



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
<b>E-post:</b> 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 Capio 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 vunnen 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 om 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 anbuderna 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 företagets 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.