omfattning och betydelse, och överträdelsens konkreta eller potentiella påverkan på konkurrensen på marknaden. Det ska i detta sammanhang påpekas att det ankommer på Konkurrensverket att så långt som möjligt lägga fram utredning rörande förhållanden som i det enskilda fallet bör inverka på avgiftens storlek. Det föreligger ett flertal aspekter som utesluter att det rör sig om en sådan allvarlig överträdelse som Konkurrensverket gjort gällande.

För det första har underleverantörsförhållandet ingåtts och fortlöpt helt öppet. SLL har dessutom förlängt avtalet under Konkurrensverkets pågående utredning. SLL har under Konkurrensverkets utredning rentav uttalat att det vid denna tidpunkt inte fanns något konkret som talade emot en förlängning av avtalet. Det rör sig alltså om ett från början öppet underleverantörsförhållande som uppmuntrats och godkänts av kunden SLL. Som angetts utesluter dessa omständigheter att det rör sig om en syftesöverträdelse. Därtill mildras rimligen den påstådda överträdelsens allvarlighet, även om en effekt skulle kunna påvisas, av att den kund som konkurrensen påstås ha begränsats gentemot har godkänt, och alltjämt godtar, det påstått konkurrensbegränsande samarbetet.

För det andra har Konkurrensverket missbedömt konkurrenstrycket inför upphandlingen och därtill gjort en felaktig bedömning av marknadsandelarna på den aktuella anbudsmarknaden enligt Konkurrensverkets definition av den. Det förhållandet att parternas sammanlagda marknadsandelar för år 2012 är höga förklaras just av att det rör sig om en anbudsmarknad. På en anbudsmarknad får givetvis de parter som vinner den aktuella upphandlingen höga marknadsandelar – vilket dock inte ger en rättvisande bild av konkurrenstrycket. Vad som är relevant att beakta är som ovan angetts förutsättningarna inför upphandlingen, dvs. det potentiella konkurrenstrycket. På en anbudsmarknad saknar marknadsandelarna efter upphandlingen betydelse, eftersom konkurrensen då har utsläckts till följd av tilldelningsbeslutet.

För det tredje är skadan för konsumenten obefintlig. Patienterna har de facto gynnats genom att fler leverantörer funnits tillgängliga för tjänster inom klinisk fysiologi. En konkurrensbegränsande effekt som leder till fördelar för konsumenten kan inte utgöra en allvarlig överträdelse.

För det fjärde rör det sig, som Konkurrensverket också påpekat, om en i geografiskt hänseende mycket begränsad marknad, nämligen Stockholms län. Detta innebär att överträdelsen ska betraktas som mindre allvarlig än en överträdelse som omfattar ett större geografiskt område.

För det femte är det av betydelse för allvarligheten att den påstådda konkurrensbegränsningen endast kan ha uppstått avseende objekt E, dvs. sömnapnéundersökningar. Konkurrensverket har självt uttalat i stämningsansökan att det avtal Capiro ingick med HKG år 2010 varit en förutsättning för att Capiro skulle kunna utföra tjänster inom objekten B och D. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att Konkurrensverket bedömer detta avtal som oproblemiskt och att det rent av varit konkurrensbefrämjande. Det förefaller då, som ovan anförts, orimligt att inte beakta denna omständighet vid fastställande av överträdelsens allvarlighet.

För det sjätte finns det Capiro veterligen ingen domstolspraxis som ger stöd för att denna typ av öppna och av kunden godkända underleverantörsförhållanden, där parterna därtill har konkurrerat i upphandlingen, ska anses utgöra en så allvarlig överträdelse som Konkurrensverket gjort gällande.

Det kan noteras att Konkurrensverket i sina riktlinjer föreskrivit att sanktionsvärdet som högst kan fastställas till 10 procent av företagets omsättning på den relevanta marknaden. Stockholms tingsrätt har vidare uttalat att andelen 10 procent endast bör gälla de allvarligaste överträdelsena, såsom hemliga priskarteller. Vid en jämförelse med Kommissionens praxis kan noteras att Kommissionen regelmässigt fastställer grundbeloppet för allvarliga (syftes-) överträdelser till omkring halva maxbeloppet, dvs. ungefär lika högt som Konkurrensverket satt grundbeloppet i förevarande fall. Mot denna bakgrund, och med beaktande av vad som anförts ovan, framstår det av Konkurrensverket yrkade grundbeloppet för fastställande av konkurrensskadeavgift, 4 procent eller närmare hälften av det maximala grundbeloppet, som orimligt högt. Sammanfattningsvis talar alltså den påstådda överträdelsens art, marknads begränsade omfattning och den totala avsaknaden av konsumentskada för att det rör sig om en påstådd överträdelse av mycket begränsad allvarlighet.

Konkurrensverket har felbedömt den påstådda överträdelsens varaktighet. En överträdelses sanktionsvärde ska förutom allvarligheten även fastställas utifrån dess varaktighet. Konkurrensverket anför i stämningsansökan att även om ramavtalen med SLL trädde i kraft först i juli 2010 vidtog Capiro och Aleris "åtgärder som är hänförliga till överträdelsen" redan i mars 2010. Capiro vill framföra att påkallandet av rätten att agera som underleverantör och motsvarande besked till SLL att företagen avsåg anlita varandra som underleverantörer i mars 2010 saknar relevans för bedömningen av överträdelsens varaktighet. Det är enligt Capios mening uppenbart att åtgärder varigenom SLL - kunden - ges besked om eller får frågor om underleverantörsförhållandena inte kan utgöra led i den påstådda överträdelsen. Snarare än att belasta parterna måste rimligen sådana åtgärder räknas parterna till godo i den konkurrensrättsliga bedömningen. Avtalet började i själva verket tillämpas först efter det att SLL:s ramavtal trätt i kraft i

juli 2010 och kan därför omöjligen haft några konkurrensbegränsande effekter innan denna tidpunkt. Kontakterna företagen emellan i mars 2010 ska därför inte anses påverka överträdelsens varaktighet.

Som ovan har anförts har avtalet inte kunnat ge upphov till en konkurrensbegränsning på utförandemarknaden för de aktuella tjänsterna. Konkurrensverket synes för övrigt inte bekymrat över likalydande avtal, dvs. det avtal som ingåtts med HKG eller det avtal som Capiro och Aleris ingick efter 2003 års upphandling, såvida de ingåtts efter upphandlingen. Detta innebär således, att även om avtalet skulle anses ha begränsat konkurrensen i upphandlingen, så skulle överträdelsen ha upphört i samband med att parterna lämnat in sina anbud och anbudskonkurrensen därmed utsläcks. Detta är också något som ligger i linje med praxis. Överträdelsen skulle då endast ha pågått i ett fåtal veckor, och inte, som påstås i stämningsansökan, alltjämt pågå.

Även i detta sammanhang kan noteras att det framstår som egendomligt att en överträdelse alltjämt skulle pågå, när SLL varit medvetet om avtalets exakta utformning sedan år 2011, och därtill rent faktiskt ägt Capiro och därmed indirekt avtalet under en kortare period. I alla avseenden är det orimligt att se att en överträdelse ska ha ägt rum efter den tidpunkt där SLL beslutat att förlänga vårdavtalen, dvs. i september 2012. Mot bakgrund av att Konkurrensverket betraktar det underleverantörsavtal som Capiro ingått med HKG efter upphandlingen som oproblematiskt från konkurrensrättsligt perspektiv, kan avtalet efter SLL:s förlängning av vårdavtalen inte innebära att en överträdelse alltjämt fortgår.

Slutligen gör Capiro gällande att den schematiska metod som Konkurrensverket tillämpar, på så sätt att Konkurrensverket anser att tidsperioder under sex månader räknas som ett halvår, medan tidsperioder mellan ett halvår och ett år räknas som ett år, är felaktig. Tiden för överträdelsen ska beräknas enligt exakt de antal dagar som överträdelsen har fortgått, eftersom det strider mot proportionalitetsprincipen att utdöma konkurrensskadeavgift för dagar då en överträdelse inte kan visas. Det ankommer härvid på Konkurrensverket att styrka under exakt vilken tidsperiod avtalet varit gällande.

Konkurrensverket har felbedömt förekomsten av förmildrande omständigheter. Capiro anser av ovan anförda skäl att Konkurrensverket har fel när verket anför att avtalet inte godkänts eller uppmuntrats av de offentliga myndigheterna, i detta fall SLL. SLL har såväl känt till som förlängt, och rent av ägt, avtalet. Dessutom uppmuntrade SLL till 2003 års avtal mellan samma parter. Detta utgör enligt Capios mening ett skolboksexempel på när "samarbetet har uppmuntrats eller godkänts av de offentliga myndigheterna", vilket enligt Konkurrensverkets egna riktlinjer utgör en förmildrande omständighet. Redan denna omständighet talar för att en eventuell konkurrensskadeavgift ska jämkas.

Därtill kommer att Capiro, om något resultat skulle visas föreligga, på sin höjd kan anses ha begått den påstådda överträdelsen av oaktsamhet, vilket också är en förmildrande omständighet enligt relevanta riktlinjer. Det är uteslutet att Capiro haft uppsåt att begränsa konkurrensen. Även denna omständighet talar således starkt för att en nedjustering av sanktionsvärdet.

Enligt Capios mening innebär förekomsten av ovanstående förmildrande omständigheter att även om övriga förutsättningar för utdömande av konkurrensskadeavgift skulle vara uppfyllda, så skulle konkurrensskadeavgiften jämkas till noll.

S:t Görans sjukhus status som Sveriges enda akutsjukhus som drivs i privat regi är särskilt viktig. Det rör sig om ett akutsjukhus som genom avtal betingar sig en chans att få volymer i syfte att kunna utföra sitt uppdrag på liknande villkor som andra akutsjukhus i Sverige, för att säkerställa en acceptabel vårdkvalitet för patienterna och för att inte sätta hela akutsjukhusuppdraget i fara.

Det är ostridigt i målet att det inte har framkommit någon prissamordning. Det har inte uppkommit skada för patienterna, dvs. konsumenterna, utan de har tvärtom fått det bättre genom bl.a. ett ökat tjänsteutbud.

**HKG, Globen Heart och Medical Support**

Vad klinisk fysiologi är och hur tjänsterna genom remisser ianspråkats av remitterande läkare inom såväl de landstingsdrivna sjukhusen som hos primärsjukvårdens olika aktörer är i huvudsak ostridigt. Eftersom i praktiken all kliniskfysiologisk verksamhet finansieras av landstingen, är det också så, att verksamhet inom området upphandlas enligt LOU, när det inte handlar om direkttilldelning till de landstingsägda sjukhusen.

De tjänster som SLL upphandlade skiljer sig dock i väsentliga hänseenden från vad som vanligtvis är föremål för offentlig upphandling. När stat eller kommun genom behörigt organ i samband med t.ex. ett byggnadsprojekt inbjuder betongleverantörer till anbudstävlan, då gäller det en mycket väldefinierad produkt som levereras enligt tydliga specifikationer och som även efterfrågas för olika ändamål på en bredare marknad med en mångskiftande krets av såväl privata som offentliga beställare. De kliniskfysiologiska tjänsterna, däremot, levereras i princip uteslutande till den av landstingen kontrollerade sjukvårdssektorn och de kan inte lika entydigt definieras.

Man kan vara ense om vad klinisk fysiologi är, men att genom ett ramavtal på förhand bestämma exakt hur utredningarna skall utföras vid avropen, dvs. vid de enskilda utredningarna, är inte möjligt.

När det begärdes en domstolsprövning i frågan huruvida SLL:s förfrågningsunderlag vid upphandlingen år 2008 kunde godtas som anbudsförfrågan har det visst samband med den nu sagda problematiken.

Det ifrågasattes bl.a. hur seriösa anbudsgivare skulle kunna delta i en anbudstävlan med lägsta pris som urvalskriterium när det gäller komplicerade tjänster, där lägre pris kan betingas för mindre ingående utredningar, vilka ändå skulle kunna sägas motsvara objektbeskrivningen i vårdavtalet. Det är t.ex. den utredande läkarens ambitionsnivå och noggrannhet som avgör hur omfattande ett arbetsprov utförs; i princip skulle naturligtvis även pekuniära hänsyn kunna spela in – man hinner med flera patienter om man



lägger ned mindre tid på varje patient. Till tveksamheten inom den medicinska professionen bidrog i hög grad greppet att dela in upphandlingen i fem olika s.k. ”objekt” med risk för att kompletta utredningar i många fall inte skulle kunna utföras hos en och samma tjänsteleverantör vid ett och samma tillfälle.

Förutom det förnuftsmässiga motståndet mot en sådan ordning, oroade sig verksamhetscheferna för att fragmenteringen i olika objekt skulle medföra förlorad kompetens.

En landstingsanställd läkare utan annat än professionellt intresse i frågan, M.L., förklarade sakkunnigt i en skrivelse till SLL hur hon och en rad kolleger oroades över uppdelningen i fem olika objekt; ”Den i upphandlingen tilltänkta uppdelningen av undersökningar i olika grupper, där ett fåtal enheter skall utföra undersökningar inom varje grupp, kan förväntas försvåra för patienten att genomgå en adekvat patofysiologisk utredning inom klinisk fysiologi”, och, ”För patienternas bästa och för smidigaste handläggning av de olika diagnostiska undersökningarna för varje enskild patient är klinisk fysiologis fortlevnad på hög kompetensnivå nödvändigt. Detta förutsätter ett sammanhållet brett undersökningsutbud, varför uppdelningen av den aktuella upphandlingen i fem block är synnerligen olycklig”. M.L. förklarar i slutet av sin skrivelse att: ”Majoriteten av verksamhetscheferna för klinisk fysiologiska enheter i Stockholm, såväl på de privata enheterna som på de landstingsägda sjukhusen, instämmer i ovanstående”.

Det medicinska sambandet mellan utredningarna i de olika objekten har nämnts också i SLL:s svar på Konkurrensverkets frågor. Där sägs: ”Det som motiverat företagen till att få anlita underleverantörer är att undersökningsgrupperna, dvs. A, B, C och D i upphandlingen, har medicinska samband med varandra.

Att den ifrågavarande marknaden är starkt särpräglad framgår vidare av att SLL som upphandlande myndighet inte har kunnat garantera några volymer alls till vinnande anbudsgivare.

Marknaden för klinisk fysiologi är speciell och skiljer sig i väsentliga hänseenden från exempelvis marknaderna för bulkleveranser till offentliga byggnadsprojekt, leveranser av fungibla varor i allmänhet eller, för den delen, flertalet andra typer av tjänster.

SLL:s inbjudan till anbudsgivning väckte närmast bestörtning hos klinikcheferna av skäl som framgår tydligt av bl.a. M.L. citerade skrivelse.

Givetvis diskuterades upphandlingen vid ett av de klinikchefsmöten som hålls mer eller mindre regelbundet. Olika uppslag om hur man skulle komma tillrätta med fragmenteringen av klinisk fysiologi och neddragningen till två leverantörer ventilerades; bl.a. diskuterades underleverantörskap i olika konstellationer. Under dessa diskussioner röjdes dock inte något om hur respektive aktör skulle agera i konkurrensen om ett eget vårdavtal.

Konkurrensverket har åberopat e-postkorrespondens mellan M.N. och A.J.-D. den 15 juli 2008, till styrkande av att svarandebolagen senast i mitten av juli 2008 hade kommit överens om att den avtalspart som antogs som leverantör skulle ”dela med sig” till avtalsmotparten av de volymer som kunde komma att avropas. Mot slutet av sitt mail skrev dock M.N.: ”Sammantaget således en hel del frågetecken, och det finns nog fler.”

Svarandebolagens företrädare rådgjorde efter en tid med sina jurister för att efterhöra vad som kunde göras på ett korrekt och hållbart sätt. Konkurrensverket har åberopat ett per e-post förmedlat PM till styrkande av att svarandena blivit avrådda från att förfara på ett sätt som enligt verket har ”betydande likheter” med de förfaranden som ska prövas i målet. Meddelandet är ett första, spontant svar på en fråga från M.N. och visar endast att parterna vände sig till sina jurister för rådgivning.

Meddelandet var främst en uppmaning om att detta måste övervägas närmare, vilket också skedde. Aleris hade erfarenhet av ett godkänt underleverantörsavtal med Capio från år 2003 och mellan Globen Heart/ Medical Support och Aleris diskuterades och

övervägdes hur man med det avtalet som grund skulle kunna etablera en relation som var korrekt i konkurrensen om vårdavtal och som skulle kunna fungera i den fortsatta konkurrensen på tjänstemarknaden. Dessa diskussioner pågick i princip till dess parterna lämnade in sina anbud i början av september 2008 i full konkurrens om eget vårdavtal. Det avtal som träffades har ringa likhet med sådana förfaranden som man hade blivit avrådd från. Vad man kom fram till var ett bilateralt arrangemang som inte hade någon likhet med de tankegångar som hade förekommit under sommaren. Det liknade däremot det nämnda, godkända avtalet från år 2003, och det syntes dessutom vara helt i linje med vad SLL efterfrågade.

Avtalet med Aleris reglerar endast ett underleverantörskap och avtalet förutsätter att parterna skall lämna från varandra oberoende anbud. Det föreskriver inte något om vilka objekt respektive part ska lämna anbud på och det föreskriver inte något om vilka volymer respektive part skall lämna anbud på. Avtalet föreskriver att varje part i sitt respektive anbud skall öppet redovisa underleverantörsförhållandet till SLL och avtalet föreskriver inte något som begränsar konkurrensen om vårdavtal parterna emellan.

Vad som utifrån de av landstinget givna förutsättningarna kunde vara en lämplig lösning klarnade alltså till dess Globen Heart och Medical Support den 8 september 2008 lämnade in sina anbud, dvs. samma dag som man med Aleris tecknade det bilaterala avtalet om underleverantörskap.

Det förhållandet att det i kontakterna med Aleris förekom information om kontakterna Aleris – Capio kan förklaras som i sammanhanget betydelselös överskottsinformation alltsedan Globen Heart/Medical Support inriktade sig på ett enda underleverantörsavtal med Aleris. Omnämningen av Capio i kontakterna mellan Aleris och HKG har inte omfattat information som kunnat användas för att begränsa konkurrensen.

Avtalet med Aleris var reciprokt, eftersom utfallet i upphandlingen var helt ovisst och därmed även vilken part som i bästa fall skulle kunna komplettera den andra i något eller några objekt.

Att vinna eget vårdavtal uppfattades som mycket viktigt av flera skäl. För det första var det ju det enda sättet att själv påverka utsikterna för fortsatt verksamhet eftersom man inte kunde utgå från att avtalsmotparten skulle vinna vårdavtal avseende något av objekten. Härigenom var incitamentet att konkurrera i upphandlingen lika starkt som om underleverantörskap inte hade varit avtalat. För det andra medförde ett eget vårdavtal direktaccess till landstinget i olika frågor om tjänsteproduktionen. För det tredje bedömdes med rätta att konkurrensen skulle bli hård och prispressen sådan att två (2) procents avdrag från de snäva marginalerna skulle bli klart kännbar.

Så snart SLL den 8 september 2008 hade mottagit anbudet från Globen Heart/Medical Support och Aleris måste SLL anses ha blivit underrättat om att parterna utsett varandra som underleverantörer. Det framgick av de anbud som respektive part hade lämnat till SLL. Att förhållandet parterna emellan inte kunde bestämmas förrän utgången i upphandlingen blev känd ligger i sakens natur. Svarandebolagens anbud innebär oavsett detta att förfarandet skett öppet.

Överprövningar gjorde att det drog ut på tiden och i juni 2010 underrättades E.L.N. och M.N. per e-post från T.Ö. om att SLL godkände Aleris som underleverantör till HKG. SLL har aldrig begärt att få ta del av avtalet med Aleris.

Förfarandet har redovisats öppet för SLL, och det affärsmässigt/administrativa arrangemanget parterna emellan har inte intresserat SLL; det är inte heller intressant från konkurrenssynpunkt.

Såvitt gäller effekten av det avtalade underleverantörskapet med Aleris grundar sig inte Konkurrensverkets talan i målet på något verkligt missförhållande.

Det kan däremot påvisas att parternas avtal om underleverantörskap har haft klart gynnsamma effekter i form av bättre tillgänglighet och bättre förutsättningar att göra

multipla undersökningar, samt till gagn för patienterna genom färre resor och patientavgifter samt bevarad kompetens hos professionens utövare.

Konkurrensverket tar i sin talan fasta på ett antagande att Stockholm Heart Center sannolikt skulle ha fått en större andel av de kliniskfysiologiska utredningarna, om Aleris hade utestängts från marknaden. Det innebär inte att något skyddsvärt intresse har trätts förnär, eller att någon konkurrensrättslig regel har överträtts. Detta är särskilt tydligt då det i domstol fastställtts att någon rangordning till förmån för Stockholm Heart Center inte gällde.

Vad som uppnåtts med avtalet mellan Globen Heart/ Medical Support och Aleris är en utifrån förutsättningarna leveransduglig konstellation, kapabel att leverera under den vinnande anbudsgivarens konkurrensmässiga priser, med bevarad kompetens och en hög servicenivå.

## **BEVISNING**

Samtliga parter har lagt fram skriftlig bevisning.

Konkurrensverket har lagt fram muntlig bevisning genom vittnesförhör med A.J.-D., tidigare VD för Aleris, A.R., chefsjurist på SLL, advokat U.D., tidigare rådgivare till SLL, G.H., verksamhetschef på Stockholm Heart Center, T.Ö., Hälso- och sjukvårdsförvaltningen SLL och J.S., tidigare VD för Stockholm Heart Center.

Aleris har lagt fram muntlig bevisning genom vittnesförhör med A.J.-D., E.Z., affärsområdeschef på Aleris, partssakkunnige doktor P.B. och C.D., ekonomichef på Aleris.

Capio har lagt fram muntlig bevisning genom förhör under sanningsförsäkran med E.T., vice VD för Capio samt verksamhetschef Servicegruppen Capio, vittnes-

förhör med partsakkunnige professor R.W., samt med P.-A.D., chefläkare S:t Görans sjukhus, A.N., överläkare och verksamhetschef för klinisk fysiologi på Danderyds sjukhus, T.Ö., N.S., överläkare och verksamhetschef för klinisk fysiologi på S:t Görans sjukhus, och R.C., biträdande chef Servicegruppen S:t Görans sjukhus.

HiS har lagt fram muntlig bevisning genom förhör under sanningsförsäkran med M.N., styrelseledamot och VD HKG och Globen Heart, och E.L.N., styrelseledamot och ordförande HKG och Medical Support.

## **DOMSKÄL**

### **Tillämplig lagstiftning**

Konkurrensverket har gjort gällande att Aleris och Capio sedan mitten/slutet av augusti 2008 t o m den 30 juni 2014, med undantag för perioden den 9 september 2008 till den 8 mars 2010, har överträtt förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen (2008:579).

Konkurrensverket har även gjort gällande att Aleris, Globen Heart och Medical Support sedan mitten/slutet av augusti 2008 t o m den 30 juni 2014, med undantag för perioden den 9 september 2008 till början av juni 2010, överträtt förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen.

De i målet aktuella samarbetsavtalen/förfarandena tillkom när 1993 års konkurrenslag (1993:20) fortfarande gällde. 1993 års konkurrenslag upphävdes den 1 november 2008 i och med ikraftträdandet av 2008 års konkurrenslag. Enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna gäller förbudet i 2 kap 1 § i 2008 års konkurrenslag även ifråga om avtal som föreligger eller förfaranden som tillämpas när lagen träder i kraft, om inte avtalet eller förfarandet är tillåtet enligt äldre bestämmelser. Detsamma gäller i fråga om avtal som förelegat eller förfaranden som tillämpats före ikraftträdandet av 2008 års konkur-

renslag. Undantag görs i punkt 12 i övergångsbestämmelserna för mål och ärenden som anhängiggjorts vid domstol före ikraftträdandet, något som emellertid inte är aktuellt här.

I förarbetena har förtydligats att förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete inte sakligt har förändrats genom 2008 års konkurrenslag. Företagens ansvar för överträdelser som ägt rum innan 2008 års lag trädde i kraft påverkas inte. 2008 års konkurrenslag tillämpas därför på avtal som förelegat och förfaranden som tillämpats före ikraftträdandet, om inte avtalet eller förfarandet är tillåtet enligt äldre bestämmelser (prop. 2007/08:135 s. 240).

Beträffande konkurrensskadeavgift ansågs inte någon övergångsbestämmelse nödvändig eftersom sanktionssystemet inte ansågs ha skärpts (a. prop. s. 241). Inte heller ansågs det behövas övergångsbestämmelser såvitt avsåg undantagsbestämmelserna (a. prop. s. 243).

Tingsrätten tillämpar därför 2008 års konkurrenslag. Som redovisas under rubriken Samhandelseffekt har tingsrätten funnit att påtalade avtal och förfaranden inte kan anses påverka handeln mellan medlemsstater. Artikel 101 i Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF) är därför inte tillämplig.

### **Bevisbörda och beviskrav, allmänt**

Bevisbördan för att det har förekommit en överträdelse av konkurrenslagen vilar på Konkurrensverket.

I motiven till 1993 års konkurrenslag anges att en avsikt med den föreslagna lagstiftningen bl.a. är att så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med EU:s konkurrensregler (prop. 1992/93:56 s. 21). Detta har tolkats som att även beviskraven ska vara på samma nivå som i unionsrätten (MD 2007:23). Någon skillnad torde inte ha varit avsedd i 2008 års konkurrenslag (SOU 2006:99 En ny konkurrenslag s. 488).

Inom unionsrätten krävs för att bevisa en överträdelse av artikel 101 FEUF, som materiellt motsvarar 2 kap 1 § konkurrenslagen, att det anförs sådan bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse. I detta sammanhang ankommer det bl a på kommissionen att styrka samtliga omständigheter som visar att ett företag har deltagit i en sådan överträdelse och dess ansvar vad avser dess olika delar (mål C-185/95 P Baustahlgewebe mot kommissionen REG 1998 s. I-8417, punkt 58, och mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni REG 1999 s. I-4125, punkt 86). Det krävs trovärdiga, precisa och samstämmiga bevis.

Emellertid måste inte varje del av den bevisning som företetts nödvändigtvis motsvara dessa kriterier med avseende på varje del av överträdelsen. Det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla de indicier som läggs fram motsvarar detta krav (mål C-407/08 P Knauf Gips mot kommissionen, REU 2010 s. I-6375, punkt 47).

Om domstolen anser att det föreligger tvivel i detta sammanhang ska företräde ges åt den lösning som gynnar det företag till vilket beslutet om fastställelse av överträdelsen riktar sig. Då är det nödvändigt att beakta principen om oskuldspresumtion, som bl a följer av artikel 6.2 i Europakonventionen. Principen om oskuldspresumtion tillämpas i bl a förfaranden rörande åsidosättanden av konkurrensregler som gäller företag och som kan leda till ålägganden av böter eller viten (mål C-199/92 P Hüls mot kommissionen REG 1999 s. I-4287, punkterna 149 och 150, och mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen, REG 1999, s. I-4539, punkterna 175 och 176).

Någon egentlig skillnad i beviskraven kan inte iaktas vid en jämförelse mellan mål om konkurrensbegränsande avtal m.m. enligt artikel 101 FEUF å ena sidan, och mål om missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF å andra sidan (se beträffande vertikala avtal mål C-260/09 P Activision Blizzard Germany mot kommissionen REU 2011 s. I-419, punkt 71, samt beträffande missbruk av dominerande ställning dels mål T-321/05 AstraZeneca mot kommissionen REU 2010 s. II-2805, punkt



477, dels EFTA-domstolens dom i mål E-15/10 Posten Norge AS ./ EFTA Surveillance Authority, punkt 94).

En utgångspunkt i mål som inbegriper yrkande om utdömmande av konkurrensskadeavgift är att Konkurrensverket lägger fram en utredning som är robust i den meningen att det såvitt man kunnat finna inte finns någon ytterligare utredning som kunnat påverka bevisvärdet. Vidare måste krävas att Konkurrensverket tillförlitligen styrker såväl de omständigheter som konstituerar en överträdelse som de omständigheter som är av betydelse för avgiftens storlek (MD 2013:5, jmf tidigare beviskrav i MD 2007:23 och 2005:7).

Marknadsdomstolens nyss redovisade ställningstagande får anses ha samma materiella innebörd som de unionsrättsliga principer som just redogjorts för. I offentlighetsliga konkurrensfall med samhandelseffekt torde svenska domstolar ha skyldighet att tillämpa åtminstone samma nivå på beviskraven som EU-domstolen eftersom det rör sig om allmänna rättsprinciper (mål C-176/99 P ARBED mot kommissionen, REG 2003 s. I-10687, punkt 19, mål C-94/00 Roquette Frères, REG 2002 s. I-9011, punkt 28). Samtidigt får beviskraven inte bli så höga att de riskerar unionsrättens effektiva genomslag (mål 199/82 San Giorgio, ECR 1983 s. 3595, punkt 14, mål C-242/95 GT-Link mot De Danske Statsbaner, REG 1997 s. I-4449, punkt 25). Det finns inga indikationer i svensk rätt på att beviskraven ska bedömas olika beroende på om samhandelseffekt föreligger eller inte.

Tingsrätten kommer i det följande att pröva om det föreligger avtal och samordnade förfaranden. Om så är fallet prövas om avtalen och/eller förfarandena har haft ett konkurrensbegränsande syfte. Om konkurrensbegränsande syfte föreligger blir det inte aktuellt att pröva om avtalen och/eller förfarandena har haft ett konkurrensbegränsande resultat. Motsatsvis ska, om det inte finns någon konkurrensbegränsande syfte, en prövning ske med avseende på konkurrensbegränsande resultat. Om avtalen och/eller förfarandena anses ha varit konkurrensbegränsande till sitt syfte eller resultat blir nästa steg en märkbarhetsprövning, och, om märkbarhet föreligger, en undantagsprövning

enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen. Om undantag inte kan anses föreligga ska prövas om det finns förutsättningar att döma ut konkurrensskadeavgift, och i så fall med vilka belopp.

### **Avtal eller samordnat förfarande**

Tingsrätten prövar först (i) om Aleris och Capio i mitten/slutet av augusti 2008 ingick ett avtal om volymdelning på sätt som Konkurrensverket har påstått samt (ii) om Aleris, Globen Heart och Medical Support i mitten/slutet av augusti 2008 ingick ett avtal om volymdelning på sätt som Konkurrensverket har påstått. Samtidigt prövas om Aleris och Capio i månadsskiftet augusti-september 2008 kom överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer och om Aleris, Globen Heart och Medical Support senast den 8 september 2008 kom överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på.

### *Avtalsbegreppet enligt konkurrenslagstiftningen*

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal enligt 2 kap 1 § konkurrenslagen tillämpas på avtal mellan företag, liksom såvitt nu är aktuellt, i enlighet med 1 kap 6 § konkurrenslagen, på samordnade förfaranden av företag.

Det är tillräckligt att företagen i fråga enats om att uppträda på ett visst sätt på marknaden för att ett avtal ska anses föreligga (mål 41/69 ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970 s. 661, och Montecatini, citerat ovan, punkt 39). Enligt EU-domstolens praxis föreligger ett avtal om åtminstone två parter gemensamma vilja har uttryckts. Den form i vilken denna vilja kommer till uttryck har dock inte i sig någon avgörande betydelse (mål C-194/14 P AC-Treuhand mot kommissionen, ännu inte publicerad, punkt 28).

Tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal förutsätter inte att det berörda företags ägare eller ledning vidtagit, eller ens känt till, en åtgärd, utan det räcker att en åtgärd har vidtagits av en person som har behörighet att agera på företags vägnar (förenade målen 100/80–103/80, *Musique Diffusion française* m.fl. mot kommissionen, REG 1983 s. 1825, punkt 97, svensk specialutgåva VII, s. 133, mål C-68/12 *Slovenská sporiteľňa*, EU:C:2013:71, punkt 25-28).

Mot bakgrund av lagstiftarens ambition att uppnå materiell rättslikhet med EU:s konkurrensregler måste motsvarande gälla vid tillämpning av 2 kap 1 § konkurrenslagen.

*Har avtal i konkurrensrättslig mening ingåtts i mitten/slutet av augusti 2008?*

#### Samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio

Samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio har i aktuella delar följande lydelse:

3.1 Part skall i enlighet med vad som följer av punkterna 3.2 och 3.3 nedan, i egenskap av underleverantör ("Underleverantören") till den Part som av Landstinget utsetts till beställare ("Beställaren"), utföra diagnostiska metoder inom följande tjänsteområden enligt det eller de vårdavtal som Beställaren kan komma att ingå med Landstinget som en följd av Upphandlingen (vart och ett nedan kallat "Vårdavtal"):

- (i) arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik,
- (ii) lungfunktionsdiagnostik/biodanalyser,
- (iii) perifer cirkulationsdiagnostik, och
- (iv) sömnapnéundersökningar.

De av ovan angivna vårdtjänster som Underleverantören utför enligt detta avtal kallas nedan gemensamt "Tjänsterna".

3.2 Var och en av Parterna skall ha rätt, men ingen skyldighet, att agera Underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan avseende de vårdtjänster som anges i punkterna 3.1 (i)-(iii) ovan. Underleverantören skall därvid ha rätt att utföra maximalt femtio (50) procent av det antal undersökningar inom respektive tjänsteområde

som skall utföras av Beställaren enligt Vårdavtal, på sätt närmare framgår av bilaga 3.2. Parterna skall även ha rätt, men ingen skyldighet, att inleda en dialog om att Underleverantören skall utföra en större andel av undersökningarna.

3.3 Var och en av Parterna skall vidare ha rätt, men ingen skyldighet, att agera Underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan avseende de vårdtjänster som anges i punkten 3.1 (iv) ovan. Underleverantören skall därvid ha möjlighet att utföra det antal undersökningar som skall utföras inom ramen för Beställarens uppdrag

3.4 Om Part önskar agera Underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan, skall den Parten skriftligen meddela den andre Parten detta senast fyrtiofem (45) dagar innan Parten avser påbörja utförandet av vårdtjänsterna. Parten skall därvid ange omfattningen av de vårdtjänster som Parten önskar utföra.

3.6 En förutsättning för Part att få agera Underleverantör enligt detta avtal är att sådan Part inte samtidigt erhållit uppdrag som Beställare inom samma tjänsteområde.

4.2 För utförandet av Tjänsterna skall Beställaren till Underleverantören betala ersättning som uppgår till nittioåtta (98) procent av det belopp som Beställaren debiterar Landstinget enligt vid var tid gällande prislista avseende Tjänsterna.

#### 9 Särskilt åtagande

Var och en av Parterna förbinder sig att i sitt anbud till Landstinget lägga bud på det maximala antal undersökningar inom respektive tjänsteområde inom klinisk fysiologi som omfattas av Upphandlingen, dock att S:t Görans, såvitt avser de vårdtjänster som anges i punkten 3.1 (iv) ovan, skall vara skyldigt att lägga bud på åtta (8) procent av det maximala antal undersökningar som omfattas av Upphandlingen.

I målet är utrett att samarbetsavtalet undertecknades den 3 september mellan Aleris och Capiro. Avtal har alltså funnits i vart fall från detta datum. Överenskommelserna om vilka anbudsobjekt Aleris och Capiro skulle lägga anbud på och med vilka volymer framgår direkt av samarbetsavtalets punkt 9 ”Särskilt åtagande”.

Konkurrensverket gör, oaktat att avtalet undertecknades den 3 september 2008, gällande att avtal om volymdelning ingicks redan i mitten eller slutet av augusti 2008 samt att överenskommelserna om vilka anbudsobjekt Aleris och Capio skulle lägga anbud på och med vilka volymer ingicks i månadsskiftet augusti-september 2008.

Den reglering som Konkurrensverket kallar volymdelning återfinns primärt i samarbetsavtalens punkt 3.2. Det är fråga om att underleverantören ska ha rätt att utföra maximalt femtio procent av det antal undersökningar inom respektive tjänsteområde som ska utföras av beställaren, dvs den andra parten i avtalet, enligt vårdavtal med landstinget.

Av förhöret med E.T. har framkommit att hon och A.J.-D. träffades i mitten av juli på hennes kontor. Mötet varade i kanske en halvtimme och de kom överens om att Aleris och Capio skulle ange varandra som underleverantörer. A.J.-D. skulle ta fram avtalsförslag.

Av den skriftliga bevisningen framgår följande.

I epostkorrespondens mellan M.N. och A.J.-D. den 15 juli 2008 nämnde M.N. möjligheten till underleverantörsavtal mellan Aleris, ”vi”, med vilket får antas avses Globen Heart och Medical Support, och Capio. Samma dag skrev A.J.-D. till M.N.:

I övrigt hade jag ett bra samtal med E. och jag har åtagit mig att utforma en mall för underleverantörsavtal. Jag jobbar med den nästa vecka och låter vår advokat titta på den (han kommer hem den 21 juli). E. har semester nu men det bör vara OK om vi har underleverantörsavtalen klara i början av augusti.

A.J.-D. har i förhör uppgett att avtalen baserar sig på 2003 års avtal som togs fram av Capio. Aleris anlätade sin advokatbyrå Gernandt & Danielsson som tog fram ett första utkast. A.J.-D. skickade det till Globen Heart och Capio.

Punkt 3.2 i avtalen såg i utkastform inte ut som i slutversionen. Det var Capio som ville göra tillägg.

Den 11 augusti 2008 skrev A.J.-D. epost till S.B., som också var på Aleris:

Jag har idag skickat förslag på underleverantörsavtal till Capio och Globen.

Den 13 augusti 2008 skrev A.J.-D. epost till M.N.:

Hej

E. har inte hört av sig och när vi nu har lite mer tid tycker jag att det kanske är bättre att du och jag kan få fram ett förslag som vi alla kan använda dvs vi kan avvakta lite med PTJ. Har talat med R. och vi vill gärna ha er som underleverantör för neurofysiologi.

M.N. svarade några minuter senare:

Hej!

Det låter klokt. Vi arbetar vidare med förslag till upplägg.

Något senare samma dag skrev A.J.-D. till M.N.:

Hej M.,

E.T. ringde nyss. Hon tyckte avtalet i stort var bra men vill få in en volymklausul. Hennes förslag kommer i morgon så får vi titta på det då.

Av detta framgår att diskussion om en volymklausul förekom mellan Aleris och Capio den 13 augusti 2008.

Den 18 augusti 2008 skickade E.T. epost till A.J.-D.:

Hej ursäkta att det dröjde något med vårt förslag. Jag har låtit våra ändringsförslag kvarstå så det skall vara enkelt att se vad vi gjort.

Avvaktar att höra ifrån dig.

Till epostmeddelandet var bifogat ett ändringsmarkerat utkast till samarbetsavtal mellan Aleris och Capio. Avtalsvillkoren 3.1-3.2 hade i det skedet följande lydelse:

3.1 Part skall i enlighet med vad som följer av punkten 3.2 nedan, i egenskap av underleverantör ("Underleverantören") till den Part som av Landstinget utsetts till beställare ("Beställaren"), utföra diagnostiska metoder inom följande tjänsteområden enligt det eller de vårdavtal som Beställaren kan komma att ingå med Landstinget som en följd av Upphandlingen (vart och ett nedan kallat "Vårdavtal"):

- (i) arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik,
- (ii) lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser,
- (iii) perifer cirkulationsdiagnostik, och
- (iv) sömnapnéundersökningar.

De av ovan angivna vårdtjänster som Underleverantören utför enligt detta avtal kallas nedan gemensamt "Tjänsterna".

3.2 Om Part önskar agera underleverantör i enlighet med punkten 3.1 ovan, skall den Parten skriftligen meddela den andre Parten detta senast sextio (60) dagar innan Parten avser påbörja utförandet av Tjänsterna. Parterna skall därefter gemensamt inom trettio (30) dagar söka komma fram till en överenskommelse om vilka vårdtjänster som skall ingå i Tjänsterna, samt komma till en principöverenskommelse om i vilken omfattning Underleverantören skall arbeta

med Tjänsterna. Överenskommelsen skall träffas genom ett skriftligt tillägg till detta avtal. [ ]

Det förekom alltså inte någon volymklausul i utkastet vid den tidpunkten, utan utgångspunkten verkar ha varit att ett skriftligt tilläggsavtal skulle upprättas senare vad gällde omfattningen av underleverantörstjänsterna. Skrivningen i det skedet var Capios förslag.

Den 29 augusti 2008 skickade E.T. epost till A.J.-D.:

Hej, har gått in och lagt förslag till ändring av text i 2.5 eftersom vi endast lämnar anbud på en mindre del av volymen på sömnområdet.

3.2 hänvisar till bilaga 3.2 !!!

3.3 förstår jag inte riktigt syftet med den. Eftersom vi lämnar anbud på endast en mindre volym vill vi inte ge bort hela den om vi skulle få vårdavtalet. Och får ni uppdraget tror jag inte ni skulle vilja att vi hade rätt att ta hela volymen. Här hänvisas också till bilaga 3.2!

Sammanfattningsvis framgår av den skriftliga bevisningen att frågan om en volymklausul har diskuterats bilateralt mellan Aleris och Capio åtminstone sedan den 13 augusti 2008. Att volymklausulen kom att bli del av det samarbetsavtal som undertecknades den 3 september 2008 är ett faktum. Den skriftliga bevisningen leder närmast till slutsatsen att diskussionen om volymklausulen har kommit att konkretiseras gradvis mellan den 13 augusti och fram till dess att avtalet undertecknades.

Ett avtal i konkurrensrättslig mening kan anses ha ingåtts om det framgår att de berörda parterna har samstämmiga önskemål vad gäller principen att begränsa konkurrensen, även om konkurrensbegränsningens former fortfarande är föremål för förhandlingar (mål T-240/07 Heineken Nederland och Heineken mot kommissionen, REU 2011 s. II-3355, punkt 45, ingen ändring efter överklagande, mål C-452/11 P Heineken



Nederland och Heineken mot kommissionen, EU:C:2012:829). Det som läggs Aleris och Capiro till last i aktuellt hänseende är att de har avtalat om volymdelning redan i mitten eller slutet av augusti 2008. Med reservation för bedömningen av om volymdelning är konkurrensbegränsande, vilken görs senare i domen, får mot bakgrund av den angivna epostkorrespondensen konstateras att det måste ha förelegat samstämmiga önskemål mellan Aleris och Capiro om just volymdelning i slutet av augusti 2008. Att avtalet har undertecknats först den 3 september 2008 förändrar inte bedömningen.

Slutsatsen är att avtal om volymdelning, enligt konkurrenslagens avtalsbegrepp, har ingåtts senast i slutet av augusti mellan Aleris och Capiro. Vad som avses med volymdelning kommer att beröras närmare under rubriken Avtalsinnehållet.

På motsvarande sätt har överenskommelse om vilka anbudsobjekt Aleris och Capiro skulle lägga anbud på och med vilka volymer ingåtts i månadsskiftet augusti-september 2008.

#### Samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support

Samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support har i aktuella delar följande lydelse:

3.1 Var och en av Parterna skall ha rätt att i egenskap av underleverantör ("Underleverantören") till den Part som av Landstinget utsetts till beställare ("Beställaren") utföra diagnostiska metoder inom följande tjänsteområden enligt det eller de vårdavtal som Beställaren kan komma att ingå med Landstinget som en följd av Upphandlingen (vart och ett nedan kallat "Vårdavtal"):

- (i) arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik,
- (ii) lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser,
- (iii) neurofysiologi (beträffande vilket enbart Aleris har rätt att vara Underleverantör, eftersom Aleris inte lämnar något anbud inom detta tjänsteområde)
- (iv) perifer cirkulationsdiagnostik, och
- (v) sömnapnéundersökningar.

De av ovan angivna vårdtjänster som Underleverantören utför enligt detta avtal kallas nedan gemensamt "Tjänsterna".

3.2 Om Part önskar utöva sin rätt enligt punkten 3.1 ovan, skall Parten skriftligen meddela den andre Parten detta senast trettio (30) dagar innan Parten avser påbörja utförandet av Tjänsterna.

4.2 För utförandet av Tjänsterna skall Beställaren till Underleverantören betala ersättning som uppgår till nittioåtta (98) procent av det belopp som Beställaren debiterar Landstinget enligt vid vårtid gällande prislista avseende Tjänsterna.

I målet är utrett att samarbetsavtalet undertecknades den 8 september mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support. Avtal har alltså funnits i vart fall från detta datum. Konkurrensverket gör emellertid gällande att avtal om volymdelning ingicks redan i mitten eller slutet av augusti 2008.

Den reglering som Konkurrensverket kallar volymdelning återfinns primärt i samarbetsavtalets punkt 3.1. Till skillnad från vad som anges i avtalet mellan Aleris och Capio finns det ingen procentsats angiven för underleverantörens rätt att utföra tjänster. Istället anges att var och en av parterna ska ha rätt att i egenskap av underleverantör till den part som av SLL utsetts till beställare, utföra diagnostiska metoder inom närmare angivna tjänsteområden enligt det eller de vårdavtal som beställaren kan komma att ingå med SLL som en följd av upphandlingen.

Avtalsvillkoret i punkt 3.1 i samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support är utformad som en ospecificerad rätt för underleverantören att få utföra de tjänster som närmare anges i avtalet. Inget har framgått om hur avtalsförhandlingarna närmare fortskred mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support, men det går att dra vissa slutsatser med stöd av bevisningen kring förhandlingarna mellan Aleris och Capio. Där har nämligen framgått att just den aktuella bestämmelsen, som i utkastform såg ut ungefär som i punkt 3.1 i samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support, omförhandlades på Capios initiativ. Uppenbarligen har bestämmelsen i punkt 3.1 i samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support kommit

att stå kvar utan några större förändringar jämfört med det utkast som Aleris hade skickat till Capio. Mellan Aleris och Capio kom motsvarande bestämmelse att omförhandlas varvid 50-procentsatsen arbetades in.

Avtalsvillkoret har fått väsentligen den utformning som föreslogs redan i utkast den 11 augusti 2008. Att så är fallet har även bekräftats av Aleris under huvudförhandlingen. Det kan hållas för visst att Aleris, Globen Heart och Medical Support har haft samstämmiga önskemål om villkorets utformning i vart fall i slutet av augusti 2008. Att avtalet har undertecknats först den 8 september 2008 förändrar inte bedömningen.

En ytterligare fråga som måste besvaras är om avtalsvillkoret innebar volymdelning som Konkurrensverket har påstått. Fråga kan ställas hur villkoret ska förstås. Underleverantörens rätt att utföra tjänster enligt villkoret är inte kvantifierad och skulle, vid en rent språklig tolkning, kunna omfatta allt mellan en och hundra procent av tjänsterna.

Det saknas tolkningsdata från tiden när avtalet slöts om vad som närmare avsågs med avtalsvillkoret såvitt gällde volymer. Därför är det av intresse att se hur samarbetsavtalet faktiskt kom att tillämpas.

Aleris fick inget eget ramavtal i upphandlingen med SLL avseende objekten A, B och D. Däremot fick Globen Heart och Medical Support slutligen ramavtal med SLL för objekt A, B, D och E. Enligt den utredning som har lagts fram om vad som hände efter upphandlingen, överlät Globen Heart och Medical Support sina avtal med SLL till HKG med verkan från den 1 juli 2010. I juni 2010 begärde HKG godkännande från SLL dels avseende avtalsöverlåtelsen, dels för att få använda Aleris som underleverantör. Några dagar senare godkände SLL denna dubbla begäran, vilket HKG meddelade Aleris.

Konkurrensverket har anfört följande om hur avtalet kom att tillämpas. Till följd av samarbetsavtalet med Globen Heart och Medical Support (sedermera HKG) har Aleris utfört ca hälften av det totala antalet undersökningar inom objekten A, B och D år

2012. Beträffande ett av dessa objekt har Aleris, tack vare samarbetsavtalet, fått utföra 85 procent av det totala antalet undersökningar.

Uppgifterna om hur stor del av undersökningarna Aleris kom att få utföra stöds av skriftlig bevisning och står oemotsagda. Tingsrätten utgår från att samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support har kommit att tillämpas i stort sett som det var avsett, eller med andra ord som en volymdelning. Aleris har fått utföra ungefär hälften, och i något fall huvuddelen, av tjänsterna enligt HKG:s avtal med SLL.

Konkurrensverket har alltså visat att Aleris, Globen Heart och Medical Support i slutet av augusti 2008 ingått avtal om volymdelning, enligt konkurrenslagens avtalsbegrepp. Vad som avses med volymdelning kommer att behandlas närmare nedan under rubriken Avtalsinnehållet.

Konkurrensverket har vidare anfört att det av samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support framgår indirekt att de kom överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på. Enligt Konkurrensverket framgår det motsatsvis av punkt 3.1 i samarbetsavtalet. Där anges för tjänsteområdet neurofysiologi att enbart Aleris hade rätt att vara underleverantör, eftersom Aleris inte lämnade något anbud inom detta tjänsteområde. Enligt Konkurrensverket måste det uppfattas som att det fanns en överenskommelse om att lämna anbud på objekt A, B, D och E. Tingsrätten menar dock att det är osäkert om det har funnits en överenskommelse i detta avseende. Tingsrätten återkommer till om det däremot har varit fråga om ett samordnat förfarande genom röjande av information.

*Begreppet samordnat förfarande enligt konkurrenslagstiftningen*

Konkurrensverket grundar sin talan inte bara på konkurrensbegränsande avtal, utan även på att det förekommit samordnade förfaranden.

EU-domstolen har anmärkt att begreppen ”avtal” och ”samordnat förfarande”, om man ser till den subjektiva sidan, omfattar olika former av samförstånd som är av samma art och som endast skiljer sig åt vad avser deras intensitet och i vilka former de kommer till uttryck (mål C-8/08 T-Mobile Netherlands m fl, EU:C:2009:343, punkt 23). Ett samordnat förfarande avser en form av koordination mellan företag som, utan att det har lett fram till att ett egentligt avtal har ingåtts, medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete (ibid, punkt 26).

*Har det förekommit samordnade förfaranden sommaren 2008?*

#### Röjande av anbudsobjekt och volymer

Konkurrensverket har gjort gällande att Aleris och Capio i månadsskiftet augusti-september 2008 röjde för varandra och kom överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer (informationsutbyte). Konkurrensverket har också gjort gällande att Aleris, Globen Heart och Medical Support senast den 8 september 2008 röjde för varandra och kom överens om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på (informationsutbyte).

Överenskommelserna om vilka anbudsobjekt Aleris och Capio skulle lägga anbud på framgår, som tingsrätten redan har funnit, direkt av samarbetsavtalet.

Överenskommelsen om anbudsobjekt kan alltså såvitt gäller Aleris och Capio inordnas under samarbetsavtalet, vilket innebär att det är överflödigt att ta ställning till om det i detta avseende varit fråga om ett samordnat förfarande.

Konkurrensverkets påstående om röjande av information mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support får stöd genom en uppgift i en inlaga i målet. Där anger HKG:s ombud att Globen Heart och Medical Supports företrädare i de kontakter som förekom med andra aktörer var tydliga med att man skulle bjuda på samtliga objekt i upphand-

lingen. Konkret lade Aleris anbud på hela maxvolymerna och Globen Heart och Medical Support lade anbud på halva maxvolymerna vardera inom tjänsteområdena A, B och D (arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik, lungfunktionsdiagnostik/ blodanalyser samt perifer cirkulationsdiagnostik).

Tingsrätten konstaterar i denna del att det onekligen synes ha förekommit röjande av information på sätt som Konkurrensverket har påstått mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support. Systematiskt måste dock i första ledet prövas om *samarbetsavtalet* har ett konkurrensbegränsande syfte. Anledningen är att informationsutbyte inom ramen för en syftesöverträdelse anses utgöra del av samma överträdelse. Informationsutbytet ska då inte bedömas separat genom en avvägning mellan konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekter av utbytet (förenade målen C-204/00 etc. Aalborg Portland m fl mot kommissionen, REG 2004 s. I-123, punkt 281). Därför avvaktar tingsrätten med bedömningen av de påstådda samordnade förfarandet i denna del.

Aleris röjande av information för Globen Heart om att avtalsförhandlingar pågick även med Capio

Konkurrensverket har också gjort gällande att Aleris den 13 augusti 2008 lämnade information till Globen Heart om att även Aleris och Capio förde diskussioner om ingående av ett samarbetsavtal och hur detta skulle utformas. Enligt Konkurrensverket utgör detta tillsammans med övriga förfaranden som läggs Aleris och HKG till last en överträdelse av förbudet i 2 kap 1 § konkurrenslagen.

Den information som det är fråga om har redovisats mer utförligt tidigare i domen. Det är fråga om epostkorrespondens mellan A.J.-D. och M.N.. Den 15 juli 2008 skrev A.J.-D. till M.N. och upplyste om att han hade haft ”ett bra samtal med E. och jag har åtagit mig att utforma en mall för underleverantörsavtal” samt att ”det bör vara OK om vi har underleverantörsavtalen klara i början av augusti”. Den 13 augusti 2008 skrev A.J.-D. epost till M.N. och upplyste att E. inte hade hört av sig.

Något senare samma dag skrev han igen till M.N. och meddelade att:

E. T. ringde nyss. Hon tyckte avtalet i stort var bra men vill få in en volymklausul. Hennes förslag kommer i morgon så får vi titta på det då.

Av den skriftliga bevisningen framgår alltså att A.J.-D. den 13 augusti 2008 i epost berättade för M.N. att avtalsförhandlingar fördes även mellan Aleris och Capiro. Av den epostkorrespondens som förekommit redan i juli kunde M.N. därigenom sluta sig till att det var fråga om underleverantörsavtal av samma slag som det som förhandlades mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support. Vidare røjde A.J.-D. den 13 augusti 2008 att Capiro ville ha en volym-klausul i avtalet.

Praxis har utvecklats till att även ensidigt røjande av information för en konkurrent kan utgöra ett samordnat förfarande. Spridning av känsliga uppgifter undanröjer osäkerheten angående en konkurrents framtida handlande och påverkar därmed, direkt eller indirekt, informationsmottagarens strategier (mål T-377/06 Comap mot kommissionen, EU:T:2011:108, punkterna 69-70, ingen ändring av EU-domstolen efter överklagande, mål C-290/11 P Comap mot kommissionen, EU:C:2012:271, punkterna 16 och 66 ff. Se även Europeiska kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT 2011, C 11/01, punkt 62).

Att ett enstaka informationsutbyte kan utgöra ett samordnat förfarande framgår av praxis (T-Mobile Netherlands, punkt 59).

Utredningen visar att det har förekommit ett samordnat förfarande genom att Aleris den 13 augusti 2008 røjte information för Globen Heart om att Aleris och Capiro förde diskussioner om ingående av ett samarbetsavtal och hur detta skulle utformas. Tings-

rätten återkommer senare i domen till frågan om det samordnade förfarandet har varit konkurrensbegränsande.

### **Har samarbetsavtalen haft ett konkurrensbegränsande syfte?**

*Rättsliga utgångspunkter för bedömningen av om avtalen har haft ett konkurrensbegränsande syfte*

Kriterierna konkurrensbegränsande syfte eller resultat är alternativa, och i första hand prövas om konkurrensbegränsande syfte föreligger (T-Mobile Netherlands m.fl., punkt 28).

Ett konkurrensbegränsande syfte utgörs inte av subjektiva avsikter hos företrädare för ett företag. Sådana överväganden är irrelevanta (C-209/07 Beef Industry Development och Barry Brothers, REU 2008 s. I-8637, punkt 21). Det är istället fråga om en objektiv bedömning av det avtal eller samordnade förfarande som är föremål för bedömningen (ibid).

För att det ska föreligga en konkurrensbegränsning genom syfte krävs att det är fråga om en *typ av samordning* mellan företag som är *så pass skadlig för konkurrensen* att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras (mål C-67/13 P CB mot kommissionen, EU:C:2014:2204, punkt 49, se även mål C-172/14 ING Pensii, EU:C:2015:484, punkt 31). Begreppet att avtalet ”har till syfte” att begränsa konkurrensen ska tolkas restriktivt (mål C-345/14 Maxima Latvija, EU:C:2015:784, punkt 18). Det innebär att man ska vara försiktig i tillämpningen av syftesbegreppet.

Som ett första led i bedömningen av om de i målet aktuella avtalen har ett konkurrensbegränsande syfte ska tingsrätten därför pröva innehållet i avtalets bestämmelser och de mål som eftersträvas med avtalet (mål C-32/11 Allianz Hungária Biztosító and Others, EU:C:2013:160, punkt 36). Där krävs en ingående och individuell granskning av vart och ett av avtalen.



För att ett avtal ska kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte räcker det att det är *ägnat att inverka negativt på konkurrensen*. Med andra ord är det tillräckligt att det är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den relevanta marknaden. Frågan huruvida och i vilken mån ett avtal har en sådan verkan i verkligheten har endast betydelse för eventuella konkurrensskadeavgifter (ibid, punkt 38).

Om bedömningen av avtalets bestämmelser och de mål som eftersträvas med avtalet leder till slutsatsen att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte, prövas i nästa led det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalen ingår i. Bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget kan, vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte, endast stärka eller neutralisera granskningen av själva ordalydelsen i ett avtal om en misstänkt konkurrensbegränsande samverkan. Det kan inte på något sätt kompensera för avsaknaden av ett faktiskt identifierat konkurrensbegränsande syfte genom att åtgärdernas potentiella verkan påvisas. En granskning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget för att fastställa huruvida det föreligger en begränsning genom syfte kan inte leda till att företagen anses ha överträtt konkurrensreglerna, om man inte av avtalsbestämmelserna kan sluta sig till att samverkan är skadlig för konkurrensen (se generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i mål C-172/14 ING Pensii, EU:C:2015:272, punkterna 41-43).

Vid bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna (CB mot kommissionen, punkt 53).

Om analysen så långt leder till slutsatsen att avtalet inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, ska avtalets verkningar prövas. I så fall krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits (CB mot kommissionen, punkt 52). För att kunna fastställa ett konkurrensbegränsande resultat krävs då en omfattande analys med avseende på samtliga relevanta omständigheter (se t.ex. mål C-136/12 Consiglio nazionale dei

geologi och Autorità garante della concorrenza e del mercato, EU:C:2013:489, punkt 56, mål C-1/12 Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, EU:C:2013:127, punkt 69 ff).

Det bör också påpekas att begreppen horisontella respektive vertikala avtal tjänar som tumregler och kategorisering för att närma sig konkurrensrättsliga problem. I regel anses vertikala begränsningar som mindre skadliga än horisontella begränsningar och kan ge goda möjligheter till effektivitetsvinster (kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, OT C 130/1, 19.5.2010, punkt 6 in fine). Två företag betraktas som faktiska konkurrenter om de är verksamma på samma relevanta marknad (ibid, punkt 27).

#### *Avtalsinnehållet*

Avtalsvilkorens lydelse har tidigare redovisats, men det finns anledning att kort sammanfatta vad det är frågan om.

#### Samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio

Samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio innebär i korthet följande.

Om Aleris skulle nå framgång i SLL:s upphandling inom något av tjänsteområdena arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik, lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser, eller perifer cirkulationsdiagnostik, och Capio samtidigt inte fick något avtal med SLL inom samma tjänsteområde, skulle Capio ha rätt men inte skyldighet att som Aleris underleverantör utföra hälften av tjänsterna inom tjänsteområdet enligt Aleris vårdavtal med SLL.

Om Capio skulle nå framgång i SLL:s upphandling inom något av dessa tjänsteområden, och Aleris samtidigt inte fick något avtal med SLL inom samma tjänsteområde, skulle Aleris på motsvarande sätt ha rätt men inte skyldighet att som Capios underleve-

rantör utföra hälften av tjänsterna inom tjänsteområdet enligt Capios vårdavtal med SLL.

På tjänsteområdet sömnapnéundersökningar innebar avtalet ett motsvarande upplägg, men utan något tak såvitt gällde de volymer som underleverantören kunde begära att få utföra.

Part som önskade agera underleverantör skulle skriftligen meddela den andre parten detta senast fyrtiofem dagar innan parten avsåg påbörja utförandet av vårdtjänsterna. Parten skulle därvid ange omfattningen av de vårdtjänster som parten önskade utföra.

Om Aleris utförde tjänster som underleverantör till Capio skulle Capio betala ersättning till Aleris med 98 procent av det belopp som Capio debiterade SLL. Motsvarande gällde om Capio utförde tjänster åt Aleris enligt avtalet.

Aleris åtog sig gentemot Capio att i sitt anbud till SLL lägga bud på det maximala antal undersökningar inom respektive tjänsteområde inom klinisk fysiologi som omfattades av upphandlingen. Capio gjorde motsvarande åtagande gentemot Aleris, men med den skillnaden att Capio på tjänsteområdet sömnapnéundersökningar endast åtog sig att lägga bud på åtta procent av det maximala antal undersökningar som omfattades av upphandlingen.

Avtalet gällde under hela den tid som vårdavtal med SLL gällde.

#### Samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support

Samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support är i stort skrivet på samma sätt som samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio, med följande skillnader.

- Avtalet gällde, utöver arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik, lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser, perifer cirkulationsdiagnostik och sömnapnéundersökningar även

neurofysiologi, dock ingår inte tjänsteområdet neurofysiologi i Konkurrensverkets talan.

- Underleverantörens rätt att utföra tjänster var inte bestämd till 50 procent.
- Till skillnad mot avtalet mellan Aleris och Capio finns ingen bestämmelse med innebörd att rätten att agera underleverantör endast gäller för part som inte fått avtal med SLL.
- En kortare frist gällde för den som önskade påkalla sin rätt att agera underleverantör (30 dagar istället för 45 dagar).
- Det finns inte något åtagande att i sitt anbud till SLL lägga bud på det maximala antal undersökningar inom respektive tjänsteområde inom klinisk fysiologi som omfattades av upphandlingen.

Avtalet gällde under hela den tid som vårdavtal med SLL gällde.

#### *De mål som eftersträvas med avtalen*

Som samarbetsavtalen är utformade framstår det som att de primärt är avsedda att säkerställa de kommersiella intressena för en avtalspart som förlorar ett eller flera tjänsteområden i SLL:s upphandling.

Om syftet istället hade varit att säkerställa att den som vann upphandlingen fick tillgång till en underleverantör, borde samarbetsavtalen ha utformats som en rätt för vinnaren i upphandlingen att avropa tjänster från underleverantören. Här är det däremot fråga om att underleverantören ska ha rätt att träda in i vinnarens volymer enligt avtal med SLL.

Om syftet hade varit att säkerställa att patienter som behövde undersökningar från mer än ett tjänsteområde skulle kunna gå till ett enda ställe och få undersökningarna utförda i ett sammanhang, hade detta kunnat säkerställas på andra och mindre konkurrensbegränsande sätt. Ett alternativ hade varit att teckna samarbetsavtalen i efterhand, så som skedde efter 2003 års upphandling. Hade avtalen tecknats i efterhand torde de

företag som hade förlorat upphandlingen haft en sämre förhandlingsposition innebärande sämre villkor för underleverantörer, vilket hade stärkt incitamenten till priskonkurrens under upphandlingen. Ytterligare ett annat alternativ hade varit att branschen hade omstrukturerats efter upphandlingen. Företag som hade vunnit avtal för vissa men inte alla delar av den kliniska fysiologin under själva upphandlingen hade kunnat ta över avtal och produktionsresurser från andra företag med inkompleta avtalsportföljer. Härigenom hade de kvarvarande aktörerna kunnat erbjuda klinisk fysiologi inom de olika tjänsteområdena. Samarbetsavtalen ingicks emellertid innan några svårigheter för patienterna ännu hade visat sig (för ett motsvarande resonemang, se generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i ING Pensii, punkt 72).

Att en minimering av risken att slås ut från marknaden var det primära målet med avtalen underbyggs också av annan bevisning som Konkurrensverket har lagt fram. Av den skriftliga bevisningen framgår att E.T. skrivit epost den 11 augusti 2008 med sådan innebörd ("att fortfarande vara med i matchen"), och att Aleris lämnat yttrande till Konkurrensverket med sådan innebörd under utredningen ("att åtminstone kunna agera som underleverantör och på så sätt fortsätta sin verksamhet inom klinisk fysiologi").

Samarbetsavtalen framstår därmed primärt som defensivmanövrar vars syfte var att rädda kvar svarandebolagen på marknaden om de förlorade i upphandlingen.

*Är samarbetsavtalen av sådant slag att de vid första påseende utgör syftesöverträdelser?*

Aleris har understrukt att det inte har varit fråga om avtal om företagets prissättning, vilket också är ostridigt i målet. Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal gäller dock inte endast avtal som har en direkt inverkan på det pris som slutkonsumenterna betalar. Det måste således inte föreligga ett direkt samband mellan ett avtal och konsumentpriserna för att det ska kunna konstateras att ett avtal har ett konkurrensbegrän-

sande syfte. Bestämmelsen i 2 kap 1 § konkurrenslagen är inte enbart avsedd att skydda konkurrenternas eller konsumenternas direkta intressen, utan den ska skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan (detta har såvitt gäller motsvarande förbud i artikel 101 FEUF uttalats i mål C-8/08 T-Mobile Netherlands m fl, EU:C:2009:343, punkterna 36 och 39, se även mål C-286/13 P Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, EU:C:2015:184, punkterna 123-125).

EU-domstolen har uttryckligen underkänt resonemanget att begreppet överträdelse genom syfte endast skulle gälla avtal som rör horisontell prissättning, begränsning av produktionen eller marknadsuppdelning (mål C-209/07 Beef Industry Development och Barry Brothers, EU:C:2008:643, punkterna 22 ff). Istället har EU-domstolen tilllämpat en analys som bl.a. bygger på det kontrafaktiska scenariot, d v s vad som skulle hända utan avtalet (ibid, punkt 35).

Genom ingåendet av samarbetsavtalen kom företagen bilateralt överens om fördela vunna volymer lika. De kom också överens om hur intäkterna från SLL skulle fördelas, nämligen med 98 procent till underleverantören och 2 procent till den part som avstod volymer. Vad gäller likadelningen av volymer bör påpekas att det uttryckligen är fråga om en uppdelning 50/50 i samarbetsavtalet mellan Aleris och Capiro, och en ospecificerad volymdelning som kommit att tillämpas väsentligen som en likadelning i samarbetsavtalet mellan Aleris och (efter överlåtelsen av avtalet) HKG. Den avtalspart som eventuellt skulle komma att vinna upphandlingen fick alltså räkna med att till den andra avtalsparten avstå hälften av de volymer som skulle komma att tilldelas (Aleris och Capiro) eller en del av volymerna (Aleris och HKG). Tingsrätten återkommer senare till svarandebolagens argument att det inte gick att dela volymerna lika.

Aleris och Capiro kom även överens om att lägga samman sin leveranskapacitet inför anbudsgivandet, i och med att de ömsesidigt åtog sig att lämna anbud på det maximala antal undersökningar inom respektive tjänsteområde inom klinisk fysiologi som omfattades, utom på området sömnapnéundersökningar där Capiro var skyldigt att lägga bud

på åtta procent av det maximala antalet undersökningar som omfattas av upphandlingen.

Någon motsvarande bestämmelse finns inte i avtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support. Tingsrätten har dock redan funnit att Aleris, Globen Heart och Medical Support röjde för varandra vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på.

I enlighet med den analysmodell som framgår av praxis och som redovisats ovan ska tingsrätten som ett första led ta ställning till hur avtal av aktuellt slag typiskt sett skulle påverka konkurrensen på vilken marknad som helst.

Samarbetsavtalens förmåga att typiskt sett medföra betydande verkningar på marknaden ska analyseras mot bakgrund av de omständigheter som var kända när avtalen ingicks. Omständigheter som konstaterats efter ingåendet av avtalen kan inte i detta led av analysen beaktas för att fastställa om det är fråga om syftesöverträdelser (se generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i mål C-172/14 ING Pensii, punkt 60).

Samarbetsavtalen utgör enligt tingsrätten inte några underleverantörsavtal i traditionell mening. Inga egentliga leveranser sker från underleverantören till den andra parten i samarbetsavtalet. Den part i samarbetsavtalet som vinner upphandlingen har ingen rätt att avropa leveranser från den andra parten. Istället är det den part i samarbetsavtalet som förlorar upphandlingen som har en ovillkorlig rätt att träda in i hälften av de volymer som den vinnande parten får.

Fakturering till SLL görs enligt vad som upplysts i målet från den som vunnit upphandlingen. Men rent konkret är det fråga om att patienterna ska vända sig direkt till den s.k. underleverantören efter remiss från remitterande läkare. Samarbetsavtalet bygger inte på att den som vunnit upphandlingen ska vända sig till sin samarbetspart vid kapacitetsbrist, utan bygger på att den volym som må tilldelas vid upphandlingen ska delas lika, oavsett om den som vunnit upphandlingen har kapacitet att själv utföra undersökningarna eller inte. Vid tidpunkten när samarbetsavtalen ingicks kunde par-

terna inte överblicka om det rent konkret skulle uppstå någon kapacitetsbrist som skulle föranleda behov att anlita en konkurrent. Som SLL:s upphandling var upplagd kunde resultatet av upphandlingen bli att minst två leverantörer utsågs, men även fler. Samarbetena befinner sig därmed i gränslandet mellan ömsesidiga distributionsavtal, och ömsesidiga produktionsavtal mellan konkurrenter. Genom samarbetsavtalen lägger avtalsparterna, d v s Aleris och Capio respektive Aleris, Globen Heart och Medical Support, ihop sina leveranskapaciteter när de lägger anbud. Därigenom uppträder parterna i respektive avtal som om de vore en ekonomisk enhet, men utan att i själva verket vara det.

Vid ingående av samarbetsavtalen visste parterna inte hur utfallet av upphandlingen skulle bli. Samarbetsavtalen kunde, beroende på utfallet i upphandlingen, komma att få stora eller små konsekvenser för avtalsparterna. Det kunde rentav bli så att samarbetsavtalen blev verkningslösa, nämligen om ingen av avtalsparterna vann i upphandlingen.

Samarbetsavtalen utgör alltså bilaterala överenskommelser som träffades inför anbudsgivningen om att dela upp ett obestämt antal undersökningar lika mellan avtalsparterna, förutsatt att någon av dem (men, i avtalet mellan Aleris och Capio, inte båda) gick vinnande ur upphandlingen. Genom att ingå avtalen sökte företagen reducera risken för att bli utan avtal vid SLL:s upphandling. Företagens incitament att lämna konkurrenskraftiga bud i prishänseende måste typiskt sett anses minska till följd av ingående av den aktuella sortens avtal. Detta för att företagen vid sin prissättning i anbudsgivningen var och en för sig måste antas inrätta sig efter insikten att det finns en andra chans att få tilldelning även om företaget inte vinner. Särskilt Aleris borde ha haft ett sådant incitament i och med att Aleris ingick dubbla samarbetsavtal.

Utöver att samarbetsavtalen typiskt sett får anses påverka incitamentet att priskonkurrera kan konstateras att de är av sådant slag att de typiskt sett kan *snedvrída* konkurrensen på en marknad. De syftar till att cementera befintlig marknadsstruktur och minska dynamiken i samband med upphandlingar. Genom att i förväg dela med sig av



vunna volymer till en konkurrent har företagen redan inför upphandlingen begränsat sitt kommersiella utrymme att, om de går vinnande ur upphandlingen, expandera sin verksamhet organiskt, expandera genom förvärv eller ingå andra samarbetsavtal efter upphandlingen med andra marknadsaktörer. Detta gäller oavsett att avtalen inte var exklusiva. Anledningen är att cirka hälften av vunna volymer, av vilken storlek de vara må, skulle kunna förbehållas den s.k. underleverantören.

Aleris, Capio och HKG har anfört att det inte var likvärdigt att agera underleverantör med att vinna i upphandlingen, eftersom det fanns fördelar med att vara huvudleverantör. Men även om avtalen inte helt eliminerade konkurrensen innebar de att skillnaden mellan att vinna och förlora upphandlingen minskade, vilket innebär att priskonkurrensen hämmades.

Avtal av aktuellt slag som ingås inför att lämna anbud i en upphandling måste därför typiskt sett vid första påseende anses vara konkurrensbegränsande.

Tingsrätten kommer i nästa steg ta ställning till om det rättsliga och ekonomiska sammanhanget kan vända denna utgångspunkt. Det är då fråga om att ta ställning till om det fanns anledning för företagen att slå ihop sina kapaciteter för att kunna lämna trovärdiga anbud, samt om det rättsliga och ekonomiska sammanhanget i övrigt var sådant att samarbetsavtalen inte framstår som konkurrensbegränsande.

*Behövde Capio, Globen Heart och Medical Support ingå samarbetsavtalen för att få kapacitet att delta i SLL:s upphandling?*

Aleris har inte invänt att bolaget saknat kapacitet att delta i SLL:s upphandling samarbetsavtalen förutan. Däremot har Capio och HKG gjort sådana invändningar, vilka prövas i det följande.

Enligt Capio var ett av skälen till att teckna avtalet med Aleris att skaffa leveranskapacitet vilket behövdes för att kunna lägga anbud på så stora volymer som Capio

uppfattade att SLL krävde. Eftersom SLL bara ville ha två leverantörer var Capiro tvunget att lämna anbud på halva kapaciteten för att komma ifråga.

Enligt HKG uppnåddes med avtalet mellan Globen Heart/ Medical Support och Aleris en utifrån förutsättningarna leveransduglig konstellation. HKG har inte närmare utvecklat denna invändning.

*Principiella överväganden kring bevisbörda och beviskrav med avseende på frågan om kapacitet att lämna anbud på egen hand etc.*

Fråga kan ställas hur bevisbördan bör placeras och hur beviskraven bör se ut vad gäller den invändning som gjorts om att samarbetsavtalen har varit tillåtna p g a kapacitetsbrist.

Ett tänkbart sätt att fördela bevisbördan skulle vara att, på motsvarande sätt som i brottmål, låta Konkurrensverket ha bevisbördan för att motbevisa en sådan invändning och att beviskravet ställs så att verket måste lägga fram så mycket bevisning att invändningen framstår som obefogad (jmf NJA 2009 s 234). En sådan lösning framstår emellertid som olämplig. Mot bakgrund av att frågan om bevisbörda regleras i artikel 2 i rådets förordning 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (nedan förordning 1/2003), samt den nära överensstämmelse med unionsrätten som avsetts i konkurrenslagen, bör ledning om bevisbördans placering istället främst sökas i unionsrätten.

Som redovisats ovan tillämpas enligt unionsrättsliga principer presumptionen för den anklagades oskuld i förfaranden rörande åsidosättanden av konkurrensregler som gäller företag och som kan leda till ålägganden av böter eller viten. Enligt fast praxis i konkurrensrättsliga mål åvilar det dock ett företag som överbevisats om omständigheter vilka som huvudregel innebär en överträdelse, att anföra omständigheter som visar motsatsen. En sådan regel innebär inte att domstolarna på ett otillåtet sätt kastar om bevisbördan (Hüls, citerat ovan, punkt 155, även Montecatini, citerat ovan, punkt 18).

Det är fråga om ett indispositivt tvistemål enligt konkurrenslagen. Tingsrätten bedömer att företagen har bevisbördan för påståendet att samarbetsavtalen har varit nödvändiga för att anbud skulle kunna lämnas. Om bevisbördan för sådana påståenden läggs på Konkurrensverket får verket utomordentligt stora svårigheter att bevisa överträdelser, eftersom en analys i efterhand av företagens leveranskapacitet förutsätter en mycket noggrann genomlysning av samtliga inblandade företags inre funktion, på ett sätt som är svårt att åstadkomma ens med Konkurrensverkets omfattande utredningsbefogenheter. Företagen är dessutom oförhindrade att göra nya invändningar under processen, alltså sedan utredningen avslutats. Det får därför anses olämpligt att låta Konkurrensverket ha bevisbördan för att motbevisa företagens invändning. Bevisbördan för en sådan invändning som nu är för handen bör istället i enlighet med bevissäkringsprincipen vila på företagen själva. Företagen är nämligen i den bästa positionen att själva säkra bevisning om att de saknade kapacitet att lämna anbud på egen hand.

Beviskravet på företagen att visa sin invändning bör enligt tingsrätten inte ställas särskilt högt.

*Rättsliga utgångspunkter för bedömningen av företagens kapacitet att lämna anbud utan att anlita underleverantör*

Samarbete mellan faktiska eller potentiella konkurrenter som begränsar sig till gemensam försäljning anses normalt begränsa konkurrensen (se t.ex. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, 7th ed, Eds. Vivien Rose and David Bailey, Oxford University Press 2013, s. 376). Som redan konstaterats är det emellertid inte fråga om något renodlat försäljningssamarbete, utan snarare en hybrid mellan att på marknaden erbjuda en konkurrents tjänster till slutkunden, och att anlita en konkurrent för produktion av tjänster.

OECD:s Competition Committee har rekommenderat att upphandlande myndigheter överväger att bl.a. begränsa förekomsten av gemensamma bud och anlitan av under-

leverantörer. Anledningen är att anbudskonsortier inte bör godtas om var och en av de deltagande företagen har ekonomisk, finansiell och teknisk kapacitet att på egen hand leverera de produkter som upphandlas. OECD framhåller att om vinnande företag har möjlighet att anlita underleverantörer ökar det risken för anbudskarteller (OECD, DAF/COMP(2007)34, s. 9, 34).

Kommissionen har i sina riktlinjer för horisontella samarbetsavtal gjort uttalanden om gemensamma försäljningsavtal (EUT C/11, 14/01/2011, punkterna 234 ff). I punkt 237 sägs:

237. I regel skapar ett saluföringsavtal sannolikt inga konkurrensproblem, om det av välgrundade skäl är nödvändigt för att en part ska kunna gå in på en marknad som den, t.ex. på grund av de kostnader det innebär, inte hade kunnat komma in på ensamma eller tillsammans med ett mindre antal parter än de som faktiskt deltar i samarbetet. Denna princip kan tillämpas exempelvis på konsortieavtal som ger de berörda avtalen möjlighet att delta i projekt som de inte skulle kunna åta sig ensamma. Eftersom parterna i konsortieavtalet därför inte är potentiella konkurrenter om genomförandet av projektet föreligger det ingen konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1.

Fråga kan ställas vilken status kommissionens riktlinjer har. Ett meddelande från kommissionen av aktuellt slag är inte bindande för nationella konkurrensmyndigheter eller domstolar (mål C-226/11 Expedia, ECLI:EU:C:2012:795, punkt 29, mål C-23/14 Post Danmark, ännu inte publicerat, punkt 52) ens när det föreligger samhandelseffekt. En nationell domstol får beakta riktlinjerna utan att för den skull vara tvungen att göra det. Tingsrätten beaktar riktlinjerna.

Det kan noteras att 2011 års riktlinjer för horisontella avtal inte skiljer sig sakligt i aktuellt hänseende från 2001 års riktlinjer (EGT C 3, 06/01/2001 s. 2–30, se särskilt punkterna 146-147).

Vid läsning av aktuellt avsnitt i riktlinjerna finns anledning att reflektera över översättningen till svenska. Konsortiesamarbeten anses sannolikt inte skapa några konkurrensproblem om det ”av välgrundade skäl är nödvändigt” etc. Samma ordalydelse uttrycks på engelska som att avtalet ska vara ”objectively necessary” och på franska som ”objectivement nécessaire”. Den danska versionen anger ”hvis den objektivt set er nødvendig” och den tyska versionen att ”wenn sie objektiv erforderlich ist“.

Riktlinjerna innebär med andra ord ett krav på att det ska vara objektivt nödvändigt att samverka för att en part ska kunna gå in på en marknad som den, t.ex. på grund av de kostnader det innebär, inte hade kunnat komma in på ensam eller tillsammans med ett mindre antal parter än de som faktiskt deltar i samarbete.

Bedömningen om företagen saknat kapacitet att lämna egna anbud ska således göras från objektiva utgångspunkter. Det är inte fråga om att söka fastställa vad företagen hade för uppfattning vid tiden för anbudsgivningen. En sådan ståndpunkt är också rimlig eftersom motsatsen skulle kunna öppna för efterhandskonstruktioner från företagens sida såvitt gäller deras överväganden vid tiden för samverkan.

*Krävdes det viss kapacitet i SLL:s upphandling?*

Av SLL:s anbudsfrågan av den 22 maj 2008 framgår följande. Vad gäller tjänsternas omfattning angavs en prognos för volym, som sades vara ”ej bindande för SLL” och att ”SLL lämnar inga garantier om tjänstens omfattning”. Prognosen byggde på 2007 års köp per objekt. År 2007 hade SLL köpt 67 139 tjänster avseende arbetsfysiologi/hjärtdiagnostik, 17 117 lungfunktionsdiagnostik/ blodanalyser, 16 604 perifer cirkulationsdiagnostik och 28 480 sömnapnéundersökningar.

Det var ett skall-krav att anbudsgivaren i prisbilagan skulle ange sin kapacitet i form av antal undersökningar uppdelat per objekt.

Under rubriken Anbudsprövning angavs att utvärdering skulle ske enligt följande utvärderingskriterier.

De anbud kommer att antas som har lägst totalkostnad för de undersökningar och åtgärder inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi som är markerade med gul färg (obligatoriska undersökningar) i prisbilagan för respektive objekt. Totalkostnaden beräknas med hjälp av de volymer som anges i prisbilagan.

Under rubriken Avtal angavs:

Avtal kan komma att tecknas med en eller flera anbudsgivare. Avtal kommer att tecknas med de två (2) anbudsgivare som har lägst totalpris per objekt. Om den förväntade volymen per objekt inte täcks av de två anbudsgivarnas uppgivna kapacitet kan avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare till dess att volymen täcks.

Det fanns alltså inga krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivare skulle ha en viss minsta kapacitet. Som framgått var lägsta pris det enda utvärderingskriteriet. Det angavs att avtal skulle komma att tecknas med de två anbudsgivare som hade lägst totalpris per objekt. Samtidigt angavs att om den förväntade volymen per objekt inte täcktes av de två anbudsgivarnas uppgivna kapacitet kunde avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare till dess att volymen täcktes.

Inte heller innebär den prisberäkningsmodell som tillämpades av SLL att anbudsgivare som lämnade anbud på större volymer fick någon fördel i anbudsprövningen.

Förfrågningsunderlaget ger alltså entydigt besked om att det saknades krav på kapacitet att leverera viss volym i upphandlingen. Att så är fallet bekräftas också av annan skriftlig bevisning som Konkurrensverket har åberopat, nämligen svar från SLL som lämnats under Konkurrensverkets utredning samt handlingar från SLL upprättade i samband med SLL:s första tilldelningsbeslut i november 2008.

Capio har lagt fram utredning till stöd för att det ändå stod klart för Capio och övriga presumtiva anbudsgivare i upphandlingen att SLL avsåg att endast teckna avtal med två leverantörer, att för att komma ifråga som en av två leverantörer krävdes kapacitet att lämna anbud på hela de efterfrågade volymerna, samt att Capio saknade egen kapacitet att lämna anbud på hela de efterfrågade volymerna. Enligt Capio var bolagets syfte med avtalet att kunna erbjuda större volymer på objekt A, B och D i upphandlingen. Delar av den utredningen redovisas i det följande, och den överlappar med det som HKG har lagt fram.

Av protokoll från Hälso- och sjukvårdsnämndens sammanträde den 22 maj 2008 framgår att i det *förslag* till förfrågningsunderlag som upprättats inför upphandlingen hade angetts att avtal skulle tecknas med två anbudsgivare för objekt A och en anbudsgivare för de övriga fyra objekten. Förslaget underkändes och ändrades av Hälso- och sjukvårdsnämnden i den delen. Enligt Hälso- och sjukvårdsnämnden var det inte bra för patienterna och inte bra för landstinget att bara ha en leverantör av viktiga sjukvårdstjänster. En viktig princip är att alltid ha minst två leverantörer. Slutsatsen blev ”Därför skall avtal tecknas med de två (2) anbudsgivare som har lägst totalpris för respektive A, B, C, D och E”.

I minnesanteckningar från möte för klinikchefer och utbildningsansvariga i klinisk fysiologi inom SLL den 12 juni 2008 anges bl a såvitt gällde de nu aktuella upphandlingen att ”Man har beslutat att ha 2 leverantörer inom varje undersökningskategori”.

Den 11 augusti 2008 skrev E.T. på Capio epost till A.V. och uttryckte då att ”landstinget vill minska antalet leverantörer”. Vidare att ”Dessutom handlar det om så stora volymer att man kan ha svårt att på egen hand klara av att ta hand om alla patienter i det fall man får ett avtal”.

I efterhand (närmare bestämt den 11 november 2009) har N.S. skrivit till E.T. att ”Hela grunden i upphandlingen var att vi endast skulle bli två leverantörer på

marknaden”. Motsvarande uppfattning kommer även till uttryck i svar som HKG lämnat under Konkurrensverkets utredning.

Av förhör med E.T., N.S. och R.C. har följande framgått i aktuell del.

E.T.: Det framgick inför upphandlingen att SLL hade en förväntan om färre leverantörer och en avsevärd sänkning av priset. E.T. utgick från att det skulle väljas två leverantörer och att Capiro måste vara en av de två. Vid bedömningen av möjligheten att expandera Capios verksamhet till den nivån beaktade man möjligheten att använda underleverantör. Det utgjorde inget alternativ att expandera verksamheten så mycket. Capiro funderade på alla möjligheter, även att etablera ett eget fyslab, men det blev inget. Anledningen till att Capiro lade anbud på hela volymerna var att SLL ville ha två leverantörer. Det stod i underlaget att man kunde buda på en mindre volym men Capiro bedömde att andra överväganden kunde göras i tilldelningen.

N.S.: SLL försökte pressa genom att bara anta två leverantörer och genom att dela upp undersökningarna i grupper. Capiro trodde sig vara tvungna att offerera på halva volymen. Det var fråga om att lista ut vad allt kostade och se hur snabbt man kunde göra undersökningar om man optimerade. T ex om man kunde göra fler undersökningar, upprätta linjer och genomföra en undersökning i halvtimmen. Tanken var att om volymerna blev större skulle effektiviteten kunna fördubblas. Han inser att hans antaganden var optimistiska. Capiro har inte lyckats åstadkomma sådan effektivitet, men är ändå effektivare idag. Capiro saknade möjlighet att producera de volymerna och behövde därför ett underleverantörsavtal.

R.C.: Capiro tolkade förfrågningsunderlaget som att det endast skulle bli aktuellt att anta två anbudsgivare. På Capiro gjorde man olika överväganden om hur man skulle kunna leverera större volymer. Man övervägde t ex möjligheten att öppna ett lab utanför S:t Görans sjukhus. Man kunde dock inte klara hela volymerna och därför var det viktigt med en underleverantör.



HKG har åberopat förhör med M.N. och E.L.N. till stöd för att man tydligt uppfattade att SLL skulle anta endast två leverantörer och att Globen Heart och Medical Support saknade kapacitet att ensamma utföra någon betydande del av tjänsterna, varför det var nödvändigt att knyta till sig en presumtiv underleverantör.

M.N.: Han uppfattade att endast två leverantörer skulle antas. Globen Heart och Medical Support ville lämna in anbud och vinna hälften av volymen. Verksamheten var dock liten. Aleris däremot hade ett brett spektrum och hög kompetens. Konkurrensläget var svårt eftersom det var en ren prisupphandling. SLL kunde inte garantera någon volym enligt anbudsunderlaget. Globen Heart och Medical Support lämnade in två identiska anbud. De sänkte sina priser med 18-20 procent jämfört med tidigare.

Av förhören med G.H. och J.S. har framgått att även Stockholm Heart Center uppfattade att endast två leverantörer skulle antas.

Tingsrätten anser att den bevisning som Capiro och HKG har lagt fram i och för sig ger stöd för att det fanns en kommersiell ambition från SLL:s sida att anta endast två leverantörer, och att SLL förmedlade den ambitionen till presumtiva anbudsgivare. SLL har inte desto mindre bundit sig rättsligt genom sin utformning av förfrågningsunderlaget. Som redan konstaterats saknas i förfrågningsunderlaget krav på kapacitet att leverera viss volym. Där sägs även att om den förväntade volymen per objekt inte täcktes av de två anbudsgivarnas uppgivna kapacitet kunde avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare till dess att volymen täcktes. SLL har inte kunnat avvika från förfrågningsunderlaget genom att anta endast en leverantör för varje tjänsteobjekt (motsvarande totalvolymerna), eller genom att endast anta två leverantörer som inte sammanlagt kunde täcka behovet. I och med att lägsta pris var det enda utvärderingskriteriet kunde SLL inte heller premiera anbudsgivare som uppgav en hög leveranskapacitet. Om någon aktör lade ett tillräckligt lågt bud på endast en liten del av prognosticerade volymer hade SLL alltså varit tvunget att anta budet.

Det krävdes alltså inte någon viss minsta kapacitet för att delta i upphandlingen.

*Saknade Capiro, Globen Heart och Medical Support kapacitet att delta själva i upphandlingen?*

Tingsrätten konstaterar att Capiro, Globen Heart och Medical Support alla var verk-samma inom klinisk fysiologi vid tiden för 2008 års upphandling.

Behovet hos Capiro, Globen Heart och Medical Support att säkra underleverantör för att kunna leverera tillräckliga volymer om bolagen gick vinnande ur 2008 års upphandling måste bedömas utifrån förutsättningen att inga volymkrav faktiskt uppställdes i upphandlingen. Det innebär att tingsrätten utgår från att Capiro, Globen Heart och Medical Support hade kunnat lägga anbud på de volymer som bolagen producerade i tiden för upphandlingen. I så fall hade befintlig kapacitet varit tillräcklig.

Nu har det dock framgått av den bevisning som lagts fram att SLL:s upphandling ansågs innefatta en förväntan från SLL:s sida om att det skulle bli färre leverantörer och klart lägre priser än vid 2003 års upphandling. Av det skälet såg Capiro, Globen Heart och Medical Support behov av att söka åstadkomma lägre priser genom att producera större volymer. Tingsrätten anser att trovärdiga uppgifter har lämnats i det avseendet av E.T., N.S., R.C., M.N. och E.L.-N.. Att så var fallet har även framgått av förhöret med T.Ö., som var en av de som ansvarade för den aktuella upphandlingen hos SLL. Enligt T.Ö. ville SLL ha bara två leverantörer för att få till stora volymer och därmed bra priser. Uppgifterna vinner ytterligare stöd av att SLL i det första tilldelningsbeslutet i november 2008 endast antog två leverantörer för objekten A, B, D och E. Efter att beslutet överklagats och länsrätten förelagt SLL att genomföra en ny anbudsprövning antogs ett nytt tilldelningsbeslut den 15 september 2009 där tre anbudsgivare antogs per objekt.

Vid denna bedömning får det godtas att Capiro, Globen Heart och Medical Support såg sig föranledda att räkna på högre produktionsvolymmer än sina befintliga i anbudsgivningen. Inget av bolagen har emellertid sökt förklara hur dessa kalkyler närmare har gjorts. Det finns vaga uppgifter om att bolagen ansåg sig behöva buda på hela eller halva maxvolymerna, men ingen förklaring till hur de har räknat sig fram till att just detta skulle generera sådana stordriftsfördelar att attraktiva priser kunde erbjudas. Det är även svårförklarligt varför Capiro, Globen Heart och Medical Support alla kom fram till att just hela eller halva maxvolymerna skulle vara det rätta att lägga anbud på.

De uppgifter som lämnats genom muntlig bevisning om leveranskapaciteten hos Capiro, Globen Heart och Medical Support är vaga. Inga analyser av den egna leveranskapaciteten verkar ha upprättats internt hos företagen inför anbudet, ej heller några analyser av möjligheten att bygga ut den egna verksamheten vid ett eget vinnande bud i upphandlingen. Sådana analyser hade annars kunnat utgöra viktig bevisning om vilka närmare överväganden som gjorts.

De kalkyler som upprättats internt hos Capiro och som har lagts fram i målet verkar vara upprättade med utgångspunkt från att anbud skulle läggas på hela volymen. I vart fall är rubriken ”Sammanställning anbud klinisk fysiologi 2009, beräkningarna utifrån hela volymen”. Beräkningarna innefattar kostnader och beräknad produktion, men det är alltså oklart vad Capiro menar utgjorde det egna produktionstaket, hur bolaget kom fram till att den egna produktionen inte skulle räcka till, eller varför vissa volymer krävdes för att åstadkomma en mer rationell produktion. Det finns inte heller någon förklaring till relationen mellan volymer och priser.

Det finns inget underlag alls från Globen Heart och Medical Support gällande bolagens leveranskapacitet vid tiden för upphandlingen.

Vidare hänger inte Capios och HKG:s argument ihop riktigt. Även om bolagen skulle ha utgått från att endast två leverantörer skulle antas förklarar det inte varför Capiro lade anbud på hela totalvolymerna i objekt A, B och D. Halva volymen borde då ha

räckt. Capio åtog sig även i samarbetsavtalet med Aleris att lägga bud på maximala antalet undersökningar inom respektive tjänsteområde A, B och D, och Aleris gjorde samma åtagande gentemot Capio. Globen Heart och Medical Support lade tillsammans bud på de maximala volymerna.

Det är även högst oklart hur Capio, Globen Heart och Medical Support hade tänkt sig att åstadkomma en mer rationell produktion och därmed lägre priser upp till maximala volymer i upphandlingen utan att ha några insikter eller någon kontroll över underleverantören Aleris kostnadsbild. Aleris kunde ju anse att det vinnande budet var ointressant om det innebar att leverera med förlust, eller med en för låg vinstmarginal. Som samarbetsavtalen var utformade kunde den som vann upphandlingen inte kräva att underleverantören skulle leverera, utan det var tvärtom underleverantören som kunde kräva att få leverera.

Sammantaget bedömer tingsrätten att Capio, Globen Heart och Medical Support inte har gjort sannolikt att de saknade kapacitet och därför hade behov av att anlita underleverantörer. De har inte gjort sannolikt att det var objektivt nödvändigt att samverka på sätt som skett.

*Har volymdelningen varit verkningslös?*

Svarandebolagen har uppehållit sig vid att de saknat möjlighet att fördela volymer mellan sig, detta då patientflödet styrs av de remitterande läkarna.

Tingsrätten konstaterar att det i och för sig är överflödigt för ansvarfrågan att ta ställning till vilka konkreta verkningar ett avtal med konkurrensbegränsande syfte har haft (förenade målen C-204/00 etc Aalborg Portland m fl mot kommissionen, EU:C:2004:6, punkt 261). Ett avtal med konkurrensbegränsande syfte behöver inte efterlevas för att utgöra överträdelser (mål C-238/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij m fl mot kommissionen, EU:C:2002:582, punkt 509). Men dessa principer blir tillämpliga först sedan det konstaterats att det är fråga om avtal med konkurrensbegränsande

syfte. I det tidigare ledet av analysen, där det rättsliga och ekonomiska sammanhanget bedöms, kan det emellertid inte uteslutas att det kan ha betydelse vilka rättsliga möjligheter parterna hade att genomföra samarbetsavtalet, i och med att det inte är fråga om avtal som utgör ett typfall av kartellsamarbeten.

Vid bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget kan konstateras att påståendena om att svarandena saknade möjlighet att styra patientflödet inte kan vara korrekta.

Redan det förhållandet att en part, som förlorade i upphandlingen, genom samarbetsavtalet kommer att kunna erbjuda tjänsterna, måste antas leda till ett visst patientflöde, vilket helt skulle ha uteblivit samarbetsavtalet förutan.

I enlighet med vad Konkurrensverket har anfört har samarbetsavtalet mellan Aleris och HKG konkret kommit att tillämpas ungefär som en hälftindelning.

Tilldelningen av volymer styrs enligt vad som framkommit (bl a genom Capios uppgifter) framför allt av vårdgivares tillgänglighet, eller väntetiden för en undersökning. Tingsrätten konstaterar att svarandebolagen kan påverka patientflödet på olika sätt, t ex genom att från tid till annan reglera hur många mottagningar de har, var mottagningarna är belägna, vilken bemanning som finns och därmed vilken kapacitet samt (inte minst) vilka öppettider som tillämpas. Om det blir längre kötider kommer patientflödena att styras åt andra håll.

En part i samarbetsavtalet som överskridit sin avtalade volym kunde även komma att krävas på ekonomisk kompensation av den andra avtalsparten. Att ekonomiska uppgörelser med anledning av avtalen kunde förekomma illustreras av att Aleris efter upphandlingen kom att avstå sin provision om 2 procent på de sömnapnéundersökningar som Capio gjorde inom objekt E. Enligt vad E.T. uppgett var det en kompensation för att Aleris agerade underleverantör åt HKG och inte åt Capio.

Även om det får godtas att Aleris och Capio saknade möjlighet att i detalj tillse att den avtalade procentsatsen efterlevdes, måste konstateras att konkurrensbegränsningen inte beror på att det var just en 50/50-delning, eller att en sådan delning efterlevdes exakt. Detta särskilt som parterna inte kunde bedöma hur stor volym som skulle tilldelas av SLL. Som tidigare sagts ligger det konkurrensbegränsande syftet delvis i att respektive avtalspart kan få en andra chans även om parten förlorar upphandlingen, något som sänker incitamentet att konkurrera aktivt med priset i upphandlingen. Denna konkurrensbegränsning har alltså mindre att göra med vad som faktiskt händer när upphandlingen väl har genomförts, och mer med hur samarbetsavtalen påverkar parternas strategier och förväntningar inför anbudsgivningen. Vidare binder parterna i samarbetsavtalen upp sig inför framtiden på sätt som redovisats tidigare. Deras kommersiella utrymme minskar att, om de går vinnande ur upphandlingen, expandera sin verksamhet organiskt, expandera genom förvärv eller ingå andra samarbetsavtal efter upphandlingen med andra marknadsaktörer. Vid den tidpunkt då anbudet gavs in kunde parterna i samarbetsavtalen inte veta vad volymdelningen riktigt skulle leda till, men de har uppenbarligen varit beredda att ta konsekvenserna av att dela på såväl stora som små volymer. Potentiellt, inför anbudsgivningen, kunde samarbetsavtalen alltså få allt ifrån mycket stora som mycket små konsekvenser såvitt gällde vilka aktörer som skulle vara aktiva på marknaden efter upphandlingen, och på vilka kommersiella premisser.

**Samman tagen bedömning av om beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget kan vända slutsatsen att avtalen utgör syftesöverträdelser**

*Samarbetsavtalen*

Avtal om kunduppdelning anses särskilt skadliga för konkurrensen (domen i ING Pensii, punkt 32). På en marknad som den aktuella där en enda kund, i det här fallet SLL, står för över 90 procent av efterfrågan och där parternas möjligheter att styra remissflödena är begränsade till faktorer som t.ex. vilka kötider som erbjuds och liknande, är en konkurrensbegränsning genom kunduppdelning emellertid inte meningsfull. En volymdelning, på sätt som skett, liknar däremot på den aktuella marknaden en kunduppdelning.

Avtalen syftar sammantaget till att reducera riskerna med anbuds konkurrens och ge avtalsparterna inflytande över marknadsstrukturen efter upphandlingen (för ett liknande resonemang se domen i ING Pensii, punkt 47). Avtalen har ökat chanserna för Aleris, Capio, Globen Heart och Medical Support att bibehålla sina positioner på marknaden efter upphandlingen.

Svarandebolagen har framfört att samarbetsavtalen har tillkommit med patienternas bästa för ögonen, för att undvika fragmentering. Capio har även understrukt kopplingen och verksamhetsnyttan mellan akutsjukvården, Capios utbildningsuppdrag och de tjänster som omfattades av upphandlingen. Även andra fördelar med samarbetsavtalen har anförts, såsom ökad kvalitets- och tillgänglighetskonkurrens. Avvägningar mellan å ena sidan konkurrensbegränsningar och å andra sidan eventuella konkurrensbefrämjande aspekter och effektivitetsvinster får dock enbart göras inom ramen för undantagsbestämmelsen i 2 kap 2 § konkurrenslagen, vilket framgår av praxis (Beef Industry Development och Barry Brothers, punkt 39 med hänvisning till generaladvokaten Verica Trstenjaks förslag till avgörande i målet, punkt 86, se även generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i CB, punkterna 122-123, se även mål T-111/08 MasterCard m.fl. mot kommissionen, EU:T:2012:260, punkt 80). Tingsrätten återkommer till denna bedömning senare.

Sammanfattningsvis anser tingsrätten således att beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget inte föranleder någon annan slutsats än att samarbetsavtalen har haft ett konkurrensbegränsande syfte.

#### *Informationsutbyte*

Som tidigare nämnts har Konkurrensverket gjort gällande att Aleris och Capio i månadsskiftet augusti-september 2008 rörde för varandra vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer (informationsutbyte). Konkurrensverket har också gjort gällande att Aleris, Globen Heart och Medical Support senast den 8 sep-

tember 2008 rörde för varandra vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på (informationsutbyte).

Tingsrätten har konstaterat att det framgår av lydelsen av punkt 9 i samarbetsavtalet mellan Aleris och Capiro hur de skulle agera i dessa avseenden och att det med nödvändighet måste ha förmedlats sådan information i samband med avtalsskrivandet. I och med att tingsrätten har funnit att avtalet utgör en syftesöverträdelse ska detta informationsutbyte anses ingå i den överträdelse som konstitueras av samarbetsavtalet (förenade målen C-204/00 etc. Aalborg Portland m fl mot kommissionen, REG 2004 s. I-123, punkt 281). Vid den bedömningen saknas det anledning att pröva om informationsutbytet utgör ett konkurrensbegränsande samordnat förfarande.

Tingsrätten har kommit fram till att Aleris, Globen Heart och Medical Support senast den 8 september 2008 rörde för varandra vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på. Det informationsutbytet ingår dock på motsvarande sätt i den överträdelse som konstitueras av samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support och det saknas även där anledning att pröva om informationsutbytet utgör ett konkurrensbegränsande samordnat förfarande.

**Har Aleris uppgift till Globen Heart om att Aleris förhandlade även med Capiro om ett samarbetsavtal (samordnat förfarande) haft till syfte att begränsa konkurrensen?**

Tingsrätten har funnit att Aleris den 13 augusti 2008 lämnade information till Globen Heart om att även Aleris och Capiro förde diskussioner om ingående av ett samarbetsavtal och hur detta skulle utformas. Tingsrätten har även funnit att informationsöverföringen utgjorde ett samordnat förfarande. Tingsrätten tar i det följande ställning till om det samordnade förfarandet har haft till syfte att begränsa konkurrensen.

Bedömningen av huruvida ett samordnat förfarande är konkurrensbegränsande är i allt väsentligt samma som för ett avtal (T-Mobile Netherlands, punkterna 28-31).



Vad gäller utbyte av information mellan konkurrenter har EU-domstolen erinrat om att kriterierna koordination och samarbete, som avgör vad som är ett samordnat förfarande, ska uppfattas mot bakgrund av den grundläggande idén bakom fördragets konkurrensregler, nämligen att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma den politik som den avser att följa på den gemensamma marknaden (ibid, punkt 32). Även om detta krav på självständighet inte utesluter att de ekonomiska aktörerna har rätt att rationellt anpassa sig till det konstaterade eller förutsedda uppträdandet hos konkurrenterna, hindrar det emellertid strikt att det förekommer direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer, kontakter som är ägnade att antingen påverka en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller för en sådan konkurrent avslöja det beteende man har beslutat om eller överväger att själv tillämpa på marknaden, när dessa kontakter har till syfte eller resultat att utmynna i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på den relevanta marknaden, med beaktande av de tillhandahållna produkternas eller tjänsternas beskaffenhet, hur betydelsefulla och hur många företagen var och nämnda marknads volym (ibid, punkt 33).

Utbyte av information mellan konkurrenter kan strida mot konkurrensbestämmelserna när detta utbyte mildrar eller undanröjer graden av osäkerhet om den relevanta marknads funktion och följaktligen begränsar konkurrensen mellan företagen (ibid, punkt 35). Ett informationsutbyte mellan konkurrenter ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte om det är ägnat att undanröja osäkerhet om hur de berörda företagen har för avsikt att agera (ibid, punkt 43).

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal gäller inte endast samordnade förfaranden som har en direkt inverkan på det pris som slutkonsumenterna betalar. Det måste således inte föreligga ett direkt samband mellan ett samordnat förfarande och konsumentpriserna för att det ska kunna konstateras att ett samordnat förfarande har ett konkurrensbegränsande syfte (ibid, punkterna 36 och 39).

Vid bedömningen om ett informationsutbyte är konkurrensskadligt har beaktats om utbytet avser färskta uppgifter som är exakta och av känslig natur (mål T-16/98 *Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mot kommissionen*, EU:T:2001:117, punkt 44).

Tingsrätten konstaterar att det här var fråga om dagsaktuell information av företags-hemlig natur som förmedlades till en konkurrent, om att avtalsförhandlingar pågick med en annan konkurrent, och något om innehållet i dessa förhandlingar. Information-en gjordes i det skedet bara tillgänglig för Globen Heart och riktades inte till mark-naden i stort.

Det samordnade förfarandet kan inte ses isolerat utan måste betraktas i sitt samman-hang; nämligen att Aleris, Globen Heart och Medical Support samtidigt förhandlade om ett motsvarande samarbetsavtal. Genom att avslöja för Globen Heart att parallella avtalsförhandlingar pågick med Capio tydliggjorde Aleris sin marknadsstrategi för Globen Heart, nämligen att det utgjorde ett verkligt kommersiellt alternativ att arbeta utifrån de principer som förhandlades i utkastet till samarbetsavtal, såväl med dem som med Capio. Globen Heart måste därmed ha förstått att risken var minimal att Ale-ris skulle avfärda ambitionen om samarbete med en eller två konkurrenter och gå sin egen väg i anbuds förfarandet, på det sätt som Stockholm Heart Center hade gjort.

Genom att informera Globen Heart om sina avtalsförhandlingar med Capio undanröjde Aleris därmed osäkerhet om hur Aleris hade för avsikt att agera på marknaden och förstärkte bilden av sin marknadsstrategi. Det samordnade förfarandet har därför haft ett konkurrensbegränsande syfte.

### **Är övriga kriterier för samordnat förfarande uppfyllda?**

Det är etablerad praxis att begreppet samordnat förfarande – förutom samordning mel-lan de berörda företagen – även förutsätter ett beteende på marknaden som följer på denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit (T-Mobile Net-herlands, punkt 51).

EU-domstolen har uppställt en presumtionsregel, som är tvingande för nationella domstolar, om att det såvida motsatsen inte bevisas, vilket det åvilar de berörda aktörerna att göra, måste antas att de företag som deltar i samordningen och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till informationsutbytet med sina konkurrenter när de bestämmer sitt beteende på denna marknad (ibid, punkt 53).

Presumtionen om orsakssamband är tillämplig även om det bara rör sig om ett enda fall av informationsutbyte mellan konkurrenter (ibid, punkterna 54-62).

Det alltså Aleris och Globen Heart som ska lägga fram utredning om att de inte har agerat utifrån den information som förmedlats om att Aleris förde avtalsförhandlingar med Capio. Någon sådan utredning har inte presenterats och det är också ett faktum att bolagen ingick samarbetsavtalet den 8 september 2008. Vad Aleris har anfört om att bolaget fastställde sina anbudspriser självständigt redan den 6 augusti 2008 föranleder ingen annan bedömning. Det som läggs Aleris och Globen Heart till last vad gäller informationsutbytet är inte att det skulle ha varit fråga om utbyte av prisinformation. Som framgått har tingsrätten gjort bedömningen att Globen Heart genom att få veta att Aleris förde avtalsförhandlingar med Capio har stärkts i sin uppfattning om Aleris marknadsstrategi. För att omkullkasta presumtionen om att företagen agerat på grundval av informationsutbytet skulle Aleris och Globen Heart behöva förklara på vilket sätt denna information saknat betydelse för deras respektive agerande. Någon sådan utredning har inte lagts fram.

Det har alltså varit fråga om ett samordnat förfarande med konkurrensbegränsande syfte.

**Gör det någon skillnad att SLL har öppnat för anlitande av underleverantör i upphandlingen?**

I målet är det utrett att underleverantörsavtal förekom efter 2003 års upphandling. Vid 2003 års upphandling fick Capio ingen tilldelning inom områdena hjärta och lungor. Capio träffade då ett avtal med Aleris om att agera som underleverantör. SLL godkände detta avtal.

I förfrågningsunderlaget till 2008 års upphandling angavs under rubriken Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet:

**Underleverantör:** Om anbudsgivare kommer att anlita underleverantör för uppdraget **skall** detta anges i anbudet med underleverantörsnamn och organisationsnummer.

SLL har alltså i förväg öppnat för att låta anbudsgivarna anlita underleverantörer och även ställt krav på att anbudsgivare som kommer att anlita underleverantör ska identifiera underleverantören i anbudet.

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap 1 § konkurrenslagen gäller oberoende av vad en upphandlande myndighet vidtar för åtgärder inom ramen för en upphandling. Konkurrenslagstiftningen är av offentligrättslig karaktär. Möjligheten för företag att undgå tillämpning av konkurrenslagstiftningen begränsar sig till situationer där nationell lagstiftning tvingar dem till ett konkurrenshämmande beteende (mål C-198/01 CIF, REU 2003 s. I-8055, punkt 51). Det krävs då dessutom att den nationella lagstiftningen utesluter möjligheten till konkurrens som kan förhindras, begränsas eller snedvridas genom företagets eget agerande (CIF, punkterna 53 och 67). Om nationell lagstiftning begränsar sig till att uppmuntra eller underlätta självständiga konkurrenshämmande förfaranden för företagen omfattas dessa av tillämpningsområdet för konkurrenslagstiftningen, och sanktionsåtgärder kan vidtas mot företagen (CIF, punkt 56). Den nationella lagstiftningen kan i så fall emellertid utgöra en förmildrande omständighet (CIF, punkt 57).

Om det inte finns någon tvingande nationell lagstiftning som ålägger företagen att vidta de konkurrensbegränsande åtgärderna, har det i rättstillämpningen ansetts kunna accepteras att företagen inte är tillräckligt självständiga endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga indicier framgår att företagen ensidigt har ålagts att agera på detta sätt av de nationella myndigheterna genom påtryckningar som företagen inte har kunnat stå emot, såsom exempelvis hot om statliga åtgärder som kan orsaka dem stora förluster (mål T-65/99 Strintzis Lines Shipping mot kommissionen, REG 2003 s. II-5433, punkt 122).

Tingsrätten konstaterar att det har framgått av utredningen att Aleris, Capio, Globen Heart och Medical Support kände sig pressade av SLL:s sätt att genomföra upphandlingen. Även Stockholm Heart Center uppfattade situationen som kommersiellt pressande, vilket omvitnats av J.S.. Han har uppgett att Stockholm Heart Center uppfattade sig som extremt utsatt och att en aggressiv prissänkning var det som krävdes för att inte behöva montera ned verksamheten. Även G.H. har bekräftat att upphandlingen innebar att anbudet måste läggas så lågt i pris som det var möjligt.

Att SLL genom sitt sätt att genomföra upphandlingen har satt hård press på marknadsaktörerna, och att upphandlingen ytterst kunde leda till att någon eller några marknadsaktörer rentav skulle få lämna marknaden, innebär dock inte att SLL har ålagt företagen att ingå aktuella samarbetsavtal och delta i samordnat förfarande. Upphandlingar där lägsta pris utgör tilldelningskriterium förekommer frekvent. Att företag ytterst kan tvingas lämna marknaden om de inte lyckas i upphandlingar tillhör normal konkurrens. Att SLL öppnat för att låta anbudsgivarna anlita underleverantörer innebär inte heller ett åläggande i den mening som avses i praxis. SLL har inte föreskrivit att parterna skulle teckna samarbetsavtal med konkurrenter på sätt som skett. Det finns mer än ett sätt att utforma underleverantörsavtal på, men parterna har valt ett sätt som har konkurrensbegränsande syfte.

SLL:s agerande är därför inte ansvarbefriande för Aleris, Capiro och Globen Heart/Medical Support/HKG. Tingsrätten återkommer till om SLL:s agerande däremot kan vägas in som en förmildrande omständighet.

### **Spelar det någon roll om SLL kände till eller godkände avtalen?**

Svarandebolagen har framhållit att samarbetet skett öppet. Det är också klart att de i sina anbud till SLL har angett att de skulle komma att anlita varandra som underleverantörer.

Genom den skriftliga bevisning som lagts fram är det utrett att SLL i juni 2010 godkände dels att Globen Heart och Medical Support överlät sina avtal med SLL till HKG, dels att HKG skulle få anlita Aleris och Capiro som underleverantörer på områdena lungfunktionsdiagnostik/blodanalyser och perifer cirkulationsdiagnostik.

Tingsrätten konstaterar att den närmare utformningen av samarbetsavtalen inte har redovisats för SLL, utan kom till SLL:s kännedom år 2011 i samband med informationsinhämtning med anledning av en annan upphandling. Att så är fallet har framgått av vittnesförhören med advokat U.D. och A.R. Men det är inte avgörande. Frågan om ett avtal har funnits öppet eller i det fördolda saknar nämligen betydelse för att kunna avgöra om det har konkurrensbegränsande syfte eller effekt (se t.ex. det helt öppna samarbete som var föremål för prövning i den nationella domstolen i mål C-209/07 *Beef Industry Development och Barry Brothers*, REG 2008 s. I-8637). Åtskilliga av de avtal eller samordnade förfaranden som har nekats undantag eller bötfällts genom åren har förekommit helt öppet (förenade målen 43 och 62/82 VBVB och VBBB mot Kommissionen, svensk specialutgåva VII s. 437, förenade målen C-240/82 m.fl. *Stichting Sigarettindustri* mot kommissionen, ECR 1985 s. 3831, mål C-246/86 *Belasco* m.fl. mot Kommissionen, ECR 1989 s. 2117).

Huruvida en överträdelse har varit öppen eller hemlig kan däremot beaktas vid bestämmande av konkurrensskadeavgift, och tingsrätten återkommer till denna bedömning senare.

### **Relevant marknad och märkbarhet**

Enligt Konkurrensverket ska marknaden definieras som marknaden för tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL inom Stockholms läns landsting. Den geografiska marknaden ska enligt Konkurrensverket avgränsas till det område som hör till SLL.

Aleris har å sin sida gjort gällande att två separata produktmarknader kan identifieras, nämligen (i) upphandlingsmarknaden för klinisk fysiologi, där leverantörer konkurrerar om avtal med SLL (upphandlingsmarknaden), och (ii) den efterföljande tjänstemarknaden för klinisk fysiologi, där utvalda leverantörer konkurrerar om patienter (tjänstemarknaden).

Även Capio har gjort gällande att det fanns en upphandlingsmarknad och en utförande- eller tjänstemarknad.

### *Att definiera den relevanta marknaden när det är fråga om en syftesöverträdelse*

I ett mål där det är fråga om avtal mellan konkurrenter med konkurrensbegränsande syfte kan märkbarhetsfrågan avgöras mer summariskt eftersom sådana avtal nästan alltid begränsar konkurrensen. Det är överflödigt att ta hänsyn till de konkreta verkningarna av ett avtal när det framgår att syftet med detta är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen (förenade målen 56/64 och 58/64 Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966 s. 429, s. 496; svensk specialutgåva I, s. 289).

Mycket summariska marknadsdefinitioner har därför godtagits i praxis (mål C-440/11 P kommissionen mot Stichting Administratiekantoor Portielje, EU:C:2013:514, punk-

terna 101-106, se även mål C-439/11 P Ziegler mot kommissionen, EU:C:2013:513, punkterna 71-73).

Som EU-domstolen bl a angav i domen Expedia (mål C-226/11, EU:C:2012:795) ska ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte, till sin natur och oavsett om det har något faktiskt resultat, anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen (punkt 37 i domen).

Motsvarande överväganden har gjorts av Utredningen om en översyn av konkurrenslagen (SOU 2006:99 s. 500).

Tingsrätten tar därför ställning till hur den relevanta marknaden ska definieras. Definitionen görs i syfte att avgöra om konkurrensbegränsningen har varit märkbar. Det innebär att bedömningen kan vara mer summarisk än i exempelvis ett mål om missbruk av dominerande ställning.

#### *Metodfrågor*

Marknadsdefinition är ett verktyg som används för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag. En relevant marknad består dels av en relevant produktmarknad, dels av en relevant geografisk marknad. Syftet med att definiera dessa marknader är att identifiera de faktiska konkurrenterna till de berörda företagen som är i stånd att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.

En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara.

Kommissionen har framhållit i sitt tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (OT C 372/5, 9.12.1997) att företagen ut-



sätts för tre huvudtyper av konkurrens: utbytbart på efterfrågesidan, utbytbart på utbudssidan och potentiell konkurrens. Ur ekonomisk synvinkel och i samband med definitionen av den relevanta marknaden utgör utbytbart på efterfrågesidan den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning. Ett företag eller en företagsgrupp kan inte ha väsentligt inflytande på de rådande försäljningsvillkoren, såsom priser, om det är lätt för dess kunder att gå över till tillgängliga substitutvaror eller till leverantörer någon annanstans.

Att definiera marknaden består huvudsakligen i att identifiera vilka alternativa leverantörer de berörda företagens kunder har i praktiken, både vad gäller produkter eller tjänster och leverantörernas geografiska belägenhet (se tillkännagivandet, punkt 13).

Av praxis framgår att den geografiska marknaden utgörs av det område inom vilket produkten saluförs och där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga för att man ska kunna bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka (mål 27/76 *United Brands mot kommissionen*, REG 1978 s. 207, punkt 11).

*Ska SLL:s egenproduktion av klinisk fysiologi ingå i den relevanta marknaden?*

I begreppet marknadsaktörer anses ingå alla företag som uppbär intäkter på den relevanta marknaden. Vertikalt integrerade företag kan därmed också ingå, i den utsträckning deras konkurrenskraft bör beaktas. Företag som för närvarande inte uppbär intäkter på marknaden men som har vidtagit åtgärder för att gå in på marknaden inom en nära framtid kan också anses vara marknadsaktörer (komparativt se US Department of Justice and the Federal Trade Commission *Horizontal Merger Guidelines* avsnitt 5.1 och Competition Commission and the Office of Fair Trading *Merger Assessment Guidelines* s. 35). Som huvudregel anses dock inte egenproduktion av varor och tjänster för eget bruk ingå i någon marknad.

Det sagda innebär att SLL:s egenproduktion av klinisk fysiologi på Danderyds sjukhus m fl enheter inte ingår i den relevanta produktmarknaden eftersom det inte enligt vad som upplysts i målet är fråga om företag som uppbär intäkter på marknaden, utan istället är fråga om egenproduktion. Som Konkurrensverket anfört deltog inte heller SLL:s egna sjukhus i upphandlingen eftersom de hade fått direkttilldelade volymer från SLL.

Därutöver kan konstateras att SLL:s internproduktion endast utgör ca en niondel av den volym som upphandlas vilket innebär att det knappast spelar någon roll för bedömningen om internproduktionen ska ingå eller inte.

*Hur har man tidigare sett på marknadsdefinitioner i rättstillämpningen på området?*

Marknadsdefinitioner från tidigare konkurrensrättsliga analyser anses generellt kunna utgöra hållfasta utgångspunkter för senare konkurrensrättsliga bedömningar. Den tekniska utvecklingen, liksom annan utveckling, kan innebära att marknadsdefinitioner förändras över tiden. Sådana förändringar är emellertid inte så frekventa att de undergräver utgångspunkten att marknadsdefinitioner som tidigare gjorts kan vara vägledande (OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, s. 87).

Att det finns principiella svårigheter med att definiera marknader på sjukvårdsområdet är accepterat (OECD, Competition in Hospital Services, DAF/COMP(2012)9, s. 29-30).

Vid prövning av företagskoncentrationer i sjukvårdssektorn har Europeiska kommissionens konkurrensdirektorat i sin beslutspraxis definierat marknader utifrån utbud av diagnostik och vård uppdelat på respektive medicinsk disciplin som kirurgi, gynekologi eller psykiatri (Case M.7322 Ramsay Health Care/Credit Agricole/General de Santé, Case M.7221 Bridgepoint Capital/Medi-Partenaires, Case No COMP/M.4788 Rozier/BHS). Kommissionen har i vissa fall lämnat den närmare marknadsdefinitionen öppen (Case No COMP/M.7058 EQT VI/Terveystalo Healthcare, Case no COMP/M.4367 APW/APSA/Nordic Capital/Capio).

Indikativt framstår en marknadsdefinition som tar sin utgångspunkt i en medicinsk specialitet som klinisk fysiologi alltså som rimlig, men de beslut som finns på området ger inte någon mer konkret vägledning än så.

#### *Efterfrågestrukturen*

Konkurrensverket har lämnat följande beskrivning av klinisk fysiologi som medicinsk specialitet, vilken inte har ifrågasatts. Över huvud taget har ganska samstämmiga uppgifter lämnats av alla berörda om medicinsk verksamhet inom klinisk fysiologi.

Klinisk fysiologi är en medicinsk specialitet inom sjukvården med särskild inriktning mot diagnostisering av sjukdomar i hjärta och lungfunktion men även i andra organ. Klinisk fysiologi är en supportfunktion till annan sjukvård. Läkare inom t.ex. primärvården remitterar patienter till en specialist inom klinisk fysiologi för undersökning av funktioner i t.ex. hjärta, blodkärl, lungor eller njurar. Verksamhet inom klinisk fysiologi bistår sjukvården med att tolka symptom och undersökningsfynd och sammanfatta patientens tillstånd i form av en diagnos.

Vid bedömningen av hur efterfrågan på tjänster inom klinisk fysiologi uppstår menar tingsrätten att den ytterst emanerar från de bedömningar som läkare gör i patientkontakterna, alltså om respektive läkare ser ett behov av att remittera en viss patient till en undersökning. Men kunden på marknaden (oavsett hur marknaden ska definieras) är, som Konkurrensverket har påpekat, SLL. SLL har viss egen produktionskapacitet för tjänster inom klinisk fysiologi genom de egna sjukhusen; Karolinska sjukhuset, Södersjukhuset, Danderyds sjukhus och TioHundra. SLL kan alltså från tid till annan reglera hur stor del av efterfrågan som ska tillgodoses genom egenproduktion respektive upphandlas. När upphandling sker är det SLL som bestämmer villkoren, vilket också har framgått tydligt i målet.

*Utbytbarhet*

Tjänster inom klinisk fysiologi är knappast utbytbara mot andra tjänster, vilket framgår övertygande av den muntliga bevisning som har lagts fram i målet. Däremot kan fråga ställas dels om det kan vara fråga om olika separata produktmarknader för de olika tjänsterna inom klinisk fysiologi, dels om det (som Aleris och Capiro har gjort gällande) finns en upphandlingsmarknad respektive en utförandemarknad.

Är det fråga om separata produktmarknader för olika tjänster inom klinisk fysiologi?

Det säger sig självt att en patient som behöver en sömnapnéundersökning inte istället kan skickas på en hjärtdiagnostik, och detta helt oavsett priset på respektive undersökning. Men vid marknadsdefinitioner måste även beaktas utbytbarhet och komplementaritet på utbudssidan (se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, punkterna 20-23, se även beträffande komplementaritet OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, s. 46-47).

Tingsrätten har fått en tydlig bild under huvudförhandlingen att de specialister som arbetar inom klinisk fysiologi anses behärska hela specialiteten och inte bara en del av den. Det torde också vara svårt att bygga upp en verksamhet med läkare eller biomedicinska analytiker inom klinisk fysiologi som har avgränsat sin yrkespraktik. Av den muntliga bevisningen har framgått att man i branschen uppfattade det som onaturligt att dela upp tjänsteproduktionen på det sätt som SLL gjorde i upphandlingen. Specialisterna utgör den viktigaste produktionsfaktorn och också den enskilt största kostnadsposten.

Det framstår också som att Aleris, Capiro, HKG och konkurrenten Stockholm Heart Center alla har organiserat sina verksamheter utifrån att kunna erbjuda alla tjänster inom klinisk fysiologi. Aleris, Capiro och HKG har också i målet framhållit patientnyttan med att göra på det viset. Tjänsterna framstår därmed som komplementära, och

dessutom torde de specialister som arbetar på området kunna utföra tjänster inom hela området utan att det innebär någon stor omställning av tjänsteproduktionen.

Den tydligaste indikationen på att det är fråga om en enda produktmarknad är egentligen att SLL har valt att upphandla tjänsterna inom de olika områdena i klinisk fysiologi gemensamt i en och samma upphandling.

Sammanfattningsvis ingår de olika tjänsterna inom klinisk fysiologi i samma produktmarknad.

#### Finns det en upphandlingsmarknad och en utförandemarknad?

Aleris och Capio har gjort gällande att det finns en upphandlingsmarknad och en utförandemarknad.

Enligt vad Aleris närmare har utvecklat är ramavtal med SLL den produkt eller tjänst som förekommer på upphandlingsmarknaden, och beställare är SLL. Aleris har preciserat att på upphandlingsmarknaden består varan eller tjänsten i rätten att leverera tjänster till läkare verksamma inom SLL. Köpare är de företag som lämnade anbud i upphandlingen 2008.

På tjänstemarknaden däremot är det enligt Aleris fråga om diagnosttjänster inom klinisk fysiologi, och beställare är remitterande läkare. Där är produkten en undersökning och en undersökningsrapport, och tjänstemarknaden gäller undersökningar inom klinisk fysiologi till läkare inom SLL. Enligt Aleris är köparna på tjänstemarknaden de läkare som beställer undersökningar inom klinisk fysiologi.

Tingsrätten delar inte uppfattningen att ramavtal med SLL, eller rätten att leverera tjänster till läkare verksamma inom SLL, är den produkt eller tjänst som det är fråga om. Aleris resonemang i den delen synes bygga på analogier med auktionsförfarande för att köpa t.ex. telekomlicenser, men något sådant är det inte fråga om här. En upp-

handling är bara ett sätt att organisera transaktionerna på en marknad, vilket inte är väsensskilt från de produkter eller tjänster som upphandlas. Att delta och vinna i upphandlingen ger inte heller upphov till någon rättighet, som t.ex. en äganderätt till en fastighet eller en immateriell rättighet. Däremot kan en upphandling resultera i ömsesidiga civilrättsliga rättigheter och skyldigheter enligt avtal mellan den upphandlande enheten och leverantören.

Tingsrätten delar inte heller Aleris uppfattning att beställare och kunder såvitt gäller tjänster inom klinisk fysiologi är de läkare inom SLL som beställer undersökningar inom klinisk fysiologi. Förvisso remitterar läkarna patienterna till undersökningarna, men rättsligt och ekonomiskt är det SLL som är kund. Det är SLL som kan ställa krav på leverantörerna.

Sammanfattningsvis är det inte fråga om en upphandlingsmarknad och en tjänstemarknad.

#### *Geografisk marknad*

Aleris, Capiro och HKG har inte kunnat vitsorda att den geografiska marknaden kan avgränsas till det område som hör till SLL. De har å andra sidan inte haft några konkreta invändningar mot Konkurrensverkets geografiska marknadsdefinition eller lagt fram några egna förslag på hur den geografiska marknaden ska definieras.

I och med att SLL endast har upphandlat på sitt område, och andra konkurrensförhållanden kan råda vid upphandling som andra landsting genomför, kan konkurrensförhållandena anses vara tillräckligt enhetliga inom det område som hör till SLL.

*Sammanfattande slutsats om relevant marknad*

Den relevanta produktmarknaden har utgjorts av tjänster inom klinisk fysiologi som upphandlas av SLL. Den geografiska marknaden har avgränsats till det område som hör till SLL.

*Har samarbetsavtalen och det samordnade förfarandet varit märkbara?*

Märkbarhetskriteriet anses normalt vara uppfyllt vid sammanlagda marknadsandelar överstigande fem procent (se domarna i målen kommissionen mot Stichting Administratiekantor Portielje och Ziegler mot kommissionen).

Aleris och Capio har haft sammanlagda marknadsandelar i tiden för upphandlingen uppgående till ca 67 procent. Aleris, Globen Heart och Medical Support har haft sammanlagda marknadsandelar om ca 74 procent vid samma tid.

Samarbetsavtalen och det samordnade förfarandet har därför varit märkbara.

**Omfattas samarbetsavtalen av undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen?***Bevisbörda och beviskrav för undantag*

Aleris, Capio och HKG har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för undantag (analogt artikel 2 i förordning 1/2003).

Såvitt gäller beviskraven kan noteras att EU-domstolen har lagt fast att den som åberopar motsvarande undantagsbestämmelse i artikel 101.3 FEUF genom övertygande argument och bevisning måste styrka att villkoren för att beviljas undantag är uppfyllda (Slovenská sporiteľňa, punkt 32). Motsvarande beviskrav bör gälla i svensk rätt.

*Det första villkoret; förbättring av produktion eller distribution eller främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande*

EU-domstolen har erinrat om att priskonkurrens inte utgör det enda effektiva konkurrensmedlet och inte heller det konkurrensmedel som under alla förhållanden ska ges absolut prioritet (CIF; punkt 68). I domen i målet AEG (mål 107/82 AEG mot kommissionen, EU:C:1983:293) fastslog EU-domstolen vid bedömningen av ett selektivt distributionssystem att upprätthållande av en fackhandel som kan erbjuda särskild service för tekniskt avancerade produkter av hög kvalitet kan motivera en minskad priskonkurrens till förmån för en konkurrens som grundar sig på andra faktorer än priser. En minskad priskonkurrens kan emellertid enbart motiveras under förutsättning att konkurrensen på grundval av andra faktorer förbättras. Liknande överväganden gjordes i målet Cipolla (mål C-94/04 Cipolla m fl, EU:C:2006:758) som gällde miniminivåer för advokattaxor som föreskrevs av medlemsstaten Italien grundat på ett förslag från dess advokatsamfund. Det är därför inte uteslutet att samarbetsavtalen skulle kunna omfattas av undantag även om de har minskat incitamentet att konkurrera aktivt med pris och dessutom har bidragit till en minskad marknadsdynamik.

Vad som gjorts gällande är i sammandrag följande.

Capio menar att avtalet mellan Aleris och Capio innebar att Capio kunde säkerställa ett inflöde till S:t Görans sjukhus av remisser från öppenvården inom klinisk fysiologi, för det fall Capio inte skulle erhålla något avtal i upphandlingen, vilket innebär att kvaliteten i Capios vård inom klinisk fysiologi för akutsjukhuspatienterna på S:t Görans sjukhus har förbättrats eller i vart fall kunnat bibehållas och säkerställas på en tillfredsställande nivå. Avtalet har även bidragit till att upprätthålla nödvändig kompetens inom klinisk fysiologi genom att säkerställa en viss kritisk volym av undersökningar. Tillgången till öppenvårdsvolymer har även inneburit att produktionen av tjänsterna har blivit väsentligt mer effektiv på sjukhuset. Möjligheten att agera underleverantör och avtalet har också motverkat uppkomsten över tid av en oligopolmarknad och därmed på detta sätt varit konkurrensbefrämjande. Vårdköerna till kliniskfysiologiska undersökningar i Stockholmsområdet har blivit kortare och tillgängligheten för patien-



terna har förbättrats genom att undersökningar kunnat utföras på fler platser. Det har även blivit möjligt att reducera antalet instanser i vårdkedjan för en patient med behov av undersökningar inom klinisk fysiologi.

Aleris menar att upphandlingen ledde till en fragmentering såtillvida att varje enskild leverantör inte längre kunde erbjuda ett komplett utbud av undersökningar inom klinisk fysiologi, vilket medförde att patienter med behov av undersökningar inom olika objekt skulle behöva besöka flera utförare. Genom att få möjlighet att agera som underleverantör ökade Aleris möjligheter att få erbjuda ett komplett kliniskt fysiologiskt tjänsteutbud. Det möjliggjorde för Aleris att upprätthålla en hög kompetensnivå inom alla undersökningsområden vilket skulle vara till gagn för patienterna. Avtalen medförde också att antalet tjänsteutförare ökade, vilket objektivt sett skulle öka utbudet, valfriheten samt servicen.

Enligt HKG har avtalet förbättrat produktionen genom mer kompletta utredningar hos leverantörer med bibehållen samlad kompetens och distributionen genom utökad tillgänglighet.

Konkurrensverket har å sin sida anfört att påståendena om fragmentering är överdrivna. Hos Aleris, Capiro och HKG var det i genomsnitt tolv procent av patienterna som vid ett och samma undersökningstillfälle undersöktes med två eller fler undersökningar. Inte ens fem procent av de patienter som HKG undersökte under den angivna perioden genomgick undersökningar inom olika anbudsobjekt. I Aleris och Capios fall var undersökningar inom olika objekt än mer ovanliga. Endast tolv respektive fem procent av Aleris och Capios patienter undersöktes med två eller fler undersökningar vid samma undersökningstillfälle. Av detta fåtal patienter var det en ännu mindre andel än i HKG:s fall som undersöktes inom olika anbudsobjekt.

Tingsrätten håller med Konkurrensverket om att samarbetsavtalen har haft små effekter såvitt gäller tillgänglighet. Globen Heart och Medical Support tilldelades i upphandlingen samtliga anbudsobjekt och hade därför kunnat erbjuda alla tjänster inom

klinisk fysiologi samarbetsavtalet förutan. Samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support har därför endast lett till att det finns en leverantör mer (Aleris) avseende objekt A, B och D. Capios samarbetsavtal med Aleris har lett till att det finns en leverantör mer (Capio) avseende objekt E. Att Capio kan erbjuda tjänster inom objekten B och D beror på ett underleverantörsavtal som träffades med HKG efter upphandlingen, och inte på samarbetsavtalet med Aleris.

Capio tilldelades avtal på objekt A i upphandlingen. Capio har gjort gällande att samarbetsavtalet med Aleris möjliggjorde produktion av tjänsterna som blev väsentligt mer effektiv med större volymer. Men tingsrätten har redan kommit fram till att detta argument är alltför vagt och inte har underbyggts med bevisning.

Tingsrätten bedömer att utan samarbetsavtalen skulle en liten andel av patienterna, kanske upp till fem procent, ha behövt remitteras till två olika tjänsteutförare för att få sitt totala undersökningsbehov tillgodosett. Nu har de istället kunnat få undersökningarna utförda på ett och samma ställe. Det måste i och för sig anses utgöra en produktionsförbättring jämfört med om samarbetsavtalen inte skulle ha ingåtts. Mer konkret är det fråga om att sömnapnépatienter (Aleris var en av vinnarna på objekt E) även har kunnat få undersökningar inom objekt A, B och D utförda hos Aleris. Vidare har patienter med behov av undersökningar inom objekt A (arbetsfysiologi och hjärtdiagnostik) hos Capio, som var en av vinnarna på objekt A, kunnat få även sömnapnéundersökningar (objekt E) utförda hos Capio. Att Capio är verksamt med tjänster inom objekt B och D beror som redan nämnts på underleverantörsavtal som träffades efter upphandlingen, något som inte omfattas av Konkurrensverkets talan i målet.

En förbättring i den mening som avses i det första villkoret i 2 kap 1 § konkurrenslagen kan emellertid inte anses liktydig med varje fördel som parterna genom avtalet kan uppnå inom sin produktions- eller distributionsverksamhet. Förbättringen måste särskilt innebära väsentliga objektiva fördelar som kan uppväga de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (mål C-382/12 P MasterCard m.fl. mot kommissionen,

EU:C:2014:2201, punkt 234). Tingsrätten menar att sådana väsentliga fördelar inte kan sägas uppstå genom att det har blivit fler tjänsteleverantörer.

Beträffande fördelarna med öppenvårdsremisser för att åstadkomma en kritisk massa med undersökningar inom klinisk fysiologi för Capios utbildningsuppdrag och för S:t Görans akutsjukhus i stort, anser tingsrätten att trovärdiga uppgifter har lämnats genom förhören med P.A.D. och N.S.. Det är alltså fråga om fördelar som uppstår främst på en annan marknad. Men samarbetsavtalet mellan Aleris och Capio har som sagt endast genererat ökade volymer på tjänsteområde E, sömnapnéundersökningar. Det kan väl sägas att det innebär någon smärre fördel på närliggande marknader i och med att Capio får sådana volymer sömnapnéundersökningar att akutsjukvården på S:t Görans sjukhus indirekt gynnas, samt att S:t Görans sjukhus får bättre möjligheter att utföra sitt uppdrag att utbilda specialistläkare, BMA m fl yrkeskategorier. Men här bör även beaktas att enligt Capios egna uppgifter övervägde Capio inför upphandlingen att avveckla denna verksamhet, en verksamhet som man vid tidpunkten för upphandlingen bedömde inte heller behövdes för akutsjukhuspatienterna i samma utsträckning som objekten A, B och D och som inte har något direkt samband med dessa. Capio hade även mycket begränsad kapacitet på sömnapnéundersökningar.

Vid undantagsbedömningen kan i den delen återigen konstateras att det hos Capio delvis måste vara fråga om fördelar som uppstår på en annan marknad än den i målet aktuella. Det har i praxis accepterats att det går att beakta fördelar som uppstår på en annan marknad än den där konkurrensbegränsningen har konstaterats, i vart fall när det är fråga om sammanhängande marknader. EU-domstolen har dock preciserat att de fördelar som den konkurrensbegränsande åtgärden leder till på en separat, och därmed sammanhängande, marknad inte räcker för att väga upp de nackdelar som åtgärden medför om det helt saknas bevisning för att det på den relevanta marknaden föreligger väsentliga objektiva fördelar som kan tillskrivas åtgärden. Detta gäller särskilt när det inte i huvudsak är samma konsumenter som befinner sig på dessa olika marknader. Det är dessutom den fördelaktiga effekten för samtliga konsumenter på de relevanta marknaderna som ska beaktas inom ramen för det första villkoret i undantagsprövningen

(MasterCard m.fl. mot kommissionen, punkterna 237-243). Här framstår fördelarna med att Capio fått möjlighet att erbjuda sömnapnéundersökningar som alltför obetydliga.

Vad gäller påståendena om att vårdköerna till kliniskfysiologiska undersökningar i Stockholmsområdet har blivit kortare och att tillgängligheten för patienterna har förbättrats genom att undersökningar kunnat utföras på fler platser, framstår svarandebolagens argument som osäkert. Frågan är vad som skulle ha hänt om inte samarbetsavtalen hade ingåtts. Mycket talar för att de som vann upphandlingen då skulle ha expanderat sina verksamheter, i vart fall har G.H. och J.S. givit uttryck för att Stockholm Heart Center skulle ha gjort det, men att förutsättningarna förändrades till det sämre när det kom in fler leverantörer på marknaden.

Sammantaget bedömer tingsrätten att samarbetsavtalen har skapat viss nytta på den relevanta marknaden. En liten andel patienter har sluppit remitteras till två olika tjänsteutförare för att få sitt totala undersökningsbehov tillgodosett, utan istället har kunnat få undersökningarna utförda på ett och samma ställe. Närmare bestämt är det fråga om att en del patienter har kunnat få samtliga undersökningar utförda av Aleris. Detta måste även anses vara en fördel för SLL. Det uppstår också någon smärre fördel i och med att Capio kan erbjuda sömnapnéundersökningar. Det sagda får anses utgöra en förstärkning av kvalitets- och tillgänglighetskonkurrensen på marknaden. Andra fördelar är att samarbetsavtalen kan ha underlättat för företagen att rekrytera personal, genom att hålla samman specialistkompetensen inom området klinisk fysiologi.

Dessa fördelar är dock inte sådana att de uppväger de konkurrensbegränsningar och snedvridningar som respektive samarbetsavtal medför, nämligen det minskade incitamentet att priskonkurrera och den minskade dynamiken på marknaden. I sammanhanget måste även beaktas att SLL, som kund, utformade upphandlingen medvetet om de nackdelar som en uppdelning på olika tjänsteområden skulle leda till, men trots det valde en utformning som skulle stärka priskonkurrensen. Det saknas anledning att göra någon annan bedömning såvitt gäller det samordnade förfarandet.

Det första villkoret för undantag är därmed inte uppfyllt. Villkoren för undantag måste alla vara uppfyllda för att undantag ska gälla. Det skulle därmed vara möjligt att låta bli att pröva de återstående tre villkoren. Med hänvisning till instansordningsprincipen och då villkoren i viss mån har samband med varandra prövar tingsrätten även övriga villkor.

*Det andra villkoret; att tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av den vinst som uppnås*

Capio har upprepat de argument som har att göra med förbättring av produktion m.m. och har därutöver gjort gällande att det inte har blivit dyrare vare sig för patienterna eller för SLL. Om tingsrätten skulle finna en fördyring för SLL styrkt, är den under alla förhållanden obetydlig i jämförelse med patientnyttan.

Aleris har också upprepat de argument som har att göra med förbättring av produktion m.m. och anfört att samtliga dessa fördelar är till sin natur sådana att de oavkortat kommer konsumenterna till del, utan ökade kostnader för SLL eller patienter.

HKG har instämt i att de rationaliseringsvinster som avtalen medfört i hög grad har kommit konsumenterna till godo.

Konkurrensverket har invänt att eftersom Konkurrensverket anser att inget av samarbetsavtalen har medfört effektivitetsvinster i en sådan utsträckning att det första villkoret i 2 kap 2 § konkurrenslagen är uppfyllt finns det enligt Konkurrensverkets mening inga sådana vinster som kan komma konsumenterna till godo. I den mån avtalen har lett till ett utökat tjänsteutbud, färre patientbesök eller andra fördelar som svarandebolagen har hävdad kan Konkurrensverket vidgå att dessa vinster kan ha kommit *en del* av patienterna till godo. Konkurrensverket bestrider dock att de aktuella samarbetsavtalen har lett till färre besök, färre patientavgifter etc. för det stora flertalet patienter.

Konkurrensverket kan inte heller hålla med om att avtalen har lett till några effektivitetsvinster som kommit SLL till godo.

Tingsrätten bedömer att de effektivitetsvinster som har uppstått i och för sig har kommit patienterna till del, vilket också måste anses vara en fördel för SLL. Här kan påminnas om att det är fråga om fördelar för ett fåtal patienter på den relevanta marknaden och ett oklart antal patienter på närliggande marknader, vilket innebär att kravet på att en skälig andel av den vinst som uppnås ska tillförsäkras konsumenterna inte är uppfyllt.

*Det tredje villkoret; bara begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i det första villkoret*

De effektivitetsvinster som i och för sig har uppstått tack vare samarbetsavtalen har identifierats som att viss nytta uppstår på den relevanta marknaden i och med att en liten andel patienter (några procent) har sluppit remitteras till två olika tjänsteutförare för att få sitt totala undersökningsbehov tillgodosett, utan istället har kunnat få undersökningarna utförda på ett och samma ställe. Det uppstår också någon smärre fördel på den relevanta marknaden och på närliggande marknader i och med att Capio kan erbjuda sömnapnéundersökningar.

Dessa mål hade emellertid kunnat uppnås på annat sätt. Det hade t ex varit möjligt att teckna enkla avsiktförklaringar inför upphandlingen om att förhandla underleverantörsavtal om någon men inte båda parter gick vinnande ur upphandlingen. Då skulle det inte ha funnits några volymdelningar eller något röjande av vilka anbudsobjekt som respektive part skulle buda på, ej heller ömsesidigt budande på hela den prognosticerade volymen. Det hade också varit möjligt att teckna underleverantörsavtal efter att upphandlingen hade genomförts, vilket har bekräftats genom vittnesförhöret med T.Ö..

Samarbetsavtalen förutan hade den kliniska fysiologin även kunnat bli föremål för omstrukturering i branschen efter upphandlingen. Företag som i upphandlingen hade vunnit avtal för vissa men inte alla delar inom den kliniska fysiologin hade kunnat ta över avtal och produktionsresurser från andra företag. Härigenom hade de kvarvarande aktörerna kunnat erbjuda komplementära delar av klinisk fysiologi.

I alla händelser saknas en rimlig förklaring till varför Capio respektive Globen Heart och Medical Support hade behov att samverka med Aleris som var störst på marknaden. Om ett företag saknar egen leveranskapacitet måste en samverkan med en konkurrent alltjämt begränsas till vad som är nödvändigt för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt erbjudande. Samarbetsavtalen har sträckt sig längre än så och har inneburit att företagen sökt vinna hela den volym som SLL prognosticerade på tjänsteområdena.

Vid denna bedömning är inte heller det tredje villkoret för undantag uppfyllt.

*Det fjärde villkoret; att avtalen inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga*

Mot bakgrund av Aleris höga marknadsandel och svarandebolagens sammanlagda marknadsandelar framstår det som att inte heller det fjärde villkoret för undantag är uppfyllt.

Förutsättningarna för undantag enligt 2 kap 2 § konkurrenslagen är således inte uppfyllda.

### **Överträdelseernas varaktighet**

Konkurrensverket har gjort gällande att överträdelseerna genom samarbetsavtalen (vilket, enligt vad tingsrätten har kommit fram till, innefattar röjande av information mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support och, mellan Aleris och Capio, överenskommelse om vilka anbudsobjekt de skulle lämna anbud på och med vilka volymer)

har varat sedan mitten/slutet av augusti 2008 t.o.m. den 30 juni 2014, med undantag för perioden den 9 september 2008–början av juni 2010 såvitt gäller avtalet mellan Aleris och Globen Heart/Medical Support och perioden den 9 september 2008–den 8 mars 2010 såvitt gäller avtalet mellan Aleris och Capiro. Tingsrätten har kommit fram till att det i båda fallen har varit fråga om avtal och informationsutbyte sedan slutet av augusti 2008.

Tingsrätten har också kommit fram till att Aleris den 13 augusti 2008 lämnade information till Globen Heart om att även Aleris och Capiro förde diskussioner om ingående av ett samarbetsavtal och hur detta skulle utformas.

Vid tillämpning av artikel 101 och 102 FEUF är det de ekonomiska verkningarna av avtal eller annan slags samordning eller koordination, och inte avtalens rättsliga form, som är avgörande. När det är fråga om konkurrensbegränsande överenskommelser som inte längre är i kraft är det tillräckligt för tillämpning av artikel 101 FEUF att överenskommelserna fortsätter att ha verkan även efter den tidpunkt då de formellt har upphört att gälla. Det innebär t.ex. att en överträdelse kan föreligga under hela den tid då priser som tillkommit på sådant sätt tillämpas (se bl.a. mål C-70/12 P Quinn Barlo m.fl. mot kommissionen, EU:C:2013:351, punkt 40 med hänvisningar).

EU-domstolens avgörande i Quinn Barlo utgör en tolkning av artiklarna 101 och 102 FEUF (se domen punkt 40). Det är alltså fråga om materiell rätt. I och med ambitionen att så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med EU:s konkurrensregler måste motsvarande anses gälla i svensk rätt.

Samarbetsavtalen ingicks i slutet av augusti 2008. Mellan Aleris och Capiro var avtals-tiden från den 1 juni 2009 tills samtliga vårdavtal hade slutat att gälla. Mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support gällde avtalet under samma tid. Avtalsperioden för avtalen med SLL var den 1 juli 2010 till den 30 juni 2013, och kom till följd av förlängning att gälla t.o.m. den 30 juni 2014. Samarbetsavtalen har tillämpats under hela denna tid. Aleris har utfört undersökningar inom objekt A, B och D som underleveran-



tör till HKG under hela tiden och Capiro har utfört undersökningar inom objekt E som underleverantör till Aleris.

Redan den 8 mars 2010 påkallade Capiro sin rätt enligt samarbetsavtalet med Aleris att få utföra sömnapnéundersökningar (objekt E). Samma dag påkallade Aleris sin rätt att som underleverantör till Capiro utföra tjänster inom objekt A. Sedan valde Aleris att istället utföra dessa tjänster som underleverantör till HKG; enligt Konkurrensverket för att Aleris fann avtalet med HKG mer ekonomiskt fördelaktigt. Att Aleris och Capiro påkallade sina rättigheter enligt samarbetsavtalet innebär enligt tingsrätten att de tillämpade avtalet, under den tid då avtalet också enligt sin lydelse var gällande. Parts skyldighet att senast 45 dagar innan parten avser att påbörja utförandet av vårdtjänsterna påkalla att parten önskar agera underleverantör, regleras i avtalets punkt 3.4.

Som Konkurrensverket gjort gällande bör från varaktigheten räknas bort den tid under vilken svarandebolagen inte vidtog några åtgärder som kan hänföras till överträdelserna, vilket var från det att de lämnade in sina anbud i början av september 2008 till i mars 2010 respektive början av juni 2010.

Det samordnade förfarandet har haft koppling till avtalen och får anses ha haft verkan under motsvarande tid.

Överträdelserna har således haft den varaktighet som Konkurrensverket har gjort gällande.

### **Uppsåt/oaktsamhet**

Enligt 3 kap 5 § konkurrenslagen får tingsrätten besluta att ett företag ska betala konkurrensskadeavgift om företaget eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 2 kap 1 eller 7 § eller i artikel 101 eller 102 FEUF.

Marknadsdomstolen har slagit fast att kravet på uppsåt är uppfyllt, om ett företag eller någon som handlar på dess vägnar inte kunnat vara omedvetet om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen (MD 2005:7). Det är inte nödvändigt att uppsåt eller oaktsamhet kan konstateras hos en person som intar en ledande ställning i ett företag utan det är tillräckligt att uppsåt eller oaktsamhet kan konstateras hos en person som handlat på företagets vägnar. Det krävs inte uppsåt för varje led i förfarandet (MD 2009:11). En överträdelse anses vara begången av oaktsamhet om företaget eller den som handlar på dess vägnar rimligen borde ha förutsett att handlandet skulle ha negativa verkningar på konkurrensen av det slag som är förbjudet. Bristande kännedom om förbudsbestämmelsernas innehåll eller missförstånd om reglernas innebörd befriar inte från skyldighet att betala konkurrensskadeavgift (prop. 92/93:56 s. 92).

Det kan noteras att EU-domstolen har uppställt en slags minimistandard för bedömningen av uppsåt och oaktsamhet i mål om överträdelser av artiklarna 101 och 102 FEUF (mål C-681/11 Schenker & Co. m fl, EU:C:2013:404, punkterna 34-37). EU-domstolen tog avstamp i att enligt artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 får kommissionen ålägga företag och företagssammanslutningar böter, om ”de uppsåtligt eller av oaktsamhet” överträder artiklarna 101 FEUF eller 102 FEUF. Något motsvarande krav på subjektiva villkor när medlemsstaternas myndigheter ålägger böter och andra påföljder framgår dock inte av den bestämmelse som kan vara aktuell, nämligen artikel 5 i förordning 1/2003. För det fall medlemsstaterna uppställer subjektiva villkor i samband med tillämpningen av artikel 5 i förordning nr 1/2003 bör dessa villkor dock, för att inte äventyra unionsrättens effektivitet, åtminstone vara lika stränga som de som uppställs i artikel 23 i förordning nr 1/2003. Kravet på uppsåt eller oaktsamhet är enligt EU-domstolens praxis uppfyllt när det ifrågavarande företaget inte kan ha varit omedvetet om att dess agerande var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida det var medvetet om att det åsidosatte fördragets konkurrensbestämmelser. Den omständigheten att det berörda företaget gjort en felaktig rättslig kvalificering av det agerande som ligger till grund för den fastställda överträdelsen får inte leda till att företaget undgår att åläggas böter om företaget inte kunde ha varit omedvetet om att nämnda agerande var konkurrensbegränsande.

Att det är företagets uppsåt eller oaktsamhet som ska prövas innebär enligt tingsrätten att det inte är fråga om att ta ställning till om någon viss person hos företaget (befattningshavare eller annan) inte kan ha varit omedveten om att företagets agerande var konkurrensbegränsande. Ett företag kan t.ex. agera oaktsamt genom att hålla sig okunnigt om fakta eller rättsregler.

Att svarandebolagen enligt egna uppgifter har fått rådgivning med innebörd att samarbetena skulle vara godtagbara konkurrensrättsligt utesluter därför inte att de kan ha agerat med uppsåt eller oaktsamhet. Vilken rådgivning det varit fråga om har för övrigt inte närmare angetts, det är fråga om blanka påståenden från svarandebolagens sida.

HKG har efter upphandlingen övertagit Globen Hearts och Medical Supports avtal med SLL och även trätt in i samarbetsavtalet med Aleris. HKG har i det skedet haft anledning att ta ställning till om avtalet var förenligt med konkurrenslagstiftningen.

Företag som normalt sett är att betrakta som konkurrenter får förväntas noga informera sig om de rättsliga förutsättningarna för att samverka. Alla former av direktkontakter där konkurrenter för diskussioner med varandra inför anbudsgivning innebär ett risktagande i förhållande till konkurrenslagstiftningen. Av vittnesförhöret med G.H. har framgått att Stockholm Heart Center uppfattade kontakterna med konkurrenterna under sommaren 2008 som tveksamma konkurrensrättsligt och valde att avstå från vidare kontakter.

Frågan är om historiken med underleverantörsförhållanden har varit ägnad att invagga svarandebolagen i en falsk trygghet i aktuellt avseende. Tingsrätten menar att så inte är fallet. Som framgått krävs noggranna analyser i det enskilda fallet av de konkurrensrättsliga förutsättningarna för samarbetsavtal av aktuellt slag.

Däremot måste det enligt tingsrätten tillgodoräknas företagen att praxis kring den aktuella sortens avtal har kommit att utmejslas tydligare först i tiden efter att avtalen

ingicks respektive att det samordnade förfarandet ägde rum. I juni 2009 klargjorde EU-domstolen att en s.k. syftesöverträdelse kan föreligga även när förfarandet inte har direkt samband med konsumentpriset (T-Mobile Netherlands, punkt 36). Genom en rad avgöranden på senare år, vilka redovisats ovan, har det blivit tydligare att avtal av aktuellt slag befinner sig mindre i en gråzon och mer i kategorin syftesöverträdelser. Dessa avgöranden har dock inte vänt på någon tidigare praxis av motsatt innebörd. Det fanns alltså inte några avgöranden vid tiden då samarbetena ingicks som var ägnade att ge svarandebolagen intrycket att samarbetena var lagliga. Snarare borde de, om de hade gjort en ingående rättslig analys, ha förstått att det förelåg osäkerhet om samarbetenas förenlighet med konkurrenslagstiftningen. Tingsrätten kan också konstatera att svarandebolagen har fortsatt att tillämpa de konkurrensbegränsande avtalen under avtalens hela giltighetstid, fastän det så småningom borde ha funnits anledning att ifrågasätta deras lagenlighet, inte minst efter att Konkurrensverket inledde sin undersökning. Av den muntliga bevisningen har dessutom framgått att en av svarandebolagens konkurrenter, Stockholm Heart Center, uppfattade diskussionerna under sommaren 2008 som problematiska i förhållande till konkurrenslagstiftningen och valde att dra sig ur fortsatta kontakter med konkurrenterna.

Sammantaget menar tingsrätten att svarandebolagen har åsidosatt 2 kap 1 § konkurrenslagen av oaktsamhet.

### **Samhandelseffekt**

Tingsrätten har en skyldighet enligt artikel 3 i Rådets förordning 1/2003 att, när rätten tillämpar den nationella konkurrensrätten på sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som avses i artikel 101.1 FEUF, även tillämpa artikel 101.1 FEUF, förutsatt att det föreligger samhandelseffekt.

Konkurrensverket har inte gjort gällande att det föreligger samhandelseffekt. Tingsrätten delar den uppfattningen. Det är fråga om två bilaterala avtal och ett enstaka sam-

ordnat förfarande som tillämpats på den regionala marknaden i Stockholmsområdet, och det är inte tillräckligt för att grunda samhandelseffekt.

**Kan HKG hållas ansvarigt för Medical Supports och Globen Hearts överträdelser?**

Utgångspunkten för bedömningen är att den ekonomiska enhet som har överträtt konkurrensreglerna ska ansvara för överträdelsen. När en enhet som har överträtt konkurrensreglerna ändras i rättsligt eller organisatoriskt avseende, medför denna ändring inte nödvändigtvis att ett nytt företag bildas som är befriat från ansvar för den tidigare enhetens överträdelser av konkurrensreglerna, om det i ekonomiskt hänseende föreligger identitet mellan de båda enheterna. Om företag kunde undgå sanktionsåtgärder redan av den anledningen att deras identitet har ändrats till följd av omstruktureringar, överlåtelser eller andra ändringar i juridiskt eller organisatoriskt avseende, skulle nämligen målsättningen att genom avskräckande sanktionsåtgärder sätta stopp för ageranden som strider mot konkurrensreglerna och att förhindra att dylika ageranden upprepas äventyras. EU-domstolen har slagit fast att när två enheter utgör en och samma ekonomiska enhet, utgör den omständigheten att den enhet som begick överträdelsen fortfarande existerar inte i sig hinder för att den enhet till vilken dess ekonomiska verksamhet har överförts påförs sanktioner. Sådana sanktioner är i synnerhet tillåtna när dessa enheter kontrollerades av samma person och, mot bakgrund av de nära ekonomiska och organisatoriska banden mellan dessa enheter, i huvudsak tillämpade samma instruktioner avseende affärsverksamheten (mål C-434/13 P kommissionen mot Parker Hannifin Manufacturing och Parker-Hannifin, EU:C:2014:2456, punkterna 39-41).

Av utredningen i målet har framgått följande.

Någon gång under våren 2010 överlät Globen Heart och Medical Support sina ramavtal med SLL avseende samtliga avtalsobjekt till HKG. Det framgår av ett brev som HKG:s juridiska ombud skickade till Aleris den 1 juli 2010, med följande lydelse:

**Ang. Hjärt-kärlgruppen i Sverige AB och samarbete inom klinisk fysiologi**

För Er kännedom får jag härmed på Hjärt-kärlgruppens vägnar meddela, att Medical Support i Stockholm AB och Globen Heart AB med godkännande från Stockholms läns landsting har överlåtit sina avtal med landstinget inom klinisk fysiologi till Hjärt-kärlgruppen i Sverige AB. Överlåtelsen har inte någon materiell betydelse för det samarbete som är avtalat mellan Er och bolagen i Hjärt-kärlgruppen, men Ni uppmärksammas på att Er motpart i samarbetet i formellt hänseende är Hjärt-kärlgruppen i Sverige AB.

Av epost i juni 2010 från T.Ö. på Hälso- och sjukvårdsnämndens förvaltning (SLL) till E.L.N. och M.N. framgår att förvaltningen ”godkänner avtalsöverlåtelseerna avseende Medical Support i Stockholm AB och Globen Heart AB till Hjärt- kärlgruppen i Sverige AB från 2010-07-01”.

Konkurrensverket har utan bli motsagt gjort gällande att all verksamhet inklusive personal och alla avtal i Globen Hearts och Medical Supports regi som rör utförande av de tjänster inom klinisk fysiologi som SLL upphandlade år 2008 har överförs till HKG. Vidare att alla undersökningar enligt avtalet med SLL har utförts av HKG.

Tingsrätten konstaterar att HKG under perioden från den 1 juli 2010 till den 30 juni 2014 har presterat enligt samarbetsavtalet mellan Aleris, Globen Heart och Medical Support, såtillvida att HKG har låtit Aleris agera underleverantör enligt avtalet och även hanterat fakturering. Det är alltså HKG som har fullgjort avtalsförpliktelseerna enligt samarbetsavtalet.

Medical Support äger sedan början av juni 2008 hälften av aktierna i HKG. Resterande 50 procent av aktierna ägs sedan början av juni 2008 av M.N., som vid nämnda tidpunkt och fortfarande äger 90 procent av aktierna i Globen Heart.

I samband med upphandlingen år 2008 informerade Globen Heart och Medical Support SLL om att de hade för avsikt att fusioneras och låta HKG ta över aktiemajoriteten i de båda bolagen.

Styrelsen i HKG utgörs av samma personer som utgör styrelse i såväl Globen Heart som Medical Support.

Tingsrätten bedömer att det var Globen Heart och Medical Support som ingick samarbetsavtalet med Aleris. Redan då fanns emellertid strukturella kopplingar mellan Globen Heart, Medical Support och HKG på sätt som beskrivits. Därefter har HKG första halvåret 2010 övertagit avtalen, såvitt får förstås genom verksamhetsöverlåtelse. De strukturella kopplingarna och verksamhetsöverlåtelsen innebär att HKG ska svara för den period då Globen Heart och Medical Support överträdde 2 kap 1 § konkurrenslagen. HKG har efter att avtalet övertagits presterat enligt samarbetsavtalet med Aleris och har därigenom självständigt överträtt 2 kap 1 § konkurrenslagen.

På grund av de strukturella kopplingarna och verksamhetsöverlåtelsen ska HKG även svara för det samordnade förfarandet mellan Aleris och Globen Heart som uppstod när Aleris den 13 augusti 2008 röjde för Globen Heart att avtalsförhandlingar även pågick med Capiro.

Vid denna bedömning är det HKG som ska hållas ansvarigt för överträdelsen i dess helhet.

### **Konkurrensskadeavgift**

Nästa fråga är om svarandebolagen ska påföras konkurrensskadeavgift.

Eftersom det är fråga om syftesöverträdelser ska överträdelserna inte betraktas som ringa, vilket får till konsekvens att konkurrensskadeavgift får påföras (3 kap 7 § konkurrenslagen).

*Metodfrågor*

Enligt 3 kap 8 § konkurrenslagen ska konkurrensskadeavgiften bestämmas efter överträdelsens sanktionsvärde. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska det beaktas hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. Vid bedömningen av överträdelsens allvar ska särskilt beaktas överträdelsens art, marknads omfattning och betydelse, och överträdelsens konkreta eller potentiella påverkan på konkurrensen på marknaden.

Bestämmelsen, som delvis motsvarar 28 § första stycket i 1993 års konkurrenslag, tillkom genom 2008 års konkurrenslag. Avsikten är att den tillsammans med bestämmelserna i 9–11 §§, som behandlar försvårande och förmildrande omständigheter, ska anvisa en metod för hur konkurrensskadeavgiften ska bestämmas och vilka omständigheter som därvid särskilt ska beaktas vid fastställandet av avgiftens storlek. Bestämmelserna utgör i huvudsak en kodifiering av vad som redan vid antagandet av 2008 års konkurrenslag ansågs följa av praxis och motivuttalanden. Konkurrensskadeavgiften får enligt 3 kap 6 § konkurrenslagen inte överstiga tio procent av företagets totala omsättning föregående räkenskapsår.

Av förarbetena (prop. 2007/08:135 s. 118 ff) framgår att en anpassning till EU-rätten avsågs med de nya sanktionsbestämmelserna. Regeringen framhöll att en anpassning till det EU-rättsliga systemet har den fördelen att det skapas förutsättningar för att i påföljdshänseende behandla överträdelserna lika, och att man i den svenska rättstillämpningen kan dra nytta av EU:s rättspraxis (a.a. s 120). Med anledning av detta förarbetsuttalande finns det anledning att tillägga att det saknas skyldighet att i nationell rättstillämpning följa unionens konkurrensrätt såvitt gäller sanktioner. Lagstiftningen om sanktioner vid överträdelse av konkurrensreglerna har inte harmoniserats. Bestämmelserna om böter i förordning 1/2003 gäller endast Kommissionen. Medlemsstaterna ska istället tillämpa sin nationella rätt, vilket framgår av artikel 5 i förordningen.



Utgångspunkten för att bestämma konkurrensskadeavgiftens storlek är att den ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna. Det ska vara möjligt att döma ut avhållande och avskräckande avgifter för överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt (prop. 2007/08:135 s. 119-120).

Det finns mot denna bakgrund anledning att komparativt betrakta hur överträdelser bötfälls av Europeiska kommissionen. Enligt de riktlinjer som för närvarande är gällande fastställs böterna på grundval av försäljningsvärdet av de varor eller tjänster som överträdelsen avser. Böterna ska också återspegla hur många år företaget har deltagit i överträdelsen (Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, OT C 210, 01.09.2006 s 2-5). Regelmässigt uppgår den andel av försäljningsvärdet som beaktas till högst 30 procent.

I förarbetena till 3 kap 8 § konkurrenslagen (prop. 2007/08:135 s. 124 och s. 255) förs visst resonemang kring vad som menas med att marknads omfattning och betydelse ska beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar. En överträdelse som omfattar t.ex. hela Sverige bör bedömas som allvarligare än en överträdelse som gäller ett mindre geografiskt område. Andra omständigheter som rör marknaden är betydelsen av den vara eller tjänst som konkurrensbegränsningen avsett. Vad som i första hand avses är marknads betydelse ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Härvid kan bl.a. vägas in vilka varor och tjänster som det är fråga om liksom om det finns substitut eller ej.

Utredningen om en översyn av konkurrenslagen framhöll (SOU 2006:99 s. 500):

I vissa fall kan det fordras betydande utredning och ingående överväganden för att marknaden skall kunna avgränsas, t.ex. vad gäller överträdelser av förbudet mot missbruk av en dominerande ställning. Avgränsningen kan också ibland vara helt avgörande för ett måls utgång. Om konkurrensmyndigheten inte påstår annat än att ett horisontellt samarbete om exempelvis priser har haft ett konkurrensbegränsande syfte, torde marknaden inte behöva avgränsas så noga. Den

marknadsavgränsning som gjorts vid bedömningen av överträdelsen bör användas även vid bestämmandet av konkurrensskadeavgiftens storlek.

Förarbetena ger alltså stöd för att i ett fall som det aktuella krävs endast en mer översiktlig bild av marknaden. Komparativt kan iakttas att det inte heller i unionsrätten finns någon allmängiltig princip att sanktioner ska stå i proportion till företagets storlek på den produktmarknad som är föremål för överträdelsen (mål C-397/03 P Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2006 s. I-4429, punkt 101, mål C-534/07 P Prym och Prym Consumer mot kommissionen, REG 2009 s. I-7415, punkt 64).

Den definition av den relevanta marknaden som redovisats tidigare behöver alltså inte fördjupas i syfte att fastställa konkurrensskadeavgifterna.

*Hur ska konkurrensskadeavgifterna bestämmas i det här målet?*

De belopp som har yrkats innebär inte att konkurrensskadeavgiften kommer att överstiga 10 procent av företagets årsomsättning under föregående räkenskapsår, d v s 2014.

Vad gäller den omsättning som läggs till grund för beräkningen kan omsättning på relevant marknad ofta utgöra en god approximation för fastställande av konkurrensskadeavgift. Vid större överträdelser kan det ofta med fog förutsättas att hela marknadens funktion har påverkats negativt.

Konkurrensskadeavgiften bör bestämmas på ett sätt som uppfyller de allmänna kraven på att den ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna.

Inget hindrar att hänsyn tas vid bestämmande av konkurrensskadeavgiften till överpriser som en överträdelse har genererat. I det aktuella fallet sätter tingsrätten inte tilltro till Konkurrensverkets påståenden om att priserna har stigit. Konkurrensverkets utred-

ning kännetecknas av brister. Till att börja med har bara Capios prisbild analyserats, och inte Aleris eller HKG:s. Enligt Konkurrensverket kan slutsatser dras för Aleris och HKG:s del utifrån Capios vinstmarginaler i Capios interna beslutsunderlag för 2008 års upphandling, men det håller inte tingsrätten med om. Vidare har Konkurrensverkets beräkningar gjorts utan hänsyn till s.k. overheadkostnader som Capio hade. Att så är fallet har framgått att förhöret med E.T.. Hon har uppgett att beräkningarna var före s.k. OH-kostnader uppgående till ca 12 procent avseende sådant som IT-kostnader, ekonomiavdelning, informationsavdelning, sjukhuslaboratorium, chefläkargrupp och personalavdelning. Tingsrätten ser ingen anledning att ifrågasätta hennes uppgifter. Fråga om OH-kostnader bör ingå i kalkylen har inte närmare berörts av Konkurrensverket.

Konkurrensskadeavgifter bestäms dock i normalfallet inte utifrån beräkningar av överpriser. Verkan av ett konkurrensbegränsande förfarande är inte ett avgörande kriterium vid bedömningen av om bötesbeloppet är skäligt (mål C-194/99 P Thyssen Stahl mot kommissionen, EU:C:2003:527, punkt 118).

Det är fråga om en syftesöverträdelse. De nivåer som Konkurrensverket har baserat sitt yrkande på utgörs av ett grundbelopp om sex procent av Aleris omsättning på den relevanta marknaden år 2013, och fyra procent av Capios och HKG:s omsättning på den relevanta marknaden samma år. Vid tidpunkten för upphandlingen hade Aleris och Capio tillsammans en marknadsandel om ca 67 procent, medan Aleris, Globen Heart och Medical Support tillsammans hade en marknadsandel om ca 74 procent. Hela marknaden har påverkats av överträdelserna.

Att Aleris har ingått dubbla avtal om volymdelning innebär att Aleris har gjort sig skyldigt till två separata överträdelser. Dessutom har Aleris röjt för Globen Heart att Aleris förde avtalsdiskussioner även med Capio. Det motiverar att konkurrensskadeavgiften som utgångspunkt sätts två procentenheter högre för Aleris.

Sammantaget framstår Konkurrensverkets beräkningar som väl avvägda som utgångspunkt för bestämmande av konkurrensskadeavgifterna.

Viss reducering måste dock göras på grund av förmildrande omständigheter.

*Nedsättning p g a att överträdelserna har begåtts av oaktsamhet och inte uppsåtligen*

Att överträdelserna begåtts av oaktsamhet och inte uppsåtligen får anses vara en förmildrande omständighet (jmf kommissionens riktlinjer för beräkning av böter, punkt 29).

Tingsrätten bedömer att konkurrensskadeavgifterna bör sättas ned med en tiondel i det här fallet på grund av att överträdelserna har begåtts av oaktsamhet.

*Nedsättning eftersom SLL får anses ha uppmuntrat till överträdelserna*

Att en myndighet har känt till och till och med uppmuntrat en konkurrensbegränsning har inte ansetts fria företagen från ansvar, men bör däremot kunna beaktas som förmildrande vid bestämmande av konkurrensskadeavgift (analogt se bl a målet CIF, refererat ovan, samt förenade målen T-259/02 till T-264/02 och T-271/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich m fl mot kommissionen, REG 2006 s. II-5169, punkterna 258-261 och 504-505). Problematiken med att myndigheter uppmuntrar till överträdelser är väl känd och verkar hanteras ungefär lika i de flesta jurisdiktioner (se OECD, The Regulated Conduct Defence, DAF/COMP(2011)3, s 10-11, s 34-36).

Tingsrätten har kommit fram till att SLL har sökt pressa marknaden till låga priser, dels genom att kommunicera till presumtiva anbudsgivare att SLL endast avsåg att anta två anbudsgivare, dels genom att öppna för att låta anbudsgivarna använda underleverantörer i upphandlingen. SLL:s agerande måste anses ha gett anbudsgivarna klara incitament att agera på det sätt som Aleris, Capio och HKG gjort. Insikten att det fanns

en risk att helt bli utan tilldelning och få lämna marknaden har utgjort en starkt bidragande faktor när samarbetsavtalen ingicks.

Tingsrätten bedömer att konkurrensskadeavgifterna bör sättas ned med en tiondel i det här fallet på grund av att SLL har uppmuntrat till överträdelserna.

*Nedsättning för att överträdelserna har kännetecknats av en relativt hög grad av öppenhet*

Aleris och Capiro har angett varandra som underleverantörer i anbudet. Aleris och Globen Heart / Medical Support har också angett varandra som underleverantörer i anbudet. Inför utförandet av tjänsterna sommaren 2010 har SLL informerats om att HKG (som övertagit Globen Heart / Medical Supports avtal) skulle anlita Aleris som underleverantör. Att alla svarandebolagen var verksamma på sätt som skett på marknaden till följd av 2008 års upphandling måste i vart fall sedan sommaren 2010 ha legat i öppen dager.

Det är alltså inte fråga om något klassiskt hemligt samarbete. Däremot har SLL inte fått veta hur samarbetsavtalen närmare var utformade. Som framgått är det den närmare utformningen som är det grundläggande problemet. Att samarbetet ägde rum öppet måste ändå anses ha underlättat upptäckt. T ex hade SLL kunnat fråga hur avtalen var utformade.

Tingsrätten bedömer att konkurrensskadeavgifterna bör sättas ned med en tiondel i det här fallet på grund av att det har varit fråga om samarbeten som kännetecknats av en relativt hög grad av öppenhet.

Sammantaget ska således konkurrensskadeavgifterna sättas ned med tre tiondelar av yrkade belopp.

**Rättegångskostnader**

I mål och ärenden enligt konkurrenslagen tillämpas enligt 8 kap 15 § konkurrenslagen som huvudregel 31 kap rättegångsbalken i fråga om rättegångskostnader.

Konkurrensverket har inte nått full framgång i målet i och med att konkurrensskadeavgiften sätts något lägre än vad verket hade begärt. Vad Konkurrensverket har tappat får dock anses vara av mindre omfattning. Svarandebolagen får som förlorande parter i enlighet med huvudregeln stå sina egna rättegångskostnader enligt 31 kap 2 § första stycket rättegångsbalken.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR** se domsbilaga 1 (Dv 401).

Ett överklagande, ställt till Marknadsdomstolen, ska ha kommit in till tingsrätten senast den 8 januari 2016. Det krävs prövningstillstånd.

Ingeborg Simonsson

Mirja Högström

I avgörandet har deltagit ekonomiska experterna fil dr Matilda Gjirja och professor Johan Stennek. Tingsrätten är enig.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga tingsrättens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen.

**Skrivelsen ska skickas eller lämnas till tingsrätten.** Överklagandet prövas av den hovrätt som finns angiven i slutet av domen.

Överklagandet ska ha kommit in till tingsrätten **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till tingsrätten och det måste ha kommit in till tingsrätten **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i hovrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Hovrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står tingsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till hovrätten varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla** uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av tingsrättens namn samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av tingsrättens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende tingsrättens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i hovrätten inte lagts fram tidigare, ska klaganden i mål där förlikning om saken är tillåten förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i hovrätten.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av tingsrätten. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.