



HOVRÄTTEN FÖR  
VÄSTRA SVERIGE  
Avdelning 4  
Rotel 44

**DOM**  
2021-10-27  
Göteborg

Mål nr  
T 6007-20

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts dom den 4 november 2020 i mål nr T 2381-19, se bilaga A

## PARTER

### Klagande och motpart

Västra Götalandsregionen, 232100-0131  
462 80 Vänersborg

Ombud: Advokaterna Tobias Bengtsson och Johan Gregow  
Box 11920, 404 39 Göteborg

### Klagande och motpart

Fresenius Medical Care Sverige AB, 556198-0904  
Box 548, 192 05 Sollentuna

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén  
Skeppsbron 32, 111 30 Stockholm

## SAKEN

Skadestånd

---

## HOVRÄTTENS DOMSLUT

Med ändring av tingsrättens dom i huvudsaken ogillar hovrätten Fresenius Medical Sverige AB:s talan.

Med ändring av tingsrättens dom även i fråga om rättegångskostnader befriar hovrätten Västra Götalandsregionen från skyldigheten att ersätta Fresenius Medical Care Sverige AB för rättegångskostnader vid tingsrätten samt förpliktar Fresenius Medical Care Sverige AB att ersätta Västra Götalandsregionen för rättegångskostnader vid tingsrätten med 4 802 021 kr, varav 3 966 365 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 4 november 2020 till dess betalning sker.

Dok.Id 622974

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 40 401 20 Göteborg	Packhusplatsen 6	031-701 22 00 E-post: hovratten.vastrasverige@dom.se www.vastrahovratten.domstol.se	-	måndag – fredag 08:00–16:00

Fresenius Medical Care Sverige AB ska ersätta Västra Götalandsregionen för rättegångskostnader i hovrätten med 1 726 477 kr, varav 1 725 530 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 27 oktober 2021 till dess betalning sker.

Hovrätten fastställer tingsrättens sekretessförordnande.

Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifter om Fresenius Medical Care Sverige AB:s affärsförhållanden i hovrättens aktbilagor 3, 70 (sekretess endast avseende p. 51-53 på s. 9-10), 72 och 73, som har lagts fram inom stängda dörrar vid hovrättens huvudförhandling. Samma sekretessbestämmelse ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifter av nu nämnt slag som finns i tingsrättens aktbilagor 16, 17, 77 och 202.

---

### **YRKANDEN I HOVRÄTTEN**

Västra Götalandsregionen (VGR) har yrkat att hovrätten

- med ändring av punkten 1 i tingsrättens domslut, befriar VGR från att betala 6 083 136 kr jämte ränta till Fresenius Medical Care Sverige AB (Fresenius), och
- förpliktar Fresenius att ersätta VGR för rättegångskostnader i tingsrätten med 4 802 021 kr.

Fresenius har, anslutningsvis, yrkat att hovrätten

- med ändring av punkten 1 i tingsrättens domslut, förpliktar VGR att till Fresenius betala 11 286 042 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämningsansökan, och
- förpliktar VGR att ersätta Fresenius för rättegångskostnader i tingsrätten med 6 735 760 kr.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i hovrätten.

### **UTREDNING I HOVRÄTTEN**

Den skriftliga bevisning som åberopades vid tingsrätten har i huvudsak lagts fram även i hovrätten. Utöver det har båda parter åberopat en del ny skriftlig bevisning. En fullständig förteckning över den skriftliga bevisningen finns i anteckningarna från huvudförhandlingen i hovrätten.

De förhör som hölls vid tingsrätten har spelats upp. På VGR:s begäran har tilläggsförhör hållits i hovrätten med Anna Hermansson och Joost Fokkelman. På Fresenius begäran har nytt vittnesförhör hållits med Karolina Käld och tilläggsförhör hållits med Stefan Harden Johansson.

## HOVRÄTTENS DOMSKÄL

### Parternas grunder

Parterna har åberopat samma omständigheter som vid tingsrätten till grund för sin talan, med undantag för att VGR har frånfallit invändningen om att det inte förekommit något upphandlingsrättsligt fel såvitt gäller genomförandet av upphandlingen och inte heller längre gör gällande att eventuellt skadestånd ska jämkas.

### Ramen för hovrättens prövning

Tingsrätten har redogjort för bakgrunden till tvisten. Parterna är numera överens om att VGR begick ett upphandlingsfel, genom beslutet att tilldela det aktuella ramavtalet till Nordic Med-Com AB (Nordic Med-Com), trots att Nordic Med-Coms anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. Tvisten i hovrätten gäller, liksom vid tingsrätten, om VGR är skadeståndsskyldig mot Fresenius på grund av upphandlingsfelet. I korthet går parternas respektive talan ut på följande.

Fresenius har gjort gällande att det är sannolikt att bolaget gått miste om ramavtalet på grund av att VGR felaktigt tilldelade Nordic Med-Com det, eller att bolaget i vart fall har haft en realistisk möjlighet att få ramavtalet, och att VGR därför, enligt 20 kap. 20 § lagen om offentlig upphandling (LOU), ska ersätta Fresenius för den skada som bolaget lidit på grund av det uteblivna ramavtalet. I det av Fresenius yrkade skadeståndet ingår även de kostnader som Fresenius haft för överprövning av upphandlingen i förvaltningsdomstolarna.

VGR har invänt att Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen och att det därför inte finns något orsakssamband mellan upphandlingsfelet och Fresenius eventuella skada. Eftersom Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven kan bolaget inte, enligt VGR, ha lidit någon skada på grund av upphandlingsfelet, då bolaget inte rätteligen skulle ha tilldelats ramavtalet vid ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande.

Fresenius har mot detta anfört att Fresenius anbud uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. Fresenius har även gjort gällande att det under alla förhållanden saknar betydelse om Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven, eftersom bolaget ändå, i ett hypotetiskt kontrafaktiskt scenario, sannolikt skulle ha tilldelats ramavtalet. Enligt Fresenius ska det då beaktas att VGR i detta händelseförlopp inte skulle ha upptäckt Fresenius eventuella anbudsbrister. I vart fall har Fresenius gjort gällande – med hänvisning till att VGR ostridigt accepterat i princip identiska anbud i andra upphandlingar – att skadeståndsskyldighet föreligger eftersom bolaget hade en berättigad förväntan att tilldelas avtalet.

VGR har mot detta anfört att varken ett hypotetiskt kontrafaktiskt händelseförlopp eller Fresenius förväntningar kan ges betydelse för VGR:s skadeståndsskyldighet, eftersom skadestånd enligt LOU bara kan utgå till den enda anbudsgivare som rätteligen skulle ha tilldelats upphandlingskontraktet.

Parterna har även framfört olika uppfattningar om hur ett eventuellt skadestånd ska beräknas.

Hovrätten har till att börja med att pröva om det i detta fall föreligger en skada i den mening som avses i 20 kap. 20 § lagen om offentlig upphandling (LOU). Först om så bedöms vara fallet behöver hovrätten pröva hur skadeståndet ska beräknas.

### **Allmänt om skadestånd med stöd av LOU**

Offentlig upphandling regleras närmare i direktiv 2014/24/EU (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG). Direktivet är för svensk del implementerat genom LOU. Syftet med regelverket är primärt att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, vilket inte enbart ska gagna de ekonomiska aktörerna utan även de upphandlande myndigheterna (se bl.a. rättsfallen från EU-domstolen C-

402/18, *Tedeschi m.fl.* p. 39, C-94/12, *Swm Costruzioni* p. 34 och C-305/08, *CoNISMa* p. 37).

Principen om likabehandling av anbudsgivare utgör grunden för regelverket. Principen innebär att anbudsgivare ska vara i en likvärdig position både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (se rättsfallen från EU-domstolen C-448/01, *EVN AG och Wienstrom mot Republiken Österrike* p. 47 och C-243/89, *Kommissionen mot Danmark* p. 37).

Respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver även att samtliga anbud i en upphandling är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna. En leverantör som har lagt ned kostnader på ett anbud ska därmed kunna utgå från att anbudet beaktas på ett rättvist sätt (se rättsfallet från EU-domstolen C-243/89, *Kommissionen mot Danmark* p. 37-45 och generaladvokatens förslag i samma mål p. 18 samt rättsfallet från Högsta domstolen NJA 2018 s. 1127 p. 19.)

För svensk del finns, som nämnts, bestämmelsen om det offentligas skadeståndsskyldighet vid överträdelser av LOU i 20 kap. 20 § första stycket nämnda lag. Där anges att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i sagda lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör. Skadeståndsbestämmelserna på upphandlingsrättens område syftar, enligt praxis från EU-domstolen, till att den som lider skada på grund av ett upphandlingsfel ska få denna skada reparerad, men också till att ge lagstiftningen fullt genomslag på nationell nivå samt förhindra att liknande överträdelser upprepas (se prop. 1992/93:88 s. 103 samt rättsfall från EFTA-domstolen E 16/16 *Fosen-Linjen AS* p. 76 och Högsta domstolen, NJA 2013 s. 762 p. 15.)

Skadestånd i upphandlingsrättsliga sammanhang har alltså inte bara ett reparativt, utan även ett preventivt, syfte. Det hindrar samtidigt inte att allmänna skadeståndsrättsliga principer i svensk rätt normalt blir tillämpliga även på upphandlingsrättens område (se rättsfallet NJA 2018 s. 1127 p. 24).

Ansvar för kontrollen av om offentlig upphandling sker i överensstämmelse med LOU ligger på både förvaltningsdomstolarna och de allmänna domstolarna. Tonvikten är primärt avsedd att ligga hos förvaltningsdomstolarna inom ramen för överprövningsprocessen. Allmänna domstolar kan ändå ställas inför identiska frågor i ett mål om skadestånd. I ett skadeståndsmål har den upphandlande myndigheten t.ex. möjlighet att framgångsrikt bestrida krav på ersättning för det positiva kontraktsintresset på grunden att det är sannolikt att i stället en annan anbudsgivare skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna hade följts, oavsett om denna andra anbudsgivare är part i rättegången. Sådana invändningar ska prövas fullt ut i skadeståndprocessen. Att den upphandlande myndigheten inte åberopat en viss invändning tidigare i den förvaltningsrättsliga överprövningsprocessen saknar betydelse för prövningen i skadeståndsmålet (se rättsfallen NJA 2016 s. 369 p. 10-20 och NJA 2007 s. 349).

#### **Förutsättningarna för skadestånd enligt LOU**

Enligt praxis från Högsta domstolen innebär skadeståndsskyldigheten enligt LOU att en leverantör som – det ansvarsgrundande upphandlingsfelet förutan – sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsföremålet, kan bli berättigad till ersättning för utebliven vinst (positiva kontraktsintresset). Leverantören sägs då ha försatts i samma läge som om upphandlingen hade fullgjorts på ett riktigt sätt (se rättsfallet NJA 2016 s. 369 p. 17 och där gjorda hänvisningar).

För att vara berättigad till skadestånd för det positiva kontraktsintresset ska alltså leverantören göra ”sannolikt” att denne förlorat kontraktet på grund av felet. Högsta domstolen har därmed i detta sammanhang slagit fast ett lägre ställt beviskrav för orsaksambandet än vad som normalt sett tillämpas i skadeståndsmål (se angivet rättsfall p. 9). Bakgrunden till det är att domstolen tagit hänsyn till det utrymme för olika värderingar av ingivna anbud som LOU lämnar, och att ett krav på att leverantören alltid ska styrka att just denne förlorat kontraktet till följd av överträdelsen skulle medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad (se rättsfallen NJA 2000 s. 712, NJA 2007 s. 349 och NJA 2016 s. 369).

Det sänkta beviskravet gäller alltså för den värdering av olika anbud som måste göras för att bedöma om en leverantör som krävt skadestånd sannolikt hade tilldelats ett upphandlingskontrakt. På frågan om en anbudsgivare som kräver skadestånd över huvud taget uppfyllt kraven i en upphandling har Högsta domstolen däremot tillämpat det beviskrav som vanligen gäller i skadeståndsmål. Leverantören måste alltså visa att anbudet levde upp till kraven i upphandlingen (se rättsfallet från Högsta domstolen NJA 2016 s. 369 p. 20, jämför även rättsfallet från EFTA-domstolen E 16/16 *Fosen-linjen*, p. 91, H. Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, 2016, s. 126 samt E. Nilsson, *Skadestånd vid avtals ogiltighet*, Upphandlingsrättslig tidskrift, 1:2020, s. 31-45 vid s. 37.)

Hovrätten konstaterar att detta framstår som naturligt, inte minst för att ett sådant synsätt står i samklang med den så kallade *normskyddsläran*. Normskyddsläran innebär att en skada som faller utanför skyddsändamålet med den aktuella skadeståndsregeln inte anses ersättningsgill, oaktat att en sådan ersättnings skyldighet föreligger *prima facie* (se J. Hellner och M. Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 2018, s. 204 f. samt prop. 1972:5 s. 159). Ytterst handlar principen om normskydd i EU-rätten om en bedömning av om en parts handlande inte har någon annan förklaring än att säkerställa en förmån som inte omfattas av syftena med bestämmelsen. Det saknar för denna bedömning betydelse vilka (subjektiva) avsikter som aktören haft (jfr om det nu sagda p. 67-71 och 74-75 i generaladvokatens förslag i rättsfallen från EU-domstolen C-255/02 *Halifax* samt p. 74-75 i domen och C-251/16, *Cussens mfl.* p. 31 med där angiven rättspraxis). Det kan också nämnas att en av normskyddslärans centrala principer i *common law* är känd som *the clean hands doctrine* (*He who comes into equity must come with clean hands*). Principen är i och för sig avsedd att freda en enskild svarande mot icke-skyddsvärda krav från käranden men *clean hands* tillvaratar primärt domstolens integritet och det allmänna intresset (*public policy*) av att inte genom domstolarna bifalla krav som står i strid med detta intresse (se exempelvis rättsfallet från US Supreme Court *Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 [1942] samt, angående principen i allmänhet, T.C. Anenson *Announcing the Clean Hands Doctrine* i *Judging Equity*, Cambridge University Press, 2018, kap. 2).



Skadeståndsskyldigheten för det offentliga enligt LOU är accessorisk till regelverkets syften, som kan sägas utgöra normskyddet för skadeståndet. Skadeståndsanspråk som tydligt faller utanför dessa syften kan, som utgångspunkt, inte anses uppfylla kravet på adekvat kausalitet. En ordning där skadestånd intill det positiva kontraktsintresset skulle kunna tillerkännas en anbudsgivare som inte uppfyller anbudskriterierna, överensstämmer inte med direktivets syften att främja likabehandling av anbudsgivare och maximera konkurrensutsättningen på den inre marknaden. Det skulle tvärtom stå i strid med grunderna för upphandlingsrätten.

Sammantaget måste kravet på orsakssamband, mot den här bakgrunden, innebära att en förlorande leverantör som kräver skadestånd på grund av att den upphandlande myndigheten har begått en överträdelse av LOU, ska kunna visa att anbudet uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. I det avseendet tillämpas alltså inget sänkt beviskrav.

Nästa fråga är vilka utgångspunkter som ska gälla för bedömningen av om leverantören har visat att ett anbud uppfyllt de obligatoriska kraven i en upphandling.

### **En objektiv bedömning ska göras av de obligatoriska kraven**

Prövningen av en anbudsbrist i skadeståndsprocessen ska, av systematiska skäl och av hänsyn till intresset av rättens koherens, ske enligt de principer som gäller för tillämpningen av LOU i förvaltningsdomstolarna (jfr rättsfallet NJA 2016 s. 358 p. 14). Detta innebär att samma måttstock gäller för bedömningen av om anbudsgivarens anbud uppfyller kravet i LOU – oavsett om frågan gäller skadestånd till leverantören eller om den upphandlande myndigheten har begått ett upphandlingsfel vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt till en viss leverantör.

Utgångspunkten för bedömningen av om ett obligatoriskt krav är uppfyllt utgår från en objektiv bedömning av hur ordalagen kan uppfattas med hänsyn till de grundläggande principerna i LOU om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet

och ömsesidigt erkännande (se 4 kap. 1 § LOU och rättsfallet NJA 2016 s. 358 p. 14). En tvist om offentlig upphandling är inte en avtalstvist mellan budgivare och anbudstagarare. Det är således inte fråga om en tolkning av subjektiva fakta gällande parternas agerande eller tidigare mellanhavanden, som kan vara fallet i en avtalstvist. Likabehandlingsprincipen innebär tvärtom att upphandlingskriterierna vid prövningen av anbud ska tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare (se rättsfallet från EU-domstolen C-448/01, *EVN AG och Wienstrom mot Republiken Österrike* p. 48).

Högsta förvaltningsdomstolen har konstaterat att likabehandlingsprincipen innebär att avvikelser från obligatoriska krav som har adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen, och som i sig inte är att anse som oproportionerliga, är att anse som fel i upphandlingsrättslig bemärkelse, eftersom godtagande av sådana avvikelser är oförenliga med likabehandlingsprincipen och kan anses skada upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Vidare har domstolen uttalat att förfrågningsunderlaget utgör en central del av förfarandet i en upphandling. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se rättsfallet HFD 2016 ref. 37 I-II).

På samma sätt har EU-domstolen slagit fast att den upphandlande myndigheten, med hänsyn till likabehandlingsprincipen och den därmed sammanhängande öppenhetsprincipen, är skyldig att strikt iaktta de kriterier som den själv har fastställt. Avsaknaden av en handling eller uppgift som krävdes enligt upphandlingsdokumenten kan därför som huvudregel inte kompletteras i ett senare skede (se rättsfallen från EU-domstolen C-927/19, *Klajpėdos regione* p. 93 och C-27/15, *Pizzo* p. 42 och p. 44).

Utrymmet att frångå ett obligatoriskt krav i en upphandling är alltså mycket litet. Hovrätten drar mot den angivna bakgrunden slutsatsen att även en begränsad avvikelse från de obligatoriska kraven i upphandlingen är att beteckna som en anbudsbrist.

Att det, som Fresenius menar, skulle vägas in i bedömningen av rätten till skadestånd att en leverantör, på grund av den upphandlande myndighetens tidigare agerande, haft berättigade förväntningar på att tilldelas det aktuella kontraktet och att leverantören, i ett hypotetiskt alternativt händelseförlopp, sannolikt skulle ha tilldelats det, saknar stöd i relevant rättspraxis. EU-domstolen har tvärtom slagit fast att den omständighet att en nationell myndighet med uppgift att tillämpa gemenskapsrätten agerar i strid med densamma inte utgör grund för en ekonomisk aktör att ha berättigade förväntningar på att behandlas på ett sätt som strider mot gemenskapsrätten (se rättsfallet från EU-domstolen C-94/05, *Emsland-Stärke* p. 31). Att en myndighet har gjort en felaktig bedömning av rättsläget innebär inte heller att en domstol i en senare process skulle vara förhindrad att göra en annan (korrekt) bedömning av samma fråga (se samma rättsfall, p. 30). Att en upphandlande myndighet sannolikt, felaktigt, skulle ha tilldelat en sådan leverantör ett upphandlingskontrakt kan därmed inte heller ges betydelse för rätten till skadestånd (jfr även här rättsfallet NJA 2016 s. 369, särskilt punkterna 19 och 20).

### **Sammanfattning av hovrättens utgångspunkter för bedömningen**

Hovrätten har alltså kommit fram till att en förutsättning för att Fresenius ska ha rätt till skadestånd på grund av VGR:s upphandlingsfel är att Fresenius visar att bolagets anbud i upphandlingen var giltigt, i den betydelsen att det uppfyllde de obligatoriska krav som uppställdes där. Den bedömningen ska göras objektivt utifrån hur kraven formulerades i upphandlingen och avvikelser från dessa medför att Fresenius anbud ska anses som ogiltigt.

### **Uppfyllde Fresenius de obligatoriska kraven i upphandlingen?**

De krav i upphandlingen som VGR menar att Fresenius inte levde upp till är de krav som i målet har kallats miljökravet och vattenreningskravet. Det är ostridigt mellan

parterna att dessa krav var att anse som obligatoriska. Som en utgångspunkt konstaterar hovrätten att kraven är tillräckligt klart formulerade för att deras innebörd ska stå klar för anbudsgivarna (jfr rättsfallet från EU-domstolen i mål C-27/15, *Pizzo*, p. 36-37).

Hovrätten konstaterar att det, i enlighet med de utgångspunkter som angetts ovan, bara är uppgifter som framgick av Fresenius anbud i upphandlingen som kan ligga till grund för bedömningen av kravuppfyllnad.

Vad gäller miljökravet gällde enligt anbudsinvjudan (tingsrättens aktbilaga 4) p.

1.5.4.3.2 att anbudsgivaren skulle arbeta systematiskt med miljöledning. Som bevis på detta skulle anbudsgivare, enligt anbudsinvjudan, antingen ge in ett ISO 14001-certifikat eller en beskrivning som minst omfattade anbudsgivarens rutiner för hantering av miljöavvikelser samt beskrivning av fördelningen av miljöansvar.

Fresenius har åberopat följande handlingar som gavs in i samband med upphandlingen och som enligt Fresenius visar att bolagets anbud uppfyllde miljökravet:

- ISO-certifikat för det tyska moderbolaget (tingsrättens aktbilaga 33),
- Miljöprofil 2018 (tingsrättens aktbilaga 32),
- Sustainability Principles (tingsrättens aktbilaga 56),
- Kod för etiskt och affärsmässigt uppförande (tingsrättens aktbilaga 134), och
- dokument som visar att bolaget är anslutet till vissa insamlingssystem för avfall (tingsrättens aktbilagor 54 och 55).

Hovrätten konstaterar att ISO-certifikatet inte gäller det Freseniusbolag som var anbudsgivare i upphandlingen och därför inte kan godtas som underlag för att visa att miljökravet uppfylldes. I ”Miljöprofil 2018” framgår vid rubriken ”Miljöstyrningssystem/miljörevision” att Fresenius inte har någon egen tillverkning. Där framgår också att Fredrik Gustafsson är kontaktperson för frågor om miljö och hälsa. Hovrätten anser att det står klart att dokumentet inte innehåller någon beskrivning av hur företaget arbetar systematiskt med miljöavvikelser. Att det finns en angiven kontaktperson för frågor om miljö och hälsa innebär inte heller att man redovisat hur fördelningen av miljöansvar ser ut inom bolaget. ”Sustainability principles” är ett dokument som lägger fast

olika typer av krav på leverantörer, bl.a. vad gäller miljöfrågor, men innehåller inga rutiner för hantering av avvikelser och gäller inte heller Fresenius miljöledningsarbete. Uppförandekoden är ett generellt policydokument som gäller för den koncern som Fresenius ingår i, och är inriktat på bl.a. frågor om korruption och penningtvätt. I ett avsnitt i dokumentet beskrivs att det finns en avdelning som heter ”Corporate Compliance Department” och att man kan vända sig till den för att rapportera misstänkta överträdelser. Fresenius har gjort gällande att koden innehåller Fresenius rutiner för hantering av alla typer av avvikelser, dvs. även sådana avvikelser som kan leda till negativ miljöpåverkan, och därmed motsvarar det som efterfrågas i anbudsunderlaget. Hovrätten delar inte den bedömningen utan konstaterar att dokumentet varken innehåller information om rutiner för hantering av miljöavvikelser eller beskrivning av fördelningen av miljöansvar. Detsamma gäller dokumenten rörande insamlingsystem för avfall.

Sammanfattningsvis kommer hovrätten fram till att inga av de dokument som Fresenius gav in i upphandlingen, vare sig sedda var för sig eller samlat, innehåller en sådan beskrivning av bolagets rutiner för hantering av miljöavvikelser eller en beskrivning av fördelningen av miljöansvar som krävdes. Fresenius har alltså inte visat att bolagets anbud uppfyllde det obligatoriska miljökravet i upphandlingen.

I fråga om vattenreningskravet angavs i anbudsinbjudan som obligatoriskt krav att den offererade maskinen skulle kunna anslutas till befintliga mobila vattenrenare inom VGR. Ex Aqua Uno, WRO 300 H. Det är ostridigt i målet att Fresenius gjorde ett tillägg i anbudet i produktgrupp 3 med upplysningen att vattenreningsanläggningen måste kunna leverera minst 1 300 ml dialysvatten/min med en liknande skrivning för produktgrupp 4. En sådan reservation gör att anbudet inte uppfyller det obligatoriska kravet (jfr rättsfallet C-243/89, *Kommissionen mot Danmark* p. 40). Fresenius uppfyllde därmed inte heller vattenreningskravet.

Sammanfattningsvis kommer alltså hovrätten fram till att Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen.

Det är visserligen ostridigt i målet att VGR vid flera upphandlingar, såväl före som efter den tvistiga upphandlingen, godtagit anbudssvar från Fresenius som är i allt väsentligt identiska med det som är aktuellt i målet, vad gäller miljökravet. Som framgått ovan, är det ingenting som ska vägas in i bedömningen av rätten till skadestånd. Att Fresenius dialysmaskiner i praktiken kunde anslutas till befintliga vattenreningsanläggningar saknar också, som framgått, betydelse för bedömningen av kravuppfyllnad.

Att VGR eventuellt i ett, som Fresenius kallat det, ”hypotetiskt kontrafaktiskt scenario” skulle ha tilldelat Fresenius ramavtalet, medför inte heller att Fresenius, tros bristerna i anbudet, kan ha rätt till skadestånd.

### **Sammanfattning av hovrättens slutsatser**

Syftena med direktiv 2014/24/EU och LOU, särskilt likabehandlingsprincipen, innebär att en anbudsgivare som för en skadeståndstalan intill det positiva kontraktsintresset på grund av ett upphandlingsfel själv måste ha haft ett giltigt anbud i upphandlingen. Det är upp till leverantören att visa att så var fallet. Fresenius har inte visat att bolaget uppfyllde de obligatoriska kraven i anbudsinbjudan. Fresenius skadeståndstalan mot VGR har därmed som huvudsakligt syfte att säkerställa ett skadestånd som inte omfattas av syftena (skyddsändamålet) med direktiven. Det saknas då adekvat kausalitet mellan upphandlingsfelet och bolagets påstådda skada. Mot denna bakgrund ska Fresenius talan ogillas.

### **Överprövningskostnader**

Eftersom Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen kan bolaget inte heller få ersättning för överprövningskostnader i förvaltningsdomstolarna. Fresenius yrkande om ersättning för dessa kostnader ska därför avslås.

### **Rättegångskostnader**

Av hovrättens bedömning i själva saken följer att Fresenius ska ersätta VGR:s rättegångskostnader i båda instanser. Begärda belopp är skäliga.

**ÖVERKLAGANDE**, se bilaga B

Överklagande senast den 24 november 2021

---

Domare: Hovrättsråden Åsa Toll, Ola Zetterquist (referent) och Mia Schenck  
Blomqvist samt tf. hovrättsassessorn Lovisa Rova.



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT  
Avdelning 1

**DOM**  
2020-11-04  
Meddelad i  
Vänernsbor

Mål nr  
T 2381-19

## PARTER

### Kärande

Fresenius Medical Care Sverige AB, 556198-0904  
Box 548  
192 05 Sollentuna

Ställföreträdare: Fredrik Gustafsson  
c/o Fresenius Medical Care Sverige AB  
Box 548  
192 05 Sollentuna

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB  
Skeppsbron 32  
111 30 Stockholm

### Svarande

Västra Götalandsregionen  
Västra Götalandsregionen (Vänernsbor)

462 80 Vänernsbor

Ombud: Advokaterna Tobias Bengtsson och Johan Gregow  
Wistrand Advokatbyrå  
Box 11920  
404 39 Göteborg

---

## DOMSLUT

1. Västra Götalandsregionen ska till Fresenius Medical Care Sverige AB betala ett belopp om 6 083 136 kr, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 22 juli 2019 till dess betalning sker.
2. Sekretessbestämmelserna i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att gälla för aktbilagorna 16, 17, 77 och 202 i detta mål samt vad som föredragits inom stängda dörrar. Tingsrätten förordnar om att fortsatt sekretess ska gälla även efter denna dom enligt 43 kap. 8 § samma lag.
3. Vardera parten ska stå sina kostnader i målet.

---

Dok.Id 489265

**Postadress**  
Box 1070  
462 28 Vänernsbor

**Besöksadress**  
Hamngatan 6

**Telefon**  
0521-27 02 00  
**E-post:** vanersborgs.tingsratt@dom.se  
www.domstol.se/vanersborgs-tingsratt/

**Telefax**  
finns ej

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



## **BAKGRUND**

Fresenius Medical Care Sverige AB, (Fresenius), tillhandahåller produkter och tjänster inom njursjukvård och blodbehandlingar såsom dialysmaskiner, dialysatorer och tillhörande förbrukningsartiklar.

Den 22 december 2016 annonserade Västra Götalandsregionen, (VGR), en upphandling av dialysmaskiner och maskinbunden förbrukning (dnr RS 2016-00681).

Fresenius ansökte om överprövning av upphandlingen före tilldelningsbeslutet och yrkade att upphandlingen skulle göras om på grund av att förfrågningsunderlaget innehöll ett obligatoriskt krav som stred mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten biföll ansökan och beslutade i dom den 14 juli 2017 att upphandlingen skulle göras om.

I mars 2018 annonserade VGR den omgjorda upphandlingen av dialysmaskiner och maskinbunden förbrukning (dnr RS 2017-03942) där det otillåtna kravet inte ingick. Upphandlingen avsåg fem produktgrupper för olika typer/konfigurationer av dialysmaskiner med tillhörande maskinbundna förbrukningsartiklar. En leverantör per produktgrupp skulle antas.

Den 25 maj 2018 meddelade VGR i sitt tilldelningsbeslut att Nordic Medcom AB (Nordic Medcom) erhöll ramavtal för produktgrupperna 1 och 3 – 5. Fresenius kvalificerades och placerades på andra plats inom produktgrupperna 1, 3 och 4. Avtalsspärren löpte till och med den 4 juni 2018. Fresenius kontaktade VGR under perioden för avtalsspärren och uppmanade regionen att rätta tilldelningsbeslutet eftersom Fresenius menade att Nordic Medcoms anbud inte uppfyllde ett antal obligatoriska krav inom produktgrupperna 1, 3 och 4. VGR valde att stå fast vid tilldelningsbeslutet.

Den 4 juni 2018 ansökte Fresenius om överprövning av upphandlingen och yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta att upphandlingen skulle rättas genom att anbudet från Nordic Medcom förkastades inom produktgrupperna 1, 3 och 4. En förlängd avtals-spärr inträdde samtidigt som ansökan kom in till förvaltningsrätten enligt 20 kap. 8 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, (LOU). VGR, som inte erhöll uppgift från förvaltningsrätten om att överprövning skett, tecknade avtal med Nordic Medcom den 11 juni 2018. Fresenius justerade därefter sitt yrkande till att avtalet gällande ovan nämnda produktgrupper skulle förklaras ogiltigt. Fresenius åberopade att det förelåg skäl för att det vinnande anbudet, dvs. Nordic Medcoms, inte uppfyllde vissa skallkrav och skulle ha förkastats. VGR bestred detta. VGR gjorde därefter gällande att avtalet skulle bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset enligt 20 kap. 14 § LOU.

Den 31 oktober 2018 meddelade förvaltningsrätten dom i överprövningsmålet, mål nr 6591-18, (Överprövningsdomen) och konstaterade att det fanns grund för att förklara den del av upphandlingen som avsåg produktgrupperna 3 och 4 ogiltig, men däremot inte produktgrupp 1. Förvaltningsrätten ansåg dock att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebar att avtalet mellan VGR och Nordic Medcom skulle bestå.

Eftersom ramavtalets giltighet fick bestå överklagade Fresenius förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg, som den 11 januari 2019 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Den 11 juni 2019 väckte Fresenius talan mot VGR i detta mål.

Under sommaren år 2020 tecknade VGR nytt ramavtal med Fresenius avseende dialysmaskiner med maskinbundna tillbehör (dnr Ref. nr. 201906236-001) (Extraupphandlingen), vilket hade sitt startdatum den 1 juni 2020 och slutdatum den 31 maj 2021 med möjlighet till en förlängning om ett år.

## **YRKANDEN M.M.**

**Fresenius** har yrkat att tingsrätten,

1. i första hand ska förpliktiga VGR att till Fresenius utge 18 788 555 kronor i ersättning för utebliven vinst, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för delgivning av stämningsansökan,
2. i andra hand ska förpliktiga VGR att till Fresenius utge ersättning med ett uppskattat skäligt belopp som högst uppgår till 18 788 555 kronor, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämningsansökan.

Fresenius har vidare yrkat att tingsrätten även förpliktigar VGR att till Fresenius utge 704 026 kronor i ersättning för de kostnader Fresenius haft för att framgångsrikt överpröva VGR:s överträdelser av LOU jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämningsansökan. Av det yrkade beloppet avser 136 540 kronor kostnader hänförliga till frågan om avtalet skulle bestå trots överträdelsen.

**VGR** har motsatt sig Fresenius talan i dess helhet och har inte godtagit några belopp så som skäliga i sig, men har godtagit sättet att beräkna ränta.

**Parterna** har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

## **GRUNDER**

### **Fresenius**

VGR har i strid med LOU ingått ramavtal med Nordic Medcom trots att det bolagets anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav samt även överträtt lagstadgad avtals-spärr. Det är sannolikt att Fresenius har gått miste om ramavtalet på grund av VGR:s överträdelser av LOU.

I andra hand görs gällande, att Fresenius i vart fall har haft en realistisk möjlighet att erhålla ramavtalet. VGR är enligt 20 kap. 20 § LOU strikt ersättningsskyldig för den ekonomiska skada som har uppkommit för Fresenius som en följd av VGR:s överträdelser av LOU. Överträdelserna är inte ringa.

Fresenius har framgångsrikt överprövat VGR:s upphandlingar av dialysmaskiner och maskinbunden förbrukning dnr RS 2016-00681 och dnr RS 2017-03942, men har ändå – på grund av omständigheter som Fresenius inte kan lastas för – inte fått möjlighet att delta i ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande och ingå det ramavtal som upphandlingarna har avsett. Fresenius har därmed rätt till ersättning för den skada som Fresenius har lidit i form av de kostnader som Fresenius har haft för att framgångsrikt överpröva upphandlingarna.

## **VGR**

### *Inget upphandlingsrättsligt fel*

I första hand åberopar VGR att det inte har förekommit något upphandlingsrättsligt fel såvitt avser genomförandet av upphandlingen. Nordic Medcoms anbud uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen. Därmed har Fresenius inte rätt till skadestånd.

### *Fresenius anbud uppfyllde inte de obligatoriska kraven i upphandlingen*

I andra hand åberopas att Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen i enlighet med vad som anges nedan.

Fresenius har inte uppfyllt det obligatoriska kravet enligt punkten 140.47 i kravspecifikationen avseende produktgrupp 3 och punkten 210.47 i kravspecifikationen såvitt avser produktgrupp 4 om att offererad maskin ska ”kunna anslutas till befintliga mobila vattenreningsanläggningar inom VGR, till exempel Aqua Uno och WRO

300H". Det har ankommit på anbudsgivaren att förbehållslöst bekräfta att kravet är uppfyllt.

Fresenius har i sitt anbudssvar angett att "Vattenrenaren måste kunna leverera 1 300 ml dialysvatten/min". Fresenius har därigenom lämnat en otillåten reservation för uppfyllande av det obligatoriska kravet innebärande att anbudet utgör en oren accept och att kravet således inte är uppfyllt.

Enligt bruksanvisningen för WRO 300, har denna mobila vattenrenare en minimikapacitet på 1 200 ml ("Minimum 1 200 ml/min at + 10 C"). WRO 300 uppfyller alltså inte det krav som anges i Fresenius reservation. Oavsett detta är reservationen otillåten och innebär att kravet inte är uppfyllt. Enligt punkten 12.4 i bruksanvisningen för Aqua UNO har denna mobila vattenrenare en kapacitet på 833 ml (motsvarande 50 liter per timma) vid 10 °C. Samma uppgift återfinns i databladet för Aqua UNO. Aqua UNO uppfyller tillnärmelsevis inte det krav som anges i Fresenius reservation.

Vidare har Fresenius inte uppfyllt det obligatoriska kravet i punkten 1.5.4.3.2 i Anbudsinbjudan benämnt "Anbudsgivarens miljöledningssystem" om att anbudsgivaren som bevis för att den arbetar systematiskt med miljöledning ska ge in en beskrivning/dokumentation av sitt arbete med miljöledning. Enligt sin ordalydelse avser kravet anbudsgivarens miljöledningsarbete, dvs. en beskrivning av miljöledningssystem för det svenska bolaget inom Fresenius-koncernen. Beskrivningen/dokumentationen ska minst omfatta anbudsgivares rutiner för hantering av miljöavvikelser och beskrivning av fördelning av miljöansvar.

Fresenius har i anbudet ingivit ett certifikat för ett tyskt bolag inom Fresenius-koncernen. Detta uppfyller inte det obligatoriska kravet, som alltså avser anbudsgivaren.

Fresenius har därutöver ingivit ett dokument benämnt "Miljöprofil 2018", som avser anbudsgivaren, dvs. det svenska bolaget inom Fresenius-koncernen. Handlingen

behandlar emellertid inte ”miljöledning”. Istället anges under rubriken ”Miljöstyrning/miljörevision” att ”Fresenius Medical Care Sverige AB har ingen tillverkning”. Miljöstyrning motsvarar begreppet miljöledning.

Innehållet i dokumentet ”Miljöprofil 2018” uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet. Inte heller någon annan handling som Fresenius bifogat till sitt anbud innehåller sådana beskrivningar.

*Det saknas orsakssamband mellan det av Fresenius åberopade felet och att bolaget inte erhållit kontraktet*

Genom att Fresenius inte uppfyllde de obligatoriska kraven förelåg inte möjlighet att anta anbudet vid en korrekt genomförd upphandling. Istället förelåg grund för att förkasta Fresenius anbud. Detta följer uttryckligen av punkterna 1.3.3 och 1.5.5 i Anbudsinbjudan och av upphandlingsrättsliga principer.

Under sådana förhållanden har det åberopade felet, att anta Nordic Medcoms anbud, inte inneburit att Fresenius förlorat kontraktet. Därmed saknas orsakssamband mellan det av Fresenius åberopade felet i upphandlingen och den påstådda förlusten av kontraktet.

Enbart om leverantören skulle ha erhållit kontraktet vid ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande kan leverantören ha rätt till ersättning för utebliven vinst. Fresenius har inte lidit skada p.g.a. det åberopade upphandlingsfelet.

Mot denna bakgrund saknar Fresenius rätt till skadestånd för utebliven vinst. Fresenius saknar även rätt till skadestånd i övrigt, t.ex. med ett uppskattat skäligt belopp, (Fresenius yrkande i andra hand). Detta eftersom Fresenius inte har förlorat möjligheten att erhålla kontraktet genom antagande av Nordic Medcoms anbud. Av samma skäl har Fresenius inte heller rätt till ersättning för sina kostnader i överprövningsmålet och ogiltighetsmålet vid förvaltningsdomstol.

Att VGR ingick upphandlingskontrakt med Nordic Medcom inom avtalsspärren – med anledning av att förvaltningsrätten underlät att meddela VGR om att överprövning skett – medför inte heller rätt till skadestånd och i synnerhet inte för utebliven vinst. Oavsett felet har det inte funnits förutsättningar att anta Fresenius anbud. Eftersom Fresenius anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven har felet alltså inte medfört att bolaget har förlorat kontraktet.

*Den påstådda skadan är i vart fall inte adekvat eller inom skyddsändamålet/det skyddade intresset eftersom Fresenius inte uppfyllt kraven*

Den påstådda skadan kan inte heller anses vara adekvat eller inom skyddsändamålet/det skyddade intresset, eftersom Fresenius inte uppfyllt de obligatoriska kraven och därmed ej rätteligen skulle ha erhållit kontraktet vid en korrekt genomförd upphandling. Syftet med skadestandsregeln i LOU är inte att en leverantör, som vid ett korrekt upphandlingsförfarande saknat rätt att erhålla kontraktet, skulle ha rätt till skadestånd för utebliven vinst. Syftet med bestämmelsen i 20 kap. 20 § LOU är istället att förfördelade leverantörer ska kunna erhålla rätt till skadestånd om de lider skada genom ett upphandlingsfel. Fresenius är inte förfördelad eftersom bolaget inte varit berättigad att erhålla det aktuella kontraktet.

Fresenius inställning innebär att bolaget skulle ha kunnat tilldelas kontraktet under felaktiga förutsättningar, dvs. om VGR inte upptäckt att bolagets anbud stod i strid mot vissa obligatoriska krav. Den typen av skadepåstående ligger utanför ansvarets gränser enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Skadepåståndet brister således i adekvans. I vart fall är skadepåståndet utanför bestämmelsens skyddsändamål eller det skyddade intresset.

Skadan är inte ersättningsgill enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer alternativt enligt grunderna för skadeståndsbestämmelsen i 20 kap. 20 § LOU.

*Fresenius skadeberäkning*

Påstådd utebliven vinst uppgår tillnärmelsevis inte till ett så högt belopp som Fresenius gör gällande. Om tingsrätten – mot förmodan – skulle anse att Fresenius har rätt till ersättning för utebliven vinst uppgår denna till ett avsevärt lägre belopp.

*Särskilt om påstådd försäljning efter att upphandlingskontraktet löpt ut*

Upphandlingskontraktet skulle ha löpt ut efter två år, dvs. i juni 2020. VGR är inte förpliktad att köpa förbrukningsartiklar från anbudsgivaren efter att upphandlingskontraktet har löpt ut. Påstådd försäljning av förbrukningsartiklar efter att upphandlingskontraktet har löpt ut utgör inte någon ersättningsgill skada. Sådan försäljning bygger på att Fresenius skulle inta en form av monopolställning som skulle tvinga VGR att köpa förbrukningsartiklar från Fresenius utan att ha någon möjlighet att göra ett konkurrensutsatt upphandlingsförfarande. Den typen av följdskador är inte en adekvat skada i förhållande till överträdelsen. I vart fall är sådan följdskada inte inom skyddsändamålet eller inom det skyddade intresset för skadeståndsbestämmelsen i 20 kap. 20 § LOU. Den ifrågavarande delen av den påstådda skadan – som förefaller uppgå till nio tiondelar av yrkandet – är inte ersättningsgill. Det är istället uteliven vinst under upphandlingskontraktet som utgör ersättningsgill skada.

VGR bestrider även att Fresenius skulle ha sålt några förbrukningsartiklar efter fyra år från upphandlingskontraktets ingående. Detta eftersom VGR har planer på att genomföra en funktionsupphandling efter år tre vilket medför att befintliga maskiner fasas ut.



*Yrkat skadestånd liksom Fresenius sätt att beräkna utebliven vinst är oskäligt och ska sättas ned genom jämkning*

VGR har åberopat att yrkat skadestånd och även sättet att beräkna skadestånd för utebliven vinst är oskäligt och ska sättas ned genom jämkning eller annars ska bestämmas till ett väsentligt lägre belopp.

*Skäligen uppskattat belopp*

Det bestrids att Fresenius har rätt till ett skäligen uppskattat belopp. Fresenius har inte förlorat möjligheten att delta i något upphandlingsförfarande till följd av ett upphandlingsfel, vilket är en förutsättning för att sådan ersättning ska utgå.

En leverantör som deltagit i en upphandling, men inte uppfyllt de obligatoriska kraven, har varken förlorat kontraktet ifråga eller möjligheten att medverka i en upphandling. Därför kan leverantören inte heller vara berättigad till någon skäligen uppskattad ersättning.

För det fall tingsrätten – mot förmodan – skulle anse att Fresenius har rätt till ersättning med ett uppskattat skäligt belopp ska detta bestämmas till ett mycket lågt belopp som enbart kan uppgå till en bråkdel av vad Fresenius har yrkat i målet. Ett uppskattat skäligt belopp kan aldrig motsvara full ersättning för utebliven vinst. Dessutom är den av Fresenius åberopade uteblivna vinsten alldeles för högt beräknad. Det ska även beaktas hur Fresenius har utformat sitt anbud, som inte kan anses uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingen. Fresenius skulle inte ha erhållit kontraktet vid ett korrekt upphandlingsförfarande.

### *Överprövningskostnader*

Med hänvisning till det ovan angivna har Fresenius inte heller rätt till ersättning för överprövningskostnader. Detta eftersom bolaget inte uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen.

Fresenius saknar under alla förhållanden rätt till ersättning för sina kostnader i det första överprövningsmålet vid förvaltningsdomstol år 2017. Detta eftersom Fresenius erhöll möjlighet att delta i det förnyade upphandlingsförfarandet efter att domstolen förordnat om att upphandlingen skulle göras om.

Om tingsrätten skulle anse att Fresenius har rätt till ersättning för sina kostnader i något eller båda av överprövningsmålen vid förvaltningsdomstol är yrkad ersättning inte skäligen för något av de två målen, utan ska sättas ned. I vart fall har Fresenius inte rätt till ersättning för sina kostnader för att överklaga förvaltningsrättens dom om att kontraktet skulle bestå av tvingande allmänhänsyn, som uppgår till cirka 114 000 kronor. Fresenius fick inte heller prövningstillstånd.

### **UTREDNINGEN I TINGSRÄTTEN**

På Fresenius begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med Fredrik Gustafsson samt sakkunnigförhör med Stefan Laiti, Lars Warensjö, Emma Axelsson och Erik Lindén.

På VGR:s begäran har sakkunnigförhör hållits med Daniel Frigell, Gunnar Malmström och Caroline Rosenberg samt vittnesförhör med Anna Hermansson, Ingemar Sesevic, Jennie Lönnbro Widgren, Joost Fokkelman, Lars Nilsson, Stellan Ahlström, Stefan Harden Johansson och Robert Agerskog.

Parterna har åberopat omfattande skriftlig bevisning.

## **DOMSKÄL**

### **Inledning**

Tingsrätten har inledningsvis att pröva huruvida VGR bröt mot LOU då VGR ingick ramavtal med Nordic Medcom.

### **Avtalet med Nordic Medcom**

Fresenius har anfört att VGR genom att ingå avtalet har agerat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och 20 kap. 8 § LOU samt den s.k. förlängda avtalsspärren. NordicMedcoms anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Vid en korrekt utförd kvalificering skulle anbudet ha diskvalificerats varvid Fresenius rätteligen skulle ha utsetts till vinnande leverantör i upphandlingen. Fresenius har därigenom lidit, eller kan komma att lida skada varför skäl för ogiltigförklaring av avtalet föreligger.

VGR har invänt att det inte har förekommit något upphandlingsrättsligt fel eftersom Nordic Medcoms anbud uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen.

Som redogjorts för ovan, under bakgrund, konstaterade förvaltningsrätten i Överprövningsdomen att det fanns grund för att förklara den del av upphandlingen som avsåg produktgrupperna 3 och 4 ogiltig. Förvaltningsrätten ansåg i Överprövningsdomen att Nordic Medcoms anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav.

Av bland annat NJA 2016 s. 369 framgår att Överprövningsdomen inte är bindande för tingsrätten, utan att tingsrätten har att göra en självständig prövning av frågan huruvida Nordic Medcoms anbud uppfyllde de obligatoriska kraven. Förvaltningsrättens dom kan dock ha en inte obetydlig bevisverkan vid prövningen.

Parterna har i allt väsentligt anfört samma grunder som i förvaltningsrätten.

Tingsrätten konstaterar att Nordic Medcom inte har bifogat erforderlig information enligt det obligatoriska kravet i anbudet benämnt vätskekravet. Vidare bedömer tingsrätten att Nordic Medcoms anbud inte heller uppfyller det obligatoriska kravet benämnt on-lineprimingkravet, dels då det av utredningen framgår att Nordic Medcoms offererade maskin endast har ett sterilfilter, men det obligatoriska kravet innebär att man måste ha två sterilfilter, dels då Nordic Medcom har offererat ett HD-slangset och inte ett HFD-slangset som skulle ha krävts för att uppfylla kravet. Tingsrätten delar även förvaltningsrättens bedömning att det inte varit möjligt för Nordic Medcom att i efterhand komplettera sitt anbud med utelämnade uppgifter i syfte att uppfylla de obligatoriska kraven.

Vid en sammantagen bedömning instämmer tingsrätten med förvaltningsrättens bedömningar i Överprövningsdomen att Nordic Medcoms anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav och att Nordic Medcoms anbud därför skulle ha förkastats. Det är vidare ostridigt att VGR ingick ramavtalet med Nordic Medcom under den förlängda avtalsspärren. Tingsrätten finner således att det föreligger ett fel i upphandlingen samt att överträdelsen av bestämmelserna i LOU är tillräckligt klar.

### **Det hypotetiska händelseförloppet i det kontrafaktiska scenariot**

För att Fresenius ska kunna få bifall till sin talan krävs emellertid inte endast att Fresenius visat att det föreligger ett fel i upphandlingen, utan också att det är sannolikt att Fresenius gått miste om kontraktet på grund av felet (se bland annat NJA 2007 s. 349 och NJA 2016 s. 358).

Inledningsvis kan konstateras att Fresenius anbud, vid VGR:s utvärdering av inkomna anbud, placerade sig på andra plats vad gäller produktgrupperna 3 och 4. Detta innebär, om man bortser från Nordic Medcoms anbud som skulle ha förkastats, att Fresenius anbud var det anbud som bedömdes ha det bästa förhållandet mellan pris och

kvalitet utifrån i upphandlingen angivna tilldelningskriterier såvitt avser dessa produktgrupper.

Förvaltningsrätten angav i Överprövningsdomen att eftersom Fresenius hade placerat sig på andra plats i utvärderingen gällande produktgrupp 3 och 4 fick bolaget anses ha lidit eller riskerat att lida skada av att Nordic Medcoms anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav.

Fresenius har gjort gällande att det mest sannolika hypotetiska händelseförloppet, om man bortser från Nordic Medcoms anbud, är att Fresenius skulle ha tilldelats och tecknat ett ramavtal med VGR. VGR har, å sin sida, gjort gällande att inte heller Fresenius anbud uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen och att VGR därför inte haft möjlighet att anta Fresenius anbud vid en korrekt genomförd upphandling.

Högsta domstolen uttalar i NJA 2016 s. 369 (p. 17 i domen) att skadeståndsskyldigheten enligt LOU innebär att ”en leverantör som – det ansvarsgrundande upphandlingsfelet förutan – sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsföremålet kan bli berättigad till ersättning för utebliven vinst”.

Det ansvarsgrundande upphandlingsfelet i målet utgörs av VGR:s antagande av Nordic Medcoms anbud och tecknandet av ett ramavtal med Nordic Medcom.

Redan det faktum att Fresenius anbud placerade sig på andra plats i utvärderingen talar med viss styrka för att Fresenius skulle ha tilldelats avtalet om Nordic Medcoms anbud hade förkastats. Fresenius har också påpekat att VGR vid utvärderingen av anbuden bedömde Fresenius anbud som helt kravenligt samt att de i målet påstådda anbudsbristerna gjordes gällande först efter att Fresenius framställde sitt skadeståndsanspråk mot VGR.

I NJA 2007 s. 349 anger Högsta domstolen att en beställare har möjlighet att framgångsrikt bestrida krav på ersättning för det positiva kontraktsintresset på grunden att det är sannolikt att i stället en annan anbudsgivare skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna hade följts, oavsett om denna andra anbudsgivare är part i rättegången. I målet har framkommit att det, utöver Fresenius och Nordic Medcom, endast fanns ytterligare en anbudsgivare, Baxter. VGR har hävdade att Baxter skulle ha tilldelats Ramavtalet, eftersom Fresenius anbud inte uppfyllde alla skall-krav.

Tingsrätten konstaterar att VGR har godtagit anbud från Fresenius både före och efter Upphandlingen, vilka såvitt framkommit varit utformade som och innehållit i princip identisk information som Fresenius anbud i Upphandlingen. Det har inte heller visats att VGR har granskat Baxters anbud på det noggranna sätt som i efterhand skett av Fresenius anbud. Tingsrätten anser också att en så noggrann granskning av Fresenius anbud som nu skett knappast skulle ha gjorts om Nordic Medcoms anbud hade förkastats, istället för att avtal ingicks med Nordic Medcom. Tingsrätten anser att det mest sannolika då hade varit att VGR tilldelat Fresenius Ramavtalet.

Vid en sammantagen bedömning anser tingsrätten att Fresenius gjort sannolikt att bolaget gått miste om kontraktet på grund av det ansvarsgrundande upphandlingsfelet. Fresenius är därmed berättigat till ersättning för uppkommen skada.

### **Allmänt om beräkningen av skadeståndet**

Av rättsfallen NJA 2007 s. 349 och NJA 2013 s. 762 framgår att skadeståndsskyldigheten vid överträdelse av LOU är strikt, att en skadelidande anbudsgivare har rätt till ersättning för det s.k. positiva kontraktsintresset samt att den som yrkar skadestånd är bevisskyldig för skadan.

Fresenius har uppgett att dess skada motsvaras av den vinst som uteblivit till följd av att Fresenius inte fick ingå ramavtalet med VGR på grund av överträdelsen, dvs. den uteblivna ekonomiska effekten av ramavtalet. Fresenius har uppgett att dess förlorade

vinst har beräknats baserat på det antal dialysmaskiner som VGR sannolikt skulle ha beställt under ramavtalstiden av Fresenius samt förlorad vinst på åtminstone de förbrukningsartiklar som måste köpas från Fresenius under maskinernas livslängd (s.k. *kaptiva* förbrukningsartiklar som inte är utbytbara mot förbrukningsartiklar av andra fabrikat). Vinsten räknas fram genom att dra av uppdragsspecifika kostnader från de intäkter som Fresenius skulle ha haft som en följd av ramavtalet. Vinstbeloppet har därefter nuvärdesberäknats genom användande av en diskonteringsränta.

VGR har – som tingsrätten uppfattat VGR:s inställning – i och för sig inte någon invändning mot sättet att beräkna skadan/den uteblivna vinsten, men har invändningar avseende tidsperioden för skadeberäkningen, det antal maskiner som beräkningen bygger på, vilka förbrukningsartiklar som ska anses vara kaptiva, antalet behandlingar som genomförs med maskinerna per år samt vilken diskonteringsränta som ska användas vid nuvärdesberäkningen. VGR har dock inte gjort några invändningar mot de av Fresenius uppgivna uppdragsspecifika kostnaderna.

Tingsrätten kommer nu att pröva de olika frågor och poster där parterna inte är överens.

### **Tidperioden för skadeberäkningen**

I denna del rör det sig om två, delvis olika, frågeställningar.

Den första frågeställningen rör frågan om ramavtalets längd. Som redovisats ovan löpte ramavtalet på två år, med en optionsrätt för VGR att förlänga avtalet med ytterligare två år. Frågan huruvida VGR sannolikt skulle ha utnyttjat optionen får främst betydelse för bedömningen av vilket antal maskiner VGR sannolikt skulle ha köpt från Fresenius under ramavtalet. Denna frågeställning kommer därför att behandlas nedan i samband med den bedömningen.

Den andra frågeställningen rör den tidperiod för vilken förväntad, men utebliven, försäljning av kaptiva förbrukningsartiklar kan anses utgöra en ersättningsgill följdskada.

I målet är ostridigt att VGR förväntas använda inköpta dialysmaskiner under i vart fall 10 år. Denna tidperiod framgår av anbudsinbjudan och av flera av de av VGR åberopade vittnena har framkommit att VGR har flera dialysmaskiner som är betydligt äldre än så (i vissa fall 16-17 år). Exempelvis har Jennie Lönnbro Widgren, som är verksamhetschef och överläkare, Njurmedicin, Sahlgrenska Universitetssjukhuset uppgett att Sahlgrenska Universitetssjukhuset normalt planerar för utbyte av en maskin när den använts i 10 år.

Fresenius har beräknat skadeståndet baserat på utebliven försäljning av kaptiva förbrukningsartiklar under en tioårsperiod. Fresenius har påpekat att ersättning för det positiva kontraktsintresset innebär att en skadelidande part ska sättas i samma ekonomiska situation som om avtalet hade fullgjorts och har anført att ersättning för det positiva kontraktsintresset även ska omfatta ersättning för följdskador som sannolikt kommer att inträffa på grund av överträdelsen.

VGR har uppgett att optionen inte skulle ha utnyttjats och att Upphandlingskontraktet därför skulle ha löpt ut efter två år, dvs. i maj 2020. VGR har vidare anført att regionen inte är förpliktad att köpa förbrukningsartiklar från anbudsgivaren efter att upphandlingskontraktet har löpt ut och att en följdskada, avseende förlorad försäljning efter upphörande av upphandlingskontraktet p.g.a. att VGR i praktiken skulle vara förhindrad att göra inköp från andra leverantörer via konkurrensutsättning inte utgör en adekvat skada i förhållande till överträdelsen. Enligt VGR är inte heller ett sådant skadepåstående inom skyddsändamålet eller inom det skyddade intresset (normskyddet) för skadeståndsbestämmelsen i 20 kap. 20 § LOU och är därmed inte ersättningsgill. Utebliven försäljning under 11 år kan, enligt VGR, under alla förhållanden inte vara inom normskyddet för ett upphandlat kontrakt med en ordinarie löptid om två år.



Såsom angetts ovan är det ostridigt i målet att VGR normalt kan förväntas använda inköpta dialysmaskiner under i vart fall 10 år. Det har också framgått att det finns ett kontinuerligt behov av att genomföra behandlingar med maskinerna. Tingsrätten anser därför att utebliven försäljning av förbrukningsartiklar under maskinernas beräknade användningstid, där inköp måste ske från Fresenius, bör betraktas som en följdskada, orsakad av överträdelsen av LOU samt att det därvid saknar betydelse huruvida inköpen skulle ske efter ramavtalets upphörande. Om sådan utebliven försäljning av förbrukningsartiklar inte ansågs utgöra del av skadan skulle skadeståndet begränsas, på så sätt att leverantören inte kom att sättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts på rätt sätt. Detta gäller särskilt i en situation som denna där leverantörens kalkyl/affärsmodell innebär att maskinen säljs med förlust och vinsten uppstår genom försäljning av förbrukningsartiklar som används vid behandlingar som genomförs med maskinen. Att en utebliven försäljning av en maskin också har inneburit utebliven försäljning av förbrukningsartiklar har varit förutsebart för VGR. Tingsrätten anser inte heller att en sådan skada ligger utanför skyddsändamålet eller det skyddade intresset för skadeståndsbestämmelsen i 20 kap. 20 § LOU.

#### **Antalet maskiner och Extraupphandlingens betydelse för skadeberäkningen**

Vad gäller bedömningen av hur många dialysmaskiner VGR sannolikt skulle ha köpt från Fresenius under Ramavtalet har det betydelse huruvida Ramavtalet skulle löpa i två år, eller om VGR också skulle ha utnyttjat optionen att förlänga Ramavtalet med ytterligare två år.

Fresenius har gjort gällande att det mest sannolika är att VGR skulle ha utnyttjat optionen och förlängt Ramavtalet med Fresenius, medan VGR har gjort gällande motsatsen.

VGR har anfört att det var en besvikelse för VGR att Fresenius offererade modell 5008, en gammal modell som var på väg ur produktion. Detta trots att bolaget tagit

fram en ny modernare maskin, modell 6008, med bättre funktionalitet och ergonomi, att modell 5008 tagits ur produktion efter Upphandlingen och inte längre går att beställa samt att det därför är uteslutet att optionsåren hade avropats.

Fresenius har anfört att VGR historiskt genomgående har utnyttjat förlängningsoptionerna i sina avtal med Fresenius, att modell 5008 uppfyller alla de krav och kriterier som VGR själv angett i upphandlingen och dessutom fick höga poäng vid utvärderingen av ergonomi samt att Ramavtalets bestämmelser om nya och/eller ändrade produkter skulle ha möjliggjort för VGR att beställa modell 6008 under Ramavtalet, då modell 5008 inte längre gick att beställa.

VGR har inte invänt mot Fresenius uppgift om att VGR historiskt alltid utnyttjat förlängningsoptionerna i sina avtal med Fresenius. Redan detta talar med viss styrka för att det mest sannolika hade varit att VGR skulle ha utnyttjat optionen att förlänga Ramavtalet. Som Fresenius anfört ger Ramavtalet också möjlighet för att nya och/eller ändrade produkter, efter VGR:s skriftliga godkännande, kan ingå i avtalet. Av avtalet framgår vidare att om VGR inte lämnar ett sådant godkännande är leverantören skyldig att fortsätta leverera avtalad produkt alternativt stödköpa av VGR godkänd produkt från annan leverantör fram till avtalstidens slut. Eftersom Fresenius affärsmodell bygger på att vinst huvudsakligen skapas genom försäljning av förbrukningsartiklar till dialysmaskinerna, medan maskinerna som sådana säljs med viss förlust, anser tingsrätten att det bör vara mycket sannolikt att Fresenius skulle ha erbjudit VGR att beställa modell 6008 under Ramavtalet om detta hade förlängts. VGR har uppgett att det var en besvikelse att Fresenius offererade modell 5008, eftersom modell 6008 hade bättre funktionalitet och ergonomi. Det skulle då vara ologiskt att inte utnyttja förlängningsoptionen om detta skulle ge möjlighet för VGR att beställa modell 6008 under Ramavtalet. Tingsrätten bedömer att detta inte skulle strida mot Ramavtalet, eller bestämmelserna i LOU och anser därför att det mest sannolika händelseförloppet hade varit att VGR skulle ha förlängt Ramavtalet med två år.

Fresenius har gjort gällande att VGR skulle ha köpt i vart fall 90 dialysmaskiner under Ramavtalet, oavsett om förlängningsoptionen hade utnyttjats.

Fresenius har uppgett att den beräkningen är baserad på VGR:s egen uppgift om en beräknad maskinlivslängd om 10 år samt VGR:s egen sammanställning av regionens maskinpark. Enligt Fresenius beräkningar skulle 138 av VGR:s dialysmaskiner uppnå en ålder av 10 år under Ramavtalets fasta tvåårsperiod. Från detta antal avräknar Fresenius därefter 17 maskiner som bedöms användas för dialys i hemmet, vilket ger ett antal om 121 dialysmaskiner inom de aktuella produktgrupperna, vilka skulle vara aktuella för utbyte. Fresenius anför vidare att VGR, innan inköpsstopp infördes, köpte 45 dialysmaskiner från Nordic Medcom samt att VGR i Extraupphandlingen uppgav ett behov på ytterligare max 75 maskiner, vilket tillsammans ger ett antal om 120 maskiner (45 + 75) som VGR avser att byta ut samt att det antalet väl motsvarar den ovan nämnda beräkningen om 121 maskiner. Fresenius uppger slutligen att bolaget i målet av försiktighetsskäl baserat den yrkade ersättningen på ett lägre antal maskiner och att minst 90 maskiner framstår som ett rimligt och välgrundat antal maskiner i ett kontrafaktiskt scenario.

VGR har invänt att uppskattad volym enligt anbudsinbjudan inför ingåendet av Ramavtalet var 42 maskiner under fyra år samt att VGR endast skulle ha köpt 37 och i vart fall inte fler än 45 maskiner från Fresenius. VGR har anført att de huvudsakliga anledningarna till att inte fler maskiner skulle ha köpts från Fresenius är att Fresenius förbrukningsartiklar i princip är dubbelt så dyra som Nordic Medcoms samt att Fresenius offererade en gammal modell, som var på väg att tas ur produktion. VGR har uppgett att dialysavdelningarna Sahlgrenska, Östra och Mölndal, Trollhättan och Munkedal samt Borås skulle ha köpt in samma antal maskiner som köptes från Nordic Medcom (totalt 37 maskiner), men att Skövde skulle ha valt att inte göra en investering i en gammal modell, som var på väg ur produktion för att förnya hela sin maskinpark, utan istället skulle ha väntat tills ett nytt ramavtal var på plats och därefter gjort inköp. VGR har vidare invänt att behovet av byte understiger 90 maskiner, eftersom det inte är maskinernas ålder, utan antalet timmar som maskinen har gått som har betydelse för om maskinen behöver bytas ut. VGR har också anført att det legat utom VGR:s budgetramar att beställa så många maskiner som Fresenius gör gällande.

Tingsrätten anser att Fresenius gjort sannolikt att VGR, i ett kontrafaktiskt scenario, skulle ha köpt fler än de 45 maskiner som VGR har köpt från Nordic Medcom. Vilket högre antal maskiner VGR skulle ha köpt i ett rent kontrafaktiskt scenario kan emellertid sakna betydelse i den mån en sådan beräknad försäljningsvolym inte motsvarar verklig skada.

VGR har gjort gällande att Fresenius skada maximalt kan omfatta utebliven försäljning av 45 maskiner, motsvarande de 45 maskiner som VGR köpt från Nordic Medcom. VGR har uppgett att de maskiner som inte köptes in under perioden juni 2018 - juni 2020 kommer att köpas in under efterföljande period, dvs perioden juli 2020 - juli 2022, för vilken Fresenius innehar ramavtal genom Extraupphandlingen.

Fresenius har gjort gällande att Extraupphandlingen i princip saknar betydelse och inte ska beaktas vid bedömningen av skadeståndet. Fresenius har anfört att VGR, i strid med bestämmelserna i LOU, har styrt Extraupphandlingen till Fresenius och att det vore stötande om en upphandlande myndighet skulle kunna bryta mot lagen, manipulera fram en tilldelning av ett oförbindande ramavtal och sen kunna lägga en sådan överträdelse till grund för att slippa betala en del av ett skadestånd som annars hade utgått. Fresenius anför vidare att det är osäkert och svårbedömt huruvida och i så fall vilken försäljning Fresenius kommer att ha under det nya ramavtalet, att dessa svårigheter direkt beror på VGR:s agerande samt att det därför är VGR som ska stå risken för denna bedömningssvårighet och för att Fresenius eventuellt överkompenseras.

Fresenius har slutligen anfört att VGR kan köpa in och anpassa Nordic Medcoms maskin i produktgrupp 1 – där Nordic Medcom fortfarande innehar ett ramavtal – för användning i produktgrupp 2 – där Fresenius numera har ett ramavtal – och att det därför finns en risk för att Fresenius kan komma att underkompenseras om man tillmäter Extraupphandlingen den betydelse som VGR gör.

Som nämnts ovan är den som yrkar skadestånd bevisskyldig för skadan. Som tydligt framgår i detta mål måste emellanåt en skadeberäkning baseras på och bevisning föras

om hypotetiska händelseförlopp. Att en bedömning görs av det mest troliga händelseförloppet i ett visst scenario – i detta fall att Fresenius skulle ha erhållit Ramavtalet – innebär dock inte att därefter inträffade verkliga händelser saknar betydelse, i den mån de faktiskt påverkar storleken av skadan.

I det nu aktuella fallet kan konstateras att VGR införde ett inköpsstopp, vilket begränsade det antal dialysmaskiner som inköptes från Nordic Medcom. Det kan också konstateras att Fresenius numera, som ett resultat av Extraupphandlingen, tilldelats och tecknat ett ramavtal med VGR avseende dialysmaskiner och att det avtalet omfattar modell 6008.

Det kan vidare konstateras att VGR har och kommer att ha ett fortsatt behov av att successivt förnya sin maskinpark. Modell 6008 har angetts vara en attraktiv produkt och den maskin som VGR hoppades att Fresenius skulle ha offererat redan i Upphandlingen. Det har framkommit att VGR redan beställt 19 maskiner från Fresenius, sedan det nu gällande ramavtalet tecknades. Sammantaget anser tingsrätten att detta starkt talar för att de dialysmaskiner som VGR kommer att köpa, under den period som motsvarar den tidsperiod som Ramavtalet (inklusive option) skulle ha omfattat, kommer att köpas från Fresenius under det nu gällande ramavtalet. Tingsrätten anser därför att Fresenius inte styrkt att dess skada motsvarar mer än den uteblivna försäljningen som motsvarar de 45 maskiner som VGR köpte från Nordic Medcom.

### **Kaptiva förbrukningsartiklar**

Fresenius har anfört att fyra förbrukningsartiklar är kaptiva och måste köpas in från Fresenius för användning med dess dialysmaskiner. De aktuella förbrukningsartiklarna är AV-Set ONLINEplus BVM 5008-R (blodslang), DIASAFE PLUS FILTER34F35 (sterilfilter för dialysvätska), Citrosteril 5 Liter (desinficeringsmedel) samt BIBAG 5008 650/900g PA/PE (bikarbonat för dialysvätska).

Fresenius har vidare anfört att det inte finns, och aldrig under modellens livstid har funnits, andra alternativa leverantörer av ”generiska” kopior till dessa artiklar samt att Fresenius utan undantag hittills varit den enda leverantören av dessa artiklar till VGR och övriga regioner som Fresenius har avtal med. Fresenius har även anfört att förbrukningsartiklarna utgör medicintekniska produkter enligt tillämpliga medicintekniska regelverk och att detta, liksom att vissa av de aktuella förbrukningsartiklarna även omfattas av patent- och/eller mönsterskydd, medför att det är svårt, riskabelt och kostsamt för en annan tillverkare att ta fram och erhålla behövliga godkännanden för generiska kopior.

VGR har, såsom tingsrätten uppfattat VGR:s inställning, medgett att Diasafe-filtret är och i framtiden kommer vara kaptivt och inte kan köpas från annan än Fresenius, medgett att blodslangsetet och produkten BIBAG idag är kaptiva, men att det inte kan förutsättas att artiklarna kommer vara kaptiva i framtiden samt bestritt att Citrosteril är en kaptiv produkt och har gjort gällande att motsvarande produkt kan köpas från Fresenius konkurrenter.

VGR har inte bestritt uppgiften att Fresenius hittills varit enda leverantör av de aktuella förbrukningsartiklarna till VGR. Baserat på vad Fresenius anfört avseende kostnaderna för och svårigheterna med att ta fram generiska kopior anser tingsrätten också att det får anses vara osannolikt att andra tillverkare kan förväntas ta fram och sälja generiska kopior av de aktuella förbrukningsartiklarna.

Även om det inte helt kan uteslutas att någon annan tillverkare skulle kunna ta fram en generisk kopia av någon av förbrukningsartiklarna anser tingsrätten att det mest sannolika är att VGR skulle ha köpt hela sitt behov av dessa från Fresenius. Tingsrätten anser därför att utebliven försäljning av samtliga dessa förbrukningsartiklar ska utgöra grund för beräkningen av Fresenius skada.

### **Antalet behandlingar per maskin och år**

Fresenius har anfört att antalet behandlingar per maskin och år varierar beroende på vilken produktgrupp maskinen tillhör, hur många patienter det finns och hur dialysvården organiseras och att det därför inte med säkerhet går att säga hur många behandlingar som

skulle utföras med en maskin per år under maskinernas livslängd. Fresenius har vidare anfört att det mest sannolika antalet behandlingar därför får uppskattas baserat på det mest tillförlitliga underlaget, vilket utgörs av upphandlingsunderlaget i upphandlingen eftersom det härrör från VGR och från tiden före överträdelsen och tvistens uppkomst. I det underlaget anges 450 behandlingar per maskin och år. Fresenius har också anfört att detta stämmer relativt väl överens med att en dialysmaskin typiskt sett används för att ge tre patienter dialys 4-5 timmar/gång där varje patient får dialys varannan dag (oftast inte på söndagar). En maskin utför då 156 behandlingar/år på envar av de tre patienterna ( $1 \times 3 \times 52$ ) vilket medför att maskinen utför 468 behandlingar per år för alla tre patienterna ( $156 \times 3$ ).

VGR har gjort gällande att antalet behandlingar per maskin och år uppgår till ca 290 i genomsnitt för VGR:s maskinpark för produktområdena 3 och 4. VGR har uppgett att dess beräkning baserats på antalet dialyspatienter inom regionen enligt svenskt njurregister, justerat för hemdialyspatienter, vilket ger ett antal om 400 patienter, som nyttjar maskinerna inom produktgrupperna 3 och 4. Varje patient bedöms genomföra dialys tre gånger i veckan i genomsnitt, vilket ger ett totalt antal dialysbehandlingar per år om ca. 62 400 ( $400 \times 3 \times 52 = \text{ca } 62\,400$ ). VGR har vidare uppgett att dess maskinpark består av cirka 214 maskiner, då hemdialysmaskinerna har exkluderats. VGR har beräknat det genomsnittliga antalet behandlingar per maskin genom att dela totalt antal behandlingar under ett år med totalt antal maskiner inom VGR ( $62\,400/214 = \text{ca } 290$ ).

Fresenius har bemött VGR:s beräkning och har anfört att en sådan genomsnittsberäkning är beroende av historiska variabler (såsom antalet patienter och antalet maskiner) istället för att vara framåtblickande och att det finns ett antal osäkerhetsfaktorer inbyggda i beräkningen eftersom antalet behandlingar slås ut på alla dialysmaskiner oavsett ålder, användningsgrad och produktgrupp. Fresenius har anfört att detta drar ner antalet behandlingar på ett missvisande sätt, eftersom det i snittet ingår maskiner som står på service eller som används mindre p.g.a. ålder/slitage eller inte alls, liksom maskiner för dialys i hemmet, vilka endast tjänar en patient och därmed används mindre än en dialysmaskin på klinik/sjukhus.

Fresenius har anfört att angivandet av siffran 450 i kravspecifikationen ska anses utgöra det mest tillförlitliga underlaget för bedömningen av antalet behandlingar per maskin och år eftersom det härrör från VGR och är från tiden före överträdelsen och tvistens uppkomst, medan VGR invänt att antalet 450 endast är en fiktiv siffra som använts i LCC-kalkylen. Fresenius har själv uppgett att VGR i LCC-kalkylen i en tidigare upphandling från år 2016 avseende dialysmaskiner använt antalet 250 behandlingar per maskin och år för samtliga i den upphandlingen ingående produktgrupper, men att antalet behandlingar per maskin och år reviderades i Upphandlingen och då angavs till 450 för produktgrupperna 3 och 4.

VGR har anfört att VGR aldrig har bedömt att antalet behandlingar per maskin och år uppgått till 450, utan att siffran 450 endast använts som en fiktiv siffra i den LCC-kalkyl som använts för utvärderingen av anbuden och att den därför saknar betydelse för skadeberäkningen.

Redan det faktum att siffran för antalet behandlingar per maskin och år skiljer sig så mycket åt i de nyss nämnda LCC-kalkylerna gör att deras tillförlitlighet för bedömandet av verkligt antal behandlingar per maskin och år kan ifrågasättas. Det förefaller mycket osannolikt att antalet behandlingar per maskin och år, med samma typ av maskin, helt plötsligt, år 2017, skulle öka från 250 till 450. Den stora skillnaden talar snarare för att båda siffrorna kan ifrågasättas och för VGR:s påstående att siffrorna endast utgör fiktiva siffror som använts vid utvärdering av anbuden. Att så skulle vara fallet ges också visst stöd av de uppgifter som lämnats av Anna Hermansson, även om hon inte kunnat lämna närmare uppgifter om vem som tagit fram siffran 450.

Av uppgifterna i målet framgår att VGR sedan tidigare har ett antal maskiner av modell 5008 som inköpts från Fresenius. Tingsrätten utgår från att Fresenius är väl medvetet om hur många sådana maskiner VGR har i sin maskinpark och när de inköptes. Fresenius har också uppgett att Fresenius hittills varit den enda leverantören till VGR av de förbrukningsartiklar till modell 5008 som angetts som kaptiva. Fresenius har även detaljerat redovisat mängden kaptiva förbrukningsartiklar som används vid behandlingar. Fresenius bör därför ha haft goda möjligheter, baserat på försäljningen av



kaptiva förbrukningsartiklar i förhållande till antal maskiner av modell 5008 som VGR innehar, att göra en relativt god beräkning av antalet behandlingar per maskin och år som VGR genomfört med sina tidigare inköpta maskiner av modell 5008. Det är noterbart att Fresenius inte gjort, eller i vart fall inte åberopat någon sådan beräkning. Det är också noterbart att Fresenius inte heller åberopat sin egen anbuds kalkyl, vilken bör bygga på Fresenius egen bedömning av vilka volymer av maskiner och förbrukningsartiklar som Fresenius kunde förväntas komma att sälja under ett ramavtal, om Fresenius hade erhållit det. Sådana uppgifter skulle – i linje med vad Fresenius angett – ha utgjort tillförlitliga uppgifter då de härrörde till tiden före och skulle ha varit oberoende av tvisten.

VGR har till stöd för sina beräkningar åberopat en förteckning över VGR:s maskinpark samt uppgifter i Svenskt njurregister. Även om förteckningen över maskinparken är upprättad av VGR anser tingsrätten att det saknas anledning att ifrågasätta riktigheten av dessa uppgifter. Tingsrätten delar Fresenius uppfattning att det föreligger viss osäkerhet vid en ren genomsnittsberäkning, men anser att en sådan beräkning i allt väsentligt får bedömas vara rättvisande. Tingsrätten godtar därför i huvudsak VGR:s beräkning, men anser, med hänsyn till nyss nämnd osäkerhet att beräkningen av skada bör utgå från att det genomförs 300 behandlingar per maskin och år.

### **Diskonteringsränta**

Parterna är överens om att den uppkomna skadan ska nuvärdesberäknas genom att man tillämpar en diskonteringsränta. Det råder dock tvist om diskonteringsräntans storlek.

Fresenius har gjort gällande att den diskonteringsränta som ska tillämpas ska vara 2,25 procent och till stöd för sitt yrkande i denna del bland annat åberopat sakkunnigutlåtanden av Copenhagen Economics och sakkunnigförhör med Erik Lindén. Diskonteringsräntan ska enligt Fresenius bestå av den riskfria ränta som Fresenius använde i sin verksamhet år 2017 om 1,25 procent med tillägg av en projektspecifik risk för verksamheten i Sverige, vilken uppgår till 1 procent. Den projektspecifika risken

motsvarar den begränsade risken som Fresenius exponeras för i sin relation till den svenska offentliga sjukvården som kund.

Risker förknippade med ramavtal har av Fresenius beskrivits bestå av risker för egna investeringar, andra risker såsom risk för kapitalbindning, risk att inte tilldelas ramavtal, kreditrisk hos den upphandlande enheten och risk med variation i patientunderlaget. Beträffande det nu aktuella ramavtalet har Fresenius sedan anfört att det inte finns någon risk för kapitalbindning, eftersom Fresenius beställer förbrukningsartiklar från sin leverantör i samband med att beställningar görs från VGR. När det gäller kreditrisken för VGR så har Fresenius uppgett att VGR historiskt sett aldrig uteblivit med någon betalning till Fresenius. Den risken bedöms därför som mycket låg. Risken att inte tilldelas ramavtalet kan vidare inte räknas med i det kontrafaktiska scenariot, eftersom Fresenius i detta scenario tilldelats ramavtalet. Patientunderlaget har vidare varit förhållandevis konstant under många år. Vid bedömningen av dessa risker, samt risken för att marknaden förändras som t.ex. vid en funktionsupphandling, har Fresenius således bedömt den projektspecifika risken till 1 procent.

VGR har gjort gällande att den diskonteringsränta som ska tillämpas ska bestämmas till 8,3 procent, eller i vart fall inte lägre än 6,7 procent, och till stöd för sin inställning bland annat åberopat sakkunnigutlåtanden från Alvarez & Marsals och sakkunnigförhör med Daniel Frigell. VGR har anfört att diskonteringsräntan ska spegla alla de osäkerhetsfaktorer som förekommer beträffande de påstådda vinsterna i framtiden genom tillämpning av ett adekvat avkastningskrav. Dessa osäkerhetsfaktorer avser bland annat det faktum att ramavtalet upphör år 2020 och att VGR då inte längre är förpliktad att köpa några förbrukningsartiklar från Fresenius och risken för utebliven försäljning av förbrukningsartiklar därför är förenad med stor osäkerhet. Vidare har VGR anfört att Fresenius i sin årsredovisning har angett att det förekommer prispress på marknaden. Fresenius påstående om oförändrade marginaler för en försäljning till VGR fram till år 2029 är därför förenad med stor osäkerhet. VGR har även anfört att vinster dessutom enligt allmänna principer för skadeberäkning ska diskonteras genom att man utgår från bolagets avkastningskrav, som för Fresenius är mellan 6,7 till 8,3

procent beroende på om man utgår från investerarnas avkastningskrav eller även beaktar långivarnas avkastningskrav.

Tingsrätten har beträffande bedömningen av framtida inköp av förbrukningsprodukter ovan bedömt att det mest sannolika är att VGR skulle köpa hela sitt behov av Fresenius. Tingsrätten har inom ramen för denna bedömning kommit fram till att det är osannolikt att en konkurrent under maskinernas livslängd skulle ta fram generika-produkter för någon av de kaptiva förbrukningsartiklarna. Under sådana förhållanden bedömer tingsrätten även att risken för utebliven försäljning och risken för prispress på marknaden är mycket låg, då Fresenius sannolikt kommer vara den enda leverantören för förbrukningsartiklar till de maskiner som Fresenius sålt till VGR. Fresenius har anfört att man inte skulle ha någon investeringsrisk beträffande förbrukningsartiklarna, då man beställer dessa från sina underleverantörer efter hand som beställningar från VGR inkommer. Detta har inte ifrågasatts av VGR. Det torde mot bakgrund av det anförda inte vara aktuellt att i det här fallet ta generella hänsyn till långivares avkastningskrav. Parterna har även fört resonemang om hur en s.k. funktionsupphandling skulle kunna komma att påverka diskonteringsräntan. Tingsrätten bedömer det genom utredningen sannolikt att de 45 maskiner som Fresenius skulle fått sälja i det kontra-faktiska scenariot skulle vara kvar i bruk inom VGR under deras i målet angivna livslängd om 10 år. Detta på grund av uppgifter som lämnats avseende hur genomförandet av en eventuell funktionsupphandling skulle kunna se ut för att på bästa sätt ta tillvara på de ekonomiska resurser som finns inom VGR. Det skulle då inte vara ekonomiskt fördelaktigt att kassera nyinköpta maskiner, utan mer sannolikt att man samlar de nyinköpta maskinerna inom en del av VGR och genomför funktionsupphandlingen i andra delar inom VGR. Med anledning av denna bedömning anser tingsrätten att den eventuella risken som en funktionsupphandling skulle medföra är mycket låg och därför inte i någon egentlig mån bör påverka diskonteringsräntan.

Vid en sammantagen bedömning anser tingsrätten att Fresenius har gjort klart mer sannolikt att den diskonteringsränta som bör tillämpas ska vara 2,25 procent, än att den diskonteringsränta som VGR angett ska tillämpas.

### **Sammanfattning av tingsrättens bedömning**

Som angetts ovan anser tingsrätten att Fresenius visat att VGR begått ett upphandlingsfel, att Fresenius lyckats göra sannolikt att Fresenius skulle ha erhållit Ramavtalet om inte upphandlingsfelet skett och att Fresenius därför är berättigat till skadestånd.

Vad gäller beräkningen av skadeståndets storlek leder tingsrättens bedömningar till att skadeståndet ska beräknas utifrån en utebliven försäljning av 45 maskiner, utifrån en utebliven försäljning av de av Fresenius uppgivna kaptiva förbrukningsartiklarna under en period om 10 år, utifrån att det genomförs 300 behandlingar per maskin och år samt utifrån en nuvärdesberäkning genomförd med en diskonteringsränta om 2,25 procent. Beträffande de intäkter och kostnader som maskinerna och de kaptiva förbrukningsartiklarna genererar, samt kostnader för frakt, service, installation och omhändertagande råder inte tvist. Tingsrätten har baserat sin nuvärdesberäkning på det underlag som getts in av Fresenius under förhöret med Erik Lindén avseende bedömningen av det positiva kontraktsintresset.

Vid en skadeberäkning medför det att den sammanlagda skadan som Fresenius är berättigad till ersättning för uppgår till 5 519 136 kr. I fråga om ränta råder inte tvist.

Tingsrätten bedömer att det inte föreligger grund för att jämka skadeståndet.

### **Överprövningskostnader**

Fresenius har yrkat ersättning för sina kostnader för överprövning av VGR:s upphandlingar av dialysmaskiner och maskinbunden förbrukning dnr RS 2016-00681 och dnr RS 2017-03942.

En leverantör kan ha rätt till ersättning för de kostnader leverantören haft för överprövning om leverantören, trots framgång i förvaltningsprocessen, inte får möjlighet

att ingå avtalet och detta beror på omständigheter på den upphandlande myndighetens sida, se rättsfallen NJA 2013 s. 762 och NJA 2018 s. 1127.

Vad gäller överprövningen av upphandlingen RS 2016-00681 vann Fresenius framgång genom att förvaltningsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. Fresenius deltog i den nya upphandlingen, RS 2017-03942, vilket är den i detta mål aktuella upphandlingen. Att Fresenius ändå inte tilldelades ramavtalet i upphandlingen RS 2017-03942 berodde emellertid på ett annat upphandlingsfel än det som var aktuellt i överprövningen av upphandlingen RS 2016-00681. Kostnaden för överprövningen har därmed inte varit onödig på det sätt som anges i rättsfallet NJA 2018 s. 1127, eftersom Fresenius deltog i den nya upphandlingen och där hade möjlighet att tilldelas kontraktet. Det föreligger således inte adekvat kausalitet mellan upphandlingsfelet i upphandlingen RS 2016-00681 och den skada Fresenius nu gör gällande i detta mål. Skadeståndsyrkandet i den delen ska därför lämnas utan bifall.

Vad därefter gäller överprövningskostnaderna för överprövningen av upphandlingen RS 2017-03942 är situationen emellertid en annan. Fresenius vann framgång även i denna överprövning, såtillvida att förvaltningsrätten konstaterade att det fanns grund för att förklara den del av upphandlingen som avsåg produktgrupperna 3 och 4 ogiltig. Fresenius erhöll trots detta inte möjligheten att erhålla ramavtalet då VGR ingick Ramavtalet med Nordic Medcom och detta fick bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att så skedde beror på omständigheter på VGR:s sida. Fresenius kostnader för överprövningen blev därmed onödiga. Med hänsyn till det anförda ska dessa kostnader ersättas av VGR.

Fresenius har i denna del begärt ersättning med 450 000 kr. VGR har invänt att beloppet inte utgör skälig ersättning för att driva ogiltighetsmålet i förvaltningsrätten och att beloppet därför bör sättas ned vid en allmän skälighetsbedömning. Tingsrätten anser att beloppet är skäligt och att Fresenius yrkande i den delen ska bifallas.

Fresenius har slutligen även begärt ersättning med 114 000 kr för överklagandet till kammarrätten rörande frågan om Ramavtalet skulle bestå p.g.a. tvingande allmänhänsyn.

Tingsrätten bedömer att ersättning för Fresenius kostnader i Kammarrätten även ska utgå, då kostnaderna varit nödvändiga för att tillvarata Fresenius rätt i syfte att genom överklagandet få till stånd en ändring och erhålla Ramavtalet. Yrkad ersättning bedöms vidare skälig.

### **Rättegångskostnader**

Av totalt yrkade 19 492 581 kr tillerkänns Fresenius 6 083 136 kr. Detta motsvarar ca 31 procent av det totalt yrkade beloppet.

Med beaktande av att tingsrätten kommit fram till att VGR är skadeståndsskyldig och att denna fråga utgjort en betydande del av målet bedömer tingsrätten, trots att Fresenius vinner framgång med mindre än 50 procent av käromålet, att vardera parten ska stå sina kostnader i målet.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se [bilaga 1](#) (TR-02)

Överklagande ska ha kommit in till tingsrätten senast den 25 november 2020 och ställs till Hovrätten för Västra Sverige. Prövningstillstånd krävs.

Niclas Johannisson

Anders Björk

Lena Nilsson



## Hur man överklagar

Dom i tvistemål, tingsrätt

TR-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

### Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandet har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

### Så här gör du

1. Skriv tingsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att hovrätten ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till tingsrätten. Du hittar adressen i domen.

### Vad händer sedan?

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

Om överklagandet kommit in i tid, skickar tingsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till hovrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även hovrätten skicka brev på detta sätt.

## Prövningstillstånd i hovrätten

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

Hovrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

### Vill du veta mer?

Ta kontakt med tingsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

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



## Hur man överklagar hovrättens avgörande

---

Den som vill överklaga hovrättens avgörande ska göra det genom att skriva till Högsta domstolen. Överklagandet ska dock skickas eller lämnas till hovrätten.

### Senaste tid för att överklaga

Överklagandet ska ha kommit in till hovrätten senast den dag som anges i slutet av hovrättens avgörande.

Beslut om häktning, restriktioner enligt 24 kap. 5 a § rättegångsbalken eller reseförbud får överklagas utan tidsbegränsning.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar hovrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta domstolen.

### Prövningstillstånd i Högsta domstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta domstolen ska pröva ett överklagande. Högsta domstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen eller om
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning, att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

### Överklagandets innehåll

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

1. klagandens namn, adress och telefonnummer,
2. det avgörande som överklagas (hovrättens namn och avdelning samt dag för avgörandet och målnummer),
3. den ändring i avgörandet som klaganden begär,
4. de skäl som klaganden vill ange för att avgörandet ska ändras,
5. de skäl som klaganden vill ange för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som klaganden åberopar och vad som ska bevisas med varje bevis.

### Förenklad delgivning

Om målet överklagas kan Högsta domstolen använda förenklad delgivning vid utskick av handlingar i målet, under förutsättning att mottagaren där eller i någon tidigare instans har fått information om sådan delgivning.

### Mer information

För information om rättegången i Högsta domstolen, se [www.hogstodomstolen.se](http://www.hogstodomstolen.se)