SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen

BESLUT
2025-03-07
Stockholm

Ärende nr
PMÄ 16560-24

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Patent- och marknadsdomstolens beslut 2024-11-19 i mål nr PMÄ 9076-24, se bilaga A

PARTER

Klagande
Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097

Ombud: advokaterna E.B.Ö och M.P samt biträdande juristen H.M
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB

Motpart
Konkurrensverket

ÖVRIG AKTÖR

Intervenient på klagandens sida såvitt avser saken och klagande såvitt avser rättegångskostnad
Oriola Oyj, 1999215-0

Ombud: advokaterna P.E, P.F och P.T

Hannes Snellman Advokatbyrå AB

SAKEN
Förbud mot företagskoncentration

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00 **E-post**: svea.avd2@dom.se www.svea.se		måndag – fredag 08:00–16:30

PATENT- OCH MARKNADSÖVERDOMSTOLENS AVGÖRANDE

1. Med ändring av punkten 1 i Patent- och marknadsdomstolens beslut upphäver Patent- och marknadsöverdomstolen beslutet om förbud.

2. Med ändring av punkten 3 i Patent- och marknadsdomstolens beslut tillerkänner Patent- och marknadsöverdomstolen Apotekstjänst Sverige AB ersättning av allmänna medel för sin rättegångskostnad vid Patent- och marknadsdomstolen med 9 007 725 kr, varav 7 000 000 kr avser arvode och 2 007 725 kr kostnader för bevisning.

3. Patent- och marknadsdomstolens beslut i punkten 3 såvitt avser Oriola Oyj:s yrkande om rättegångskostnad fastställs.

4. Det som Patent- och marknadsdomstolen har förordnat om sekretess består.

5. Patent- och marknadsöverdomstolen förordnar att beslutet den 18 december 2024 om inhibition inte längre gäller.

6. Apotekstjänst Sverige AB tillerkänns ersättning av allmänna medel för sin rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 2 880 592 kr, varav 2 880 000 kr avser arvode, 420 kr kostnad för bevisning och 172 kr kostnad för inställelse.

7. Oriola Oyj:s yrkande om rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen ogillas.

8. Patent- och marknadsöverdomstolen förordnar att sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) alltjämt gäller för sådana uppgifter i aktbilagorna 63, 64, 67–69 och 80 som har lästs upp eller visats inom stängda dörrar under sammanträdet samt de delar av ljud- och bildupptagningarna av

förhören med A.S och P.E som har spelats upp inom stängda dörrar under sammanträdet.

_____

YRKANDEN M.M.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen, med ändring av Patent- och marknadsdomstolens beslut, ska upphäva Konkurrensverkets beslut. Bolaget har även yrkat ersättning för sin rättegångskostnad vid Patent- och marknadsdomstolen med där yrkat belopp.

Oriola Oyj har anslutit sig till Apotekstjänsts ändringsyrkande av Patent- och marknadsdomstolens beslut om förbud. Bolaget har för egen del yrkat ersättning för sin rättegångskostnad vid Patent- och marknadsdomstolen.

Apotekstjänst och Oriola har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Konkurrensverket har bestritt Apotekstjänsts och Oriolas ändringsyrkanden.

GRUNDER M.M.

Apotekstjänst har åberopat samma omständigheter till stöd för överklagandet av Patent- och marknadsdomstolens beslut som bolaget åberopade vid Patent- och marknadsdomstolen för överklagandet av Konkurrensverkets beslut. Konkurrensverket har åberopat samma omständigheter till stöd för sin talan här som vid Patent- och marknadsdomstolen.

Oriola har argumenterat på samma sätt som bolaget gjort vid Patent- och marknadsdomstolen.

UTREDNINGEN

Apotekstjänst har, utöver den bevisning som bolaget åberopade vid Patent- och marknadsdomstolen, här även åberopat ett e-postmeddelande av den 9 januari 2025 från en leverantör av dosdispenseringsmaskiner, ett utdrag från den 24 januari 2025 beträffande frågor och svar från Region Hallands upphandling avseende läkemedelsförsörjning samt tre handlingar från Kriminalvården som samtliga är daterade den

5 februari 2025 och som avser ett tilldelningsbeslut avseende ett anbudsområde, ett beslut om avbrytande av upphandling avseende ett annat upphandlingsområde och en upphandlingsrapport.

Oriola har åberopat samma bevisning som vid Patent- och marknadsdomstolen.

Konkurrensverket har åberopat samma bevisning som vid underinstansen och i Patent- och marknadsöverdomstolen gett in ett utdrag med vissa sidor i den bokslutskommuniké som Oriola släppte den 4 mars 2025.

Patent- och marknadsöverdomstolen har tagit del av ljud- och bildupptagningar av samtliga förhör som hölls vid Patent- och marknadsdomstolen, varav förhören med A.S och P.E har spelats upp under sammanträdet.

PATENT- OCH MARKNADSÖVERDOMSTOLENS SKÄL

Koncentrationsprövning enligt nationell rätt

Av Apotekstjänsts anmälan som gavs in till Konkurrensverket den 29 november 2023 framgår att Apotekstjänst och Svensk dos AB under år 2022 tillsammans haft en global omsättning som understigit 2,5 miljarder euro. Det innebär att det unionsrättsliga regelverket för koncentrationsprövning inte är tillämpligt, se artikel 1 i förordning (EG) 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

Eftersom Apotekstjänst och Svensk Dos tillsammans haft en omsättning i Sverige under år 2022 som överstigit en miljard kr och omsättningen i Sverige för vart och ett av bolagen överstigit 200 miljoner kr, har det förelegat en skyldighet enligt 4 kap. 6 § konkurrenslagen (2008:579) att anmäla koncentrationen, som därmed ska prövas enligt bestämmelserna i 4 kap. konkurrenslagen.

Några rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Enligt 4 kap. 1 § första stycket konkurrenslagen ska en företagskoncentration förbjudas om koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en

effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. I bestämmelsen anges även att vid prövningen av om en företagskoncentration ska förbjudas ska särskilt beaktas om den medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Som framgår av förarbetena är bestämmelsen i 4 kap. 1 § konkurrenslagen utformad med motsvarande bestämmelse i unionsrätten som förebild (se prop. 1998/99:144 s. 37 f.). Bestämmelsen har i materiellt hänseende i allt väsentligt ett innehåll som motsvaras av artikel 2.3 i förordning (EG) 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer, av vilken det framgår att en koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, ska förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

Mot den bakgrunden finns det enligt Patent- och marknadsöverdomstolen skäl att beakta avgöranden från EU:s domstolar när det gäller frågan hur bestämmelsens materiella innehåll ska tolkas. Såvitt avser det materiella innehållet kan även vägledning hämtas från Europeiska kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, Europeiska unionens officiella tidning 2004/C 31/03.

Om en företagskoncentration är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en väsentlig del av det, är en rättslig bedömning som det, i en situation som den förevarande då Konkurrensverkets beslut har överklagats, ankommer på domstolen att göra. Detsamma gäller diverse bedömningar som görs inom ramen för en sådan prövning, som t.ex. bedömningar om hur den relevanta marknaden ska definieras och vad som kan anses vara det mest troliga scenariot om koncentrationen aldrig hade genomförts. (Jämför Högsta domstolens uttalande angående en bedömning av vad som ska anses utgöra ett skäligt pris i NJA 2016 s. 1011 p. 15.). Det är således inte något som kan bevisas. Det som däremot kan – och också ska – bevisas är de omständigheter som läggs till grund för nämnda bedömningar.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ankommer det på Konkurrensverket att visa de omständigheter både avseende nutid och dåtid som verket baserar sin bedömning på. Det gäller t.ex. uppgifter om vilka bolag som är eller har varit verksamma på marknaden, vilka avtal de har eller har haft samt vad som krävs eller har krävts för att tillhandahålla aktuella tjänster.

På motsvarande sätt ankommer det på Apotekstjänst, med stöd av Oriola, att visa att förutsättningarna för ett s.k. räddningsförvärv är uppfyllda, dvs. att det objektivt sett saknas förutsättningar att driva verksamheten i Svensk Dos vidare och att det inte finns någon annan än förvärvaren som är villig att köpa bolaget.

Som Patent- och marknadsdomstolen har angett på s. 28 i sitt beslut ankommer det även på Apotekstjänst, som påstår att förvärvet kommer att leda till effektivitetsvinster, att visa att dessa är koncentrationsspecifika och att de kommer att vara till nytta för konsumenterna.

Några allmänna utgångspunkter för domstolens prövning

Den tidpunkt som är relevant för bedömningen

Det finns, varken i 4 kap. konkurrenslagen eller i förarbetena, något som ger uttryck för att en prövning av om en företagskoncentration är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens ska göras endast utifrån de förhållanden som var aktuella när anmälan gjordes eller när Konkurrensverket fattade sitt beslut. I likhet med Patent- och marknadsdomstolen anser Patent- och marknadsöverdomstolen att även sådana förhållanden som uppkommit efter anmälan eller efter Konkurrensverkets beslut kan beaktas så länge dessa inte beror på koncentrationen (se Patent- och marknadsdomstolens beslut s. 30).

De bolag som tillhandahåller dosdispenseringstjänster i Sverige

Av utredningen framgår att Apotekstjänst, Svensk Dos, Apoteket AB och ApoEx AB har tillstånd från Läkemedelsverket att tillhandahålla dosdispenseringstjänster, dvs. att förpacka de doser av olika läkemedel som en patient ska inta vid separata tillfällen i

olika påsar. Vidare framgår det av utredningen att Apotekstjänst, Svensk Dos och Apoteket AB tillhandahöll dosdispenseringstjänster till öppenvården och att ApoEx AB tillhandahöll motsvarande tjänst till slutenvården vid tidpunkten för anmälan och att dessa förhållanden fortfarande föreligger.

Apotekstjänst har i Patent- och marknadsöverdomstolen inkommit med information om att ApoEx AB har lämnat ett anbud i den upphandling som Kriminalvården fattat beslut om den 5 februari 2025, dvs. i en upphandling som avser dosdispenseringstjänster till öppenvården. Apotekstjänst har åberopat Kriminalvårdens upphandlingsrapport och tilldelningsbeslut, bl.a. till vederläggande av Konkurrensverkets påstående att koncentrationen skulle leda till det endast blir två aktörer kvar på marknaden för dosdispensering till öppenvården.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen får det förstås som att Apotekstjänst har gjort gällande att det numera finns fyra aktörer som tillhandahåller dosdispenseringstjänster till öppenvården och att antalet aktörer på en sådan marknad således skulle minska från fyra till tre om koncentrationen genomförs.

Konkurrensverket har framhållit att ApoEx AB inte vann Kriminalvårdens upphandling och att bolaget inte har lyckats träda in på dosdispenseringsmarknaden till öppenvården. Vidare har Konkurrensverket framhållit att verkets bedömning av om koncentrationen påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens är densamma, även om den relevanta marknaden skulle vara bredare och även omfatta dosdispenseringstjänster till slutenvården och således de tjänster som tillhandahålls av ApoEx AB.

Det förhållandet att ApoEx AB har lämnat ett anbud, måste enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, emellertid förstås så att det både finns möjlighet och intresse för aktörer som i dag inte är verksamma på den svenska marknaden för dosdispenseringstjänster inom öppenvården att träda in på marknaden. Det går inte heller att bortse från att det vid kommande upphandlingstillfällen kan finnas andra inhemska och utländska aktörer som är beredda att lämna anbud.

Förhållanden som är utmärkande för tjänsten

Dosdispensering är en homogen tjänst. Påsarna med läkemedlen som levereras till en patient har samma innehåll oavsett vem som har förpackat dem och de antal platser som påsarna ska levereras till följer av kontrakten och skiljer sig således inte åt beroende på vem som tillhandahåller tjänsten. Avtalen på dosdispenseringsmarknaden är utformade på ett sådant sätt att den som lämnar ett anbud är bunden av sitt anbudspris och inte kan avstå från att leverera under avtalstiden.

Den relevanta marknaden

Apotekstjänst har i Patent- och marknadsöverdomstolen uppgett att bolaget delar Konkurrensverkets bedömning att de dosdispenseringstjänster som Kriminalvården köper in ingår i den relevanta produktmarknaden. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen får detta förstås som att bolaget därmed har frånfallit sitt påstående om att den relevanta produktmarknaden skulle avgränsas ytterligare till att enbart omfatta de dosdispenseringstjänster som regionerna köper in (se s. 31 i Patent- och marknadsdomstolens beslut). Oavsett hur det förhåller sig med den saken, delar Patent- och marknadsöverdomstolen underinstansens bedömning om att även de dosdispenseringstjänster som Kriminalvården, Statens institutionsstyrelse (SiS), privata vårdgivare och privatpersoner köper in ingår i den relevanta produktmarknaden (se s. 31 och 32 i Patent- och marknadsdomstolens beslut).

Med anledning av uppgifterna om att ApoEx AB lämnade ett anbud i Kriminalvårdens senaste upphandling av dosdispenseringstjänster, kan det enligt domstolen finnas anledning att överväga om den relevanta marknaden, på grund av substitution på utbudssidan, skulle kunna vara bredare och även omfatta dosdispenseringstjänster till slutenvården.

Patent- och marknadsöverdomstolen delar Patent- och marknadsdomstolens uppfattning om produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden vid anmälningstillfället. Sammantaget innebär det anförda att den för ärendet relevanta marknaden är tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården i Sverige.

Frågan om koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma en effektiv konkurrens

Marknadens funktionssätt

Som framgår ovan är det Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som verket baserar sin bedömning på. Konkurrensverket ska göra sannolikt att koncentrationen har sådana negativa effekter på konkurrensen att den ska förbjudas.

Även på en marknad där det, före en koncentration, råder hård konkurrens kan en koncentration påtagligt hämma konkurrensen eller utvecklingen av konkurrens. Huruvida så är fallet beror på hur den aktuella marknaden fungerar. Patent- och marknadsöverdomstolen anser att bedömningen i förevarande fall bör grundas i en beskrivning av just dosdispenseringsmarknaden och de eventuella särdrag som kännetecknar denna marknad. Bedömningen, som är framåtsyftande, bör baseras på faktiska omständigheter, dvs. sådant som empiriskt kan konstateras; förutsägelserna om framtida effekter på konkurrensen bör alltså vara förenliga med de observationer som kan göras nu och historiskt.

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar inledningsvis att konkurrensen för dosdispenseringstjänster är, och under lång tid har varit, mycket hög med tre aktörer. Priset har fallit över tid. Det är enbart priset som avgör om en anbudsgivare vinner avtalet eller inte, och det råder en mycket hög priskonkurrens. Regionerna har använt sin möjlighet att ändra kraven i upphandlingarna, bestämma klustrens storlek och längden på avtalen (jfr Kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer p. 64). Regionerna har systematiskt gått mot att välja sådana förutsättningar för upphandlingarna som väntas leda till maximal prispress, vilket också empiriskt visat sig bli resultatet. Konkurrensverket har uttryckt sig så att priserna är maximalt pressade. Det sätt på vilket marknaden för dosdispenseringstjänster har fungerat från omregleringen fram till nu stämmer överens med den vedertagna standardmodellen inom nationalekonomi. (Även den ekonomiska modell som tagits fram av Paul Klemperer [se Bidding Markets, år 2005] som Patent- och marknadsdomstolen hänvisar till, grundas i den standardmodellen.)

När det gäller frågan om detta är en marknad där – som Konkurrensverket har gjort gällande – det som utgångspunkt hämmar konkurrensen att gå från tre till två aktörer, gör Patent- och marknadsöverdomstolen följande bedömning.

Som Patent- och marknadsdomstolen redogjort för står regionerna, Kriminalvården och SiS för över 95 procent av marknaden. I alla regionupphandlingar utom en (där upphandlaren valde att dela upp upphandlingen på två leverantörer) hade upphandlingarna bara en vinnare och övriga anbudsgivare fick ingen tilldelning. Patent- och marknadsöverdomstolen anser, i likhet med Patent- och marknadsdomstolen, att det därmed är fråga om en marknad där den som vinner anbudet får hela den upphandlade volymen eller, med Klemperers terminologi, att vinnaren tar allt. Som Patent- och marknadsdomstolen funnit är kontrakten också mycket stora och få. Patent- och marknadsdomstolen beskriver detta, med hänvisning till Klemperer, som att kontrakten är ”lumpy”. Patent- och marknadsöverdomstolen delar denna bedömning.

När det sedan gäller frågan om den som har ett kontrakt har en signifikant fördel i kommande upphandlingar eller, med Klemperers terminologi, om konkurrensen kan sägas börja om vid varje upphandling, gör Patent- och marknadsöverdomstolen däremot en annan bedömning än Patent- och marknadsdomstolen. Patent- och marknadsdomstolen har ansett att marknaden karakteriseras av skalfördelar, att det finns kapacitetsbegränsningar och att den aktör som vinner ett kontrakt får ett informationsövertag gentemot övriga aktörer samt att dessa fördelar för den befintliga aktören sammantagna gör att konkurrensen inte kan sägas börja om.

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar att om det hade inneburit fördelar att redan ha ett kontrakt, skulle den aktör som hade störst marknadsandel när marknaden började behålla och ytterligare utöka sin andel, och fördelen av att ha ett kontrakt skulle förstärkas över tid. Så har det emellertid inte fungerat på dosdispenseringsmarknaden. Om det hade varit fallet, hade man observerat att det är mer sannolikt än inte att den som har ett kontrakt hade fått detta efter förnyad upphandling. Empiriska observationer på den aktuella marknaden ger dock inte stöd för ett sådant antagande. Utfallet är snarare det motsatta. Empiriska observationer visar att det är mindre sannolikt att den som har ett kontrakt behåller det jämfört med en anbudsgivare som inte har

ett kontrakt. Det har skett ett byte av leverantör i 14 av de 20 kontrakt som upphandlats av regionerna sedan avregleringen, vilket även Patent- och marknadsdomstolen anser talar för att konkurrensen börjar om (se domstolens beslut s. 37). Den aktör som innehaft ett visst kontrakt har alltså – trots eventuella sådana fördelar som Patent- och marknadsdomstolen nämner – tappat detta i 70 procent av fallen. Detta ligger mycket nära det teoretiska utfallet vid perfekt konkurrens. Även om man beaktar det förhållandet att vissa upphandlingar har gjorts om, att anbud har diskvalificerats och att lotten avgjort utfallet vid en upphandling (då leverantörerna inkommit med identiska anbud) så kvarstår faktum att marknaden beter sig på ett sätt som ligger mycket nära en perfekt konkurrenssituation. Utredningen ger alltså stöd för att den som innehaft ett kontrakt inte har haft några fördelar i förhållande till de andra anbudsgivarna vid ett nytt upphandlingstillfälle.

I sammanhanget kan tilläggas följande. I och med att det inte innebär någon fördel för möjligheten att få ett framtida kontrakt att redan ha ett kontrakt så kan inte heller det förhållandet att Apotekstjänst genom koncentrationen tar över Treklöveravtalet och andra avtal innebära någon sådan fördel som nämnts. De avtal som Apotekstjänst tar över genom förvärvet är också sådana som konkurrensutsattes inför att de tilldelades och på nytt kommer att konkurrensutsättas när de går ut. Det betyder att det för närvarande enbart är en fråga om att fullfölja leverans inom redan tilldelade kontrakt. Förvärvet påverkar inte prissättningen, kontraktsvolymer eller andra förhållanden som påverkar konkurrensen. I och med att dospengen på marknaden är negativ, innebär förvärv också att förvärvaren förbinder sig att betala för skyldigheten att leverera inom existerande avtal.

Patent- och marknadsdomstolen har även tagit upp möjligheten att en leverantör som har ett kontrakt kan få en fördel vid en framtida direktupphandling. Patent- och marknadsöverdomstolen anser dock att det inte kan fästas något avseende vid detta, eftersom sådana upphandlingar inte sällan underkänns av domstolarna (jfr även Svea hovrätts dom i mål T 6489-22 s. 16–18).

När det särskilt gäller frågan om kapacitetsbegränsningar på marknaden vill Patent- och marknadsöverdomstolen tillägga följande. Med kapacitetsbegränsningar menas i

normalfallet en form av avtagande skalekonomi där företagets marginalkostnad för att öka utbudet vid en viss tidpunkt (vid vilken det finns kapacitetsbegränsning) ökar obegränsat. Detta är inte fallet på dosdispenseringsmarknaden. Såsom upphandlingarna är utformade finns det i princip alltid möjlighet att etablera ny kapacitet från tilldelningsbeslutet till avtalsstart. Därutöver finns det en flexibilitet i produktionsanläggningarna, eftersom aktörerna kan tillämpa skiftarbete och övertid. Patent- och marknadsöverdomstolen kan också konstatera att det inte har hänt historiskt att någon leverantör har misslyckats med att leverera enligt avtal, oavsett hur många avtal leverantören redan har. Detta gäller trots att det har förekommit överprövningar av upphandlingarna. Det förhållandet att investeringar i kapacitet innebär en kostnad gäller på alla marknader och bör i sig inte ses som en kapacitetsbegränsning. Kapacitetsbegränsningar innebär att ett företag inte kan leverera i enlighet med efterfrågan, men då kapacitet på dosdispenseringsmarknaden kan etableras mellan tilldelningsbeslut och avtalsstart, finns det enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening inga sådana begränsningar här.

Sammanfattningsvis finner Patent- och marknadsöverdomstolen att konkurrensen på dosdispenseringsmarknaden börjar om vid varje ny upphandling och att det är fråga om en sådan upphandlingsmarknad att det inte hämmar konkurrensen att gå från tre till två aktörer.

Konkurrenstrycket på marknaden

Patent- och marknadsdomstolen har bedömt att möjligheterna till inträde av potentiella konkurrenter är mycket små, eftersom domstolen anser att det är höga inträdeshinder på marknaden (se domstolens beslut s. 40 f.). Patent- och marknadsdomstolen har angett att jämförelsen bör göras mot den eventuella vinst potentiella konkurrenter bedömer att de kan göra genom att träda in på marknaden.

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i att inträdeshindren måste bedömas i relation till förväntade vinster. De relevanta inträdeshinder som finns på den aktuella marknaden, som främst handlar om kostnaden för olika tillstånd, är dock i sammanhanget ringa. Att det behövs personal, utrustning och lokaler för att driva verksamhet

bör inte i sig betraktas som ett inträdeshinder. Det är i stället en normal aspekt av företagande. Det finns alltid kostnader förenade med att driva verksamheter, och att det finns inträdeskostnader innebär inte med nödvändighet att det finns inträdeshinder då de senare är beroende av inträdeskostnadens storlek och karaktär. Att det i vissa upphandlingar har ställts krav på personal med särskild kompetens förändrar inte bedömningen att inträdeshindren är små. Som Kommission anför är det inte troligt att en fusion riskerar att hämma konkurrensen i någon betydande utsträckning när det är tillräckligt lätt att komma in på marknaden (Kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 68).

Den ovanstående bedömningen grundar sig inte på det förhållandet att ApoEx AB har lämnat anbud i Kriminalvårdens upphandling och inte heller på det hypotetiska fallet att bolaget skulle ha tilldelats kontrakt i denna upphandling. Däremot visar det förhållandet att ApoEx AB har lämnat anbud att det både finns möjlighet och intresse för nya aktörer att träda in på marknaden och också ta risken att tvingas leverera om man tilldelas avtalet (jfr ovan s. 8). Möjlighet att lämna anbud i framtida upphandlingar får också antas finnas för andra aktörer på den gemensamma marknaden, särskilt som utredningen ger stöd för att dosdispenseringsmarknaden är i tillväxt (jfr Kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 72).

Patent- och marknadsdomstolen har även tagit upp frågan om två hypotetiska skadeteorier som Konkurrensverket har framfört och instämt i att koncentrationen medför en risk för att Apotekstjänst på sikt blir ensamt kvar på marknaden (se domstolens beslut s. 49).

Patent- och marknadsdomstolen har instämt med Konkurrensverket och menat att det – i det fall antalet leverantörer på marknaden går från tre till två – skulle öppnas möjligheter för den ena aktören att tvinga ut den andra genom att först dumpa priserna och sedan ta igen dessa förluster genom att höja sina priser (prisdumpningsscenariot). Den andra skadeteorin går ut på att de båda kvarvarande aktörerna (Apotekstjänst och Apoteket AB) samordnar sina priser så att dessa kan hållas på en nivå över jämviktspriset vid konkurrens (tyst samordningsscenariot).

Prisdumpningsscenariot går som sagt ut på att den ena aktören, genom att sänka priset under det pris som skulle råda på en konkurrensmarknad, skulle kunna driva ut den andra aktören från marknaden och sedan höja priset för att ta igen de förluster som ackumulerats under dumpningstiden. Ett nödvändigt antagande för att denna strategi ska kunna fungera är att den aktör som drivits bort från marknaden inte kommer tillbaka när priset sedan höjs och att någon ny aktör inte inträder på marknaden. Om detta sker, kommer den prisdumpande aktören inte att kunna kompensera sig för de förluster som företaget dragit på sig under dumpningsperioden. Det förutsätter i princip höga inträdeshinder. Patent- och marknadsöverdomstolen har ovan bedömt att det på dosdispenseringsmarknaden finns möjlighet till inträde för nya aktörer men även för tidigare verksamma aktörer att komma tillbaka.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan för övrigt konstatera att den andra aktören som finns vid koncentrationstillfället (efter koncentrationen), Apoteket AB, har flera andra apotekssegment inkl. fysisk utlämning av dosdispenseringspåsar och har en stark finansiell ställning. Vidare har Apoteket AB kontrakt inom dosdispensering som löper fram till år 2031. Även utifrån nämnda omständigheter bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att det är ytterst osannolikt att Apoteket AB skulle kunna drivas ut från marknaden inom överskådlig tid.

När det gäller scenariot med tyst samordning är det oklart hur Konkurrensverket i sitt beslut (se p. 529 f.) menar att detta skulle gå till. Teoretiskt sett skulle det kunna gå till på följande sätt. Den aktör som vill inleda en tyst prissamordning signalerar först sin intention till den andra aktören på marknaden. Denne kan, om signalen uppfattas, välja att svara och då kan en prissamordning inledas. Resultatet skulle kunna bli att båda aktörerna tar ut ett högre pris än vad som annars skulle vara fallet.

På en upphandlingsmarknad skulle det yttra sig i att den ena aktören, i den första perioden, avstår från att lämna ett anbud eller lägger ett anbud med ett pris som den uppenbart inte kan få kontraktet till. Signalen består då i att denna aktör inte kommer att konkurrera med den andra aktören. Det möjliggör för den andra aktören, i period två, att få anbudet till ett pris som är högre än priset vid konkurrens. Som kompensation förväntar sig då den aktör som avstått kontraktet att den andra aktören i period tre

gör på motsvarande sätt så att den får möjlighet att kompensera sig för de tidigare förlorade intäkterna. För att så ska kunna ske krävs att de högre priserna inte lockar in någon ny aktör på marknaden. Det krävs dessutom att det finns någon mekanism som gör det möjligt att ekonomiskt bestraffa den aktör som avviker från samordningen.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan konstatera att aktörerna på dosdispenseringsmarknaden inte kan anpassa sina priser annat än mellan upphandlingstillfällena och inte heller kan observera den andres lämnade upphandlingspris. Den enda möjligheten att signalera till den andra aktören består därmed i att avstå från att lämna anbud, detta under antagandet att det är möjligt att observera vilka som lämnat anbud även om priserna inte är offentliga. Det innebär att ett försök att inleda en tyst prissamordning börjar med att en aktör avstår från potentiella intäkter men utan utsikt att få tillbaka dessa intäkter i framtiden. Det gör att sannolikheten för att någon skulle vara intresserad av att ingå i en sådan samordning är ytterst låg.

Till detta kommer att upphandlarna kan vidta åtgärder om de misstänker tyst samordning, vilket i det aktuella fallet exempelvis skulle yttra sig i att det bara kom in ett anbud i en upphandling. Sådana åtgärder kan vara att slå samman kontrakt, dela upp kontrakt eller variera längden på dessa. Då bryter eventuell samordning samman.

Av båda dessa skäl utgår Patent- och marknadsöverdomstolen från att tyst samordning inte kommer att ske på en upphandlingsmarknad som den aktuella. Men även om det skulle gå att tyst samordna, skulle det ta tre hela perioder innan den som initierade en sådan samordning ens teoretiskt skulle kunna tjäna några pengar. Med en kontraktslängd på fem år skulle det ta 15 år.

Denna typ av strategi skulle däremot kunna fungera på en marknad där aktörerna direkt kan observera varandras priser och direkt anpassa sin egen prissättning. På dosdispenseringsmarknaden är priserna inte offentliga och aktörerna är bundna av priserna i sina anbud under hela avtalsperioden. Dessutom är en aktör på dosdispenseringsmarknaden bunden av att leverera enligt avtalet och kan därmed inte undvika förluster genom att avstå från ett avtal som skulle ge förluster.

Sammanfattningsvis innebär båda de framlagda skadeteorierna att priset i anbuden skulle hållas på samma nivå som för närvarande eller lägre under överskådlig tid.

Alternativt kontrafaktiskt scenario

Det alternativa kontrafaktiska scenariot blir enbart relevant att pröva, om koncentrationen skulle bedömas som skadlig. Med hänsyn till de bedömningar som Patent- och marknadsöverdomstolen har gjort ovan är det därmed inte aktuellt att pröva detta.

Slutsats

Patent- och marknadsöverdomstolens slutsats blir att koncentrationen inte sannolikt är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden för dosdispenseringstjänster till öppenvården i Sverige. Överklagandet ska därmed bifallas.

Rättegångskostnader

Några rättsliga utgångspunkter

Av 8 kap. 15 § första stycket konkurrenslagen framgår att om inget annat anges i denna lag ska bestämmelserna i 31 kap. rättegångsbalken tillämpas. Övriga bestämmelser om rättegångskostnader i konkurrenslagen (se 8 kap. 15 § andra stycket och 18 §) avser mål där en part har åberopat sin subsidiära talerätt respektive den situationen att en skadeståndstalan handläggs tillsammans med en talan om konkurrensskadeavgift. Eftersom ingen av de sistnämnda situationerna är aktuella, är det således bestämmelserna i 31 kap. rättegångsbalken som är tillämpliga.

En tilltalad som frikänns i ett mål där åklagaren för talan kan få ersättning av allmänna medel för sina kostnader för försvarare och för bevisning under förundersökningen eller i rättegången under förutsättning att kostnaderna skäligen varit motiverade för att den tilltalade skulle kunna ta tillvara sin rätt (31 kap. 2 § första stycket rättegångsbalken). Av andra stycket följer att den tilltalade även kan få ersättning för sin inställelse i domstolen och att sådan ersättning betalas enligt föreskrifter som meddelas av

regeringen. I nu aktuellt sammanhang innebär bestämmelsen att den som Konkurrensverkets förbud har riktat sig mot har rätt till ersättning av allmänna medel för ovannämnda kostnader om förbudet senare upphävs av domstolen.

Apotekstjänsts yrkande avseende kostnader under Konkurrensverkets handläggning

Apotekstjänst har yrkat ersättning för kostnader med 5 510 364 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635), under den andra fasen av Konkurrensverkets handläggning, varav 2 342 443 kr avser kostnader från och med den 30 januari 2024 till och med den 26 mars 2024 samt 3 167 921 kr från och med den 27 mars 2024 – då bolaget fick ta del av Konkurrensverkets utkast till beslut – till och med den 28 april 2024.

Konkurrensverket har bestritt yrkandet och inte vitsordat några belopp som skäliga i och för sig.

Ett bolag som anmäler en koncentration saknar rätt till ersättning i de fall Konkurrensverket beviljar koncentrationen. Bestämmelsen i 31 kap. 2 § rättegångsbalken innebär endast att bolaget ska kompenseras för kostnader som det annars inte skulle ha haft. Domstolens bedömning i saken innebär endast att Konkurrensverket, efter att ha granskat anmälan, skulle ha beviljat koncentrationen. Eftersom Apotekstjänst skulle ha haft de kostnader som bolaget nu yrkar ersättning för även om Konkurrensverket beviljat koncentrationen den 29 april 2024 ska yrkandet avslås.

Apotekstjänsts yrkande avseende kostnader vid Patent- och marknadsdomstolen

Apotekstjänst har yrkat ersättning med 12 474 475 kr för kostnader vid Patent- och marknadsdomstolen, varav 9 131 605 kr avser arvode, 650 000 kr eget arbete och 2 692 870 kr utlägg jämte ränta enligt 6 § räntelagen.

Bolaget har angett följande. Kostnaden för arvode om 9 131 605 kr avser arbete under 1 987 timmar som i huvudsak har utförts av tre advokater och två biträdande jurister under perioden från och med den 29 april 2024 till och med den 11 oktober 2024. Bolaget har behövt bemöta omfattande yttranden från Konkurrensverket. I yttrandet

över överklagandet lanserade verket dessutom en ny ekonomisk modell. Konkurrensverkets bristande objektivitet och saklighet har inneburit att bolaget noga har fått gå igenom dokumenten i Konkurrensverkets akt vid flera tillfällen. Vidare har sekretessmarkeringar i vissa dokument ändrats över tid vilket föranlett behov av att gå igenom dokumenten igen. Konkurrensverket har åberopat många vittnen och har ändrat sin argumentation över tid. Kostnaden för utlägg om 2 692 870 kr avser dels en kostnad om 12 000 kr till vittnet T.H som är anställd i bolaget, dels en kostnad om 2 680 870 kr till RBB Economics. Av sistnämnda belopp avser 718 800 kr kostnad för det partssakkunniga vittnet N.Ss första utlåtande, 679 175 kr för hans andra utlåtande, 197 750 kr kostnad för möten m.m. som han har haft med Apotekstjänst och bolagets ombud, 964 020 kr hans arbete med att ta fram en Power Point-presentation inför förhöret vid sammanträdet och hans vittnesmål samt 121 125 kr för E.Cs biträde vid sammanträdet.

Konkurrensverket har anfört följande. Ett belopp om 2 500 000 kr avseende arvode skulle kunna vara skäligt i och för sig. Maximalt 450 000 kr för utlåtanden och biträde från RBB Economics framstår som skäligt. Inget belopp har vitsordats avseende eget arbete och heller inte för vittnet T.H. Enligt verket är yrkandet avseende arvode orimligt högt även vid en jämförelse med tidigare koncentrationsärenden i vilka fler frågor varit tvistiga som t.ex. avgränsning av den relevanta marknaden. En stor del av arbetet måste redan ha vidtagits under Konkurrensverkets handläggning. Apotekstjänsts argumentation i överklagandet är i stora drag densamma som i bolagets yttrande över Konkurrensverkets utkast till beslut. Apotekstjänst har begärt ersättning för att gå igenom och analysera ett mycket stort antal handlingar i Konkurrensverkets akt både under handläggningen vid Konkurrensverket och vid Patent- och marknadsdomstolen. Eftersom inga ytterligare uppgifter tillförts akten efter verkets beslut måste det tillkommande arbetet ha varit begränsat. Av kostnadsräkningen framgår det inte hur mycket tid som ombuden har lagt på varje arbetsmoment, vilket arvode som har tillämpats, hur många som varit involverade i de olika arbetsuppgifterna och i vilken mån arbetet utförts av advokat eller biträdande jurist. Ärendet vid Patent- och marknadsdomstolen pågick under knappt fem månader. Antalet yttranden i sak har varit begränsade. Utöver överklagande och preliminär bevisuppgift har Apotekstjänst i

huvudsak gett in två ytterligare yttranden i sak samt kompletterande och slutlig bevisuppgift. Apotekstjänst har tagit upp arbete som avsett genomgång och analys av inlagor m.m. som avsett frågan om Oriolas och Svensk Dos klagorätt. Det arbetet har inte varit nödvändigt för att bolaget ska ha haft möjlighet att ta tillvara sin rätt. Apotekstjänsts överklagande och yttranden bygger i stor utsträckning på analyser som har gjorts av RBB Economics. En hel del av det arbete som ombuden har lagt ner bygger således på arbete som bolaget begär ersättning för som utlägg. Det finns inte någon specifikation av hur mycket tid som RBB Economics har lagt på olika moment, vem eller vilka som utfört arbetet och vilket arvode som har tillämpats. En stor del av arbetet som ligger till grund för sakkunnigutlåtandena torde rimligtvis ha gjorts redan i samband med Apotekstjänsts yttrande över Konkurrensverkets utkast till beslut, då i princip samma argumentation återfinns redan där. Det kan noteras att Apotekstjänst även har begärt ersättning med 828 925 kr för arbete som RBB Economics utfört under Konkurrensverkets utredning i samband med yttrandet över utkastet till beslut. Den begärda ersättningen för sakkunnigutlåtandena förefaller därmed som oskäligt hög. Yrkandet om 964 020 kr för upprättande av en presentation och för vittnesmålet saknar all rimlighet. Under vittnesförhöret gick N.S endast igenom de skriftliga utlåtandena. Även kostnaderna för ekonomiskt biträde under processen och vid sammanträdet framstår som påtagligt hög. Vittnesersättningen till T.H framstår som hög. Det framgår inte på vilket sätt han bidragit till utredningen och vilka kostnader som han har haft.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det arvode om 9 131 605 kr som Apotekstjänst har yrkat vid Patent- och marknadsdomstolen inte skäligt. Den period under vilken ersättning begärts har endast uppgått till fem månader, från slutet av april 2024 till mitten av oktober 2024. De frågor som har varit uppe till prövning vid Patent- och marknadsdomstolen har i allt väsentligt varit desamma som de som prövats av Konkurrensverket. Vidare har skriftväxlingen varit förhållandevis begränsad. Det är endast överklagandet, ytterligare ett yttrande samt bevisuppgiften som haft visst omfång. Härutöver kan Apotekstjänst inte få ersättning för arbete som har lagts ned på frågan angående Svensk Dos och Oriolas klagorätt, eftersom det varit en fråga som inte haft betydelse för Apotekstjänsts överklagande. Det går inte av kostnadsräkningen att utläsa vilken tid som ombuden har lagt på olika moment. Det är en brist som får

falla tillbaka på Apotekstjänst. Enligt domstolen får Apotekstjänst skäligen anses tillgodosett med 7 000 000 kr för arvode.

Bestämmelsen i 31 kap. 2 § rättegångsbalken medger inte att en part får ersättning av allmänna medel för eget arbete (se Högsta domstolens avgörande i NJA 2000 s. 564). Apotekstjänsts yrkande i denna del ska således avslås.

När det gäller kostnaderna för den bevisning som Apotekstjänst åberopat gör domstolen följande bedömning. Yrkad ersättning för de två sakkunnigutlåtandena och för de möten som bolaget och ombuden haft med det partssakkunniga vittnet N.S vid RBB Economics får anses skälig. Däremot är kostnaden för hans förberedelser inför vittnesförhöret och framtagandet av Power Point-presentationen oskäligt hög. Enligt domstolen får en kostnad om 400 000 kr avseende det arbetet anses skälig. När det gäller ersättning för E.Cs biträde vid sammanträdet kan domstolen inte se att fråga varit om bevisning, eftersom hon inte har hörts. Någon ersättning för hennes medverkan kan således inte utgå. Enligt domstolen får kostnaden för vittnet T.H om 12 000 kr anses skälig. Sammantaget innebär detta att Apotekstjänst har rätt till ersättning med 2 007 725 kr (718 800 + 679 175 + 197 750 + 400 000 + 12 000) för bevisning.

Ränta kan inte utgå på ersättning med stöd av 31 kap. 2 § rättegångsbalken (se NJA 1990 s. 537).

Sammanfattningsvis ska Apotekstjänst tillerkännas 9 007 725 kr i ersättning av allmänna medel, varav 7 000 000 kr avser arvode och 2 007 725 kr kostnader för bevisning, för processen vid Patent- och marknadsdomstolen.

Apotekstjänsts yrkande avseende kostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen

Apotekstjänst har yrkat ersättning med 4 270 467 kr för kostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen, varav 2 880 000 kr avser arvode, 35 000 kr eget arbete och 1 355 467 kr utlägg. Bolaget har angett att kostnaden för arvode om 2 880 000 kr avser perioden från och med den 20 november 2024 till och med den 30 januari 2025.

Kostnaden för utlägg består av ett belopp om 1 354 875 kr för RBB Economics arbete, 420 kr för bevispärmar och 172 kr för en taxiresa. Enligt bolaget har arbetet som RBB Economics lagt ner omfattat en genomgång av Patent- och marknadsdomstolens beslut, biträde vid upprättande av överklagandet, kontakter med bolaget och bolagets ombud samt övrigt bistånd med beräkningar och analyser.

Konkurrensverket har vitsordat kostnaderna för bevispärmar och taxi samt angett att kostnaden om 35 000 kr för eget arbete framstår som rimlig. När det gäller arvode har verket angett att yrkandet framstår som högt mot bakgrund av att handläggningstiden varit kort och att antalet sammanträdesdagar varit färre än vid Patent- och marknadsdomstolen. Verket har angett att det varit svårt att bedöma beloppet utan en arbetsspecifikation, men att 1 000 000 kr kan vara ett rimligt belopp. Kostnaderna för RBB Economics är väldigt hög.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen får yrkandet avseende arvode anses vara skäligt. Som angetts ovan kan ersättning för eget arbete inte utgå. Eftersom det i 31 kap. 9 § rättegångsbalken inte finns någon motsvarande bestämmelse som i 18 kap. 14 § andra stycket rättegångsbalken, som skulle binda domstolen vid motpartens inställning saknar det betydelse att Konkurrensverket bedömt kostnaden som rimlig. Ersättning för den skriftliga bevisningen, dvs. bevispärmarna, är ersättningsgill. Detsamma gäller kostnaden för taxi till domstolen den första sammanträdesdagen (se 3 § tredje stycket sista meningen i förordning [1982:805] om ersättning av allmänna medel till vittnen, m.m.). Apotekstjänst har inte åberopat någon ny bevisning från RBB Economics i Patent- och marknadsöverdomstolen. Kostnaden kan således inte ersättas med stöd av bestämmelsen i 31 kap. 2 § rättegångsbalken.

Sammanfattningsvis ska Apotekstjänst tillerkännas 2 880 592 kr i ersättning av allmänna medel, varav 2 880 000 kr avser arvode, 420 kr kostnad för bevisning och 172 kr kostnad för inställelse, för processen i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Oriolas yrkande

Oriola har vid Patent- och marknadsdomstolen yrkat ersättning med 3 946 000 kr för arvode – varav 839 000 kr avsett arbete från och med den 27 mars 2024 till och med den 28 april 2024, dvs. under Konkurrensverkets handläggning – och i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 995 705 kr för arvode.

Konkurrensverket har ifrågasatt om domstolen kan pröva yrkandena. Yrkandena har även bestritts. Verket har ansett att 1 000 000 kr för arvode vid Patent- och marknadsdomstolen och 500 000 kr i Patent- och marknadsöverdomstolen i och för sig framstår som skäligt.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen saknas grund för att avvisa Oriolas yrkanden om ersättning, vilka därför ska prövas i sak. Som domstolen har konstaterat ovan finns det inte någon annan bestämmelse om rättegångskostnader i konkurrenslagen än bestämmelsen i 8 kap. 15 § som är tillämplig i detta ärende. Av nämnda bestämmelse följer att bestämmelserna i 31 kap. rättegångsbalken ska tillämpas. Det gäller även Oriolas anspråk. Enligt 31 kap. 2 § rättegångsbalken kan endast den mot vilken ett förbud har riktats erhålla ersättning. Oriola har inte haft något förbud riktat mot sig och kan således inte tillerkännas ersättning med stöd av den bestämmelsen. Det saknas också rätt till ersättning med stöd av någon annan bestämmelse i nämnda kapitel. Bolagets yrkanden ska därmed avslås.

Sekretess

De uppgifter i aktbilagorna 63, 64, 67–69 och 80 som har lästs upp eller visats inom stängda dörrar under sammanträdet samt att de delar av ljud- och bildupptagningarna av förhören med A.S och P.E som har spelats upp inom stängda dörrar under sammanträdet ska alltjämt omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Patent- och marknadsöverdomstolens beslut kan, enligt 1 kap. 3 § tredje stycket lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar, inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Amina Lundqvist, hovrättsråden Magnus Ulriksson (skiljaktig) och Ulrika Persson, referent, (skiljaktig) samt ekonomiska experterna ek. dr. Anders Parment och docent Erik Lakomaa.

Hovrättsråden Magnus Ulriksson och Ulrika Persson är skiljaktiga avseende bedömningen i sak enligt följande.

De inledande avsnitten angående utgångspunkter

Vi baserar vår bedömning på de rättsliga utgångspunkter som majoriteten har redovisat på s. 4–6.

När det gäller de allmänna utgångspunkterna för domstolens prövning delar vi majoritetens bedömning angående den tidpunkt som är relevant för bedömningen. Avseende redogörelsen för de bolag som tillhandahåller dosdispenseringstjänster står vi bakom det som står i de fyra första styckena, men inte den bedömning som majoriteten gör i det femte stycket om intresset för andra aktörer att träda in på marknaden. I avsnittet angående förhållanden som är utmärkande för tjänsten ska tilläggas att tjänsten att tillhandahålla dosdispenserade läkemedel kännetecknas av påtagliga skalfördelar. Bolagens marginalkostnader minskar således ju fler dospatienter som de ska leverera till. Skalfördelarna uppnås utifrån bolagets totala produktion, dvs. med beaktande av alla kontrakt som bolaget har.

Den relevanta marknaden

Vi instämmer i majoritetens bedömning i första stycket under ovannämnda rubrik och kommer också till slutsatsen att den för ärendet relevanta marknaden är tillhandahållande av dosdispenseringstjänster till öppenvården i Sverige.

Vi gör bedömningen att det inte skulle föreligga substitution på utbudssidan och att marknaden därför inte omfattar dosdispenseringstjänster till slutenvården är följande. För att det skulle föreligga substitution på utbudssidan skulle ApoEx AB, som idag är det enda bolaget som tillhandahåller dosdispenseringstjänster till slutenvården, faktiskt och omedelbart skulle kunna ställa om till att tillhandahålla dosdispenseringstjänster till öppenvården utan att bolaget därmed ådrar sig några större irreversibla kostnader eller risker (jfr Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad

i unionens konkurrenslagstiftning, Europeiska unionens officiella tidning, C/2024/1645, p. 32 och 33).

Av utredningen framgår emellertid att ApoEx AB skulle behöva utöka sin kapacitet för att kunna tillhandahålla mer än endast en mindre del av den totala efterfrågan som finns inom öppenvården (se p. 303 i Konkurrensverkets beslut). Enligt vår mening finns det, trots att ApoEx AB lämnat ett anbud i en upphandling som omfattat en ytterst begränsad del av dosdispenseringstjänster till öppenvården, inte stöd för att bolaget faktiskt och omedelbart skulle kunna ställa om till att tillhandahålla dosdispenseringstjänster till öppenvården i någon större omfattning. Det finns därmed inte någon anledning att heller vid denna tidpunkt bredda marknaden utifrån ett utbudsperspektiv (jfr Konkurrensverkets beslut p. 304).

Det scenario som koncentrationen ska jämföras mot

Som Patent- och marknadsdomstolen har redogjort för på s. 53 i sitt beslut har Oriola gjort gällande att det mest troliga scenariot om koncentrationen inte skulle tillåtas är att Svensk Dos avvecklar sin verksamhet. Enligt Oriola saknas det förutsättningar att driva Svensk Dos vidare och det finns heller inte någon annan än Apotekstjänst som är villig att köpa bolaget.

Vi instämmer i underinstansens bedömning att Oriola inte har förmått visa att det objektivt sett saknats förutsättningar att driva Svensk Dos vidare (se s. 54–61 i Patent- och marknadsdomstolens beslut). Därmed saknas skäl för oss att pröva om det är visat att det inte funnits någon annan än Apotekstjänst som varit villig att köpa bolaget. Vår bedömning innebär således att koncentrationen ska prövas mot det kontrafaktiska scenario som Konkurrensverket har framhållit som det mest troliga.

Inköpssituationens eventuella betydelse för bedömningen

Som framgår av Patent- och marknadsdomstolens beslut (s. 35) har Apotekstjänst gjort gällande att dosdispenseringstjänster till öppenvården upphandlas på ett sätt som enligt bolaget innebär att konkurrensen inte kommer att påverkas även om antalet aktörer

minskar från tre till två. Enligt bolaget beror det på att endast en anbudsgivare kan tilldelas det kontrakt som är föremål för upphandling, att tjänsterna upphandlas – och därmed konkurrensutsätts – i sjok samt att konkurrensen börjar om för varje upphandling. Apotekstjänst har i denna del hänvisat till Paul Klemperers artikel Bidding markets från juni 2005.

Av utredningen har framgått att det vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut fanns ca 290 000 dospatienter inom öppenvården i Sverige (se Konkurrensverkets beslut p. 96) och att privata vårdgivare och privatpersoner stått för ca tre procent av inköpen. Sistnämnda avtal, som alltså omfattar ca 8 700 dospatienter (290 000 x 0,03), har inte varit föremål för något upphandlingsförfarande. Vidare har det av utredningen framgått att Stockholm och Gotland år 2021 tillsammans upphandlat dosdispenseringstjänster för drygt 40 000 dospatienter i en upphandling som var uppdelad på två delområden och där en och samma leverantör inte kunde vinna båda. Det innebär sammantaget att ca 17 procent av alla inköp på marknaden (48 700 / 290 000) inte har varit föremål för upphandling där endast en anbudsgivare har kunnat tilldelas ett kontrakt. För övriga ca 83 procent av inköpen som har gjorts av sex andra regionkluster, Kriminalvården och SiS, dvs. totalt åtta kontrakt, är det däremot så att endast en anbudsgivare kunnat vinna vid var och en av de åtta upphandlingarna.

När det gäller de enskilda kontraktens storlek är det visat att regionernas kontrakt, som för närvarande är åtta till antalet, omfattar ca 95 procent av det totala antalet dospatienter inom öppenvården. Kontrakten har olika storlek, men inget av dem omfattar mer än ca 20 procent av den totala marknaden. Även om vissa kontrakt är stora kan vart och ett av dem inte anses ha ett så betydande värde att de bolag som lämnar anbud i en upphandling mer eller mindre satsar sin verksamhet för att kunna vinna det aktuella kontraktet (jfr Paul Klemperers artikel Bidding markets från juni 2005, s. 6).

Vi instämmer i underinstansens bedömning att anbudsgivare, som inför en ny upphandling redan har pågående kontrakt, har fördelar i förhållande till anbudsgivare som inte har några kontrakt eftersom tjänsten kännetecknas av skalfördelar (se sista stycket på s. 37 och de tre första styckena på s. 38 i Patent- och marknadsdomstolens beslut) och eftersom de kan anses ha ett visst informationsövertag (se den inledande delen av

andra stycket på s. 39 i Patent- och marknadsdomstolens beslut). Som Patent- och marknadsdomstolen har funnit kan konkurrensen därmed inte anses börja om från noll vid varje upphandling. Det förhållandet att tjänsten kännetecknas av skalfördelar innebär dessutom att en anbudsgivare kan ha en fördel i förhållande till en annan anbudsgivare även om båda har kontrakt med andra kunder, så länge de inte har samma antal doskunder sedan tidigare.

För att det ska saknas skäl att analysera marknadsandelar och konkurrenstryck ska det – utöver de förhållanden som Apotekstjänst har lyft fram och som vi, enligt vad som framgår ovan, inte anser är uppfyllda – dessutom vara fråga om en upphandlingsmarknad som det är lätt för nya aktörer att ta sig in på (se Klemperers artikel, s 4–9). Även i denna del instämmer vi i Patent- och marknadsdomstolens bedömning om att det är höga inträdeshinder på marknaden och att möjligheterna för potentiella konkurrenter att träda in därmed är mycket små (se s. 42–44 i Patent- och marknadsdomstolens beslut). Det som Apotekstjänst har framfört i Patent- och marknadsöverdomstolen angående leveranstid för en viss typ av maskin och det förhållandet att ApoEx AB nyligen har lämnat ett anbud i Kriminalvårdens upphandling medför ingen annan bedömning. Antalet dospatienter i Kriminalvårdens kontrakt uppgår bara till någon procent av hela marknaden och skulle därför inte vara tillräckligt omfattande (jfr Kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, p. 75)

Majoriteten har fäst stor vikt vid att utfallet av regionsupphandlingarna, enligt deras mening, skulle ligga mycket nära det teoretiska utfallet vid perfekt konkurrens. De har hänvisat till uppgifter om att det har skett ett byte av leverantör för 14 av de 20 kontrakt som upphandlats av regionerna sedan avregleringen. De har bl.a. framhållit att det skulle ha varit möjligt att se av utfallen i upphandlingarna om något av bolagen hade haft några fördelar.

Att det inte går att se något tydligt mönster av fördelar i utfallen från upphandlingarna, vilka för övrigt är förhållandevis få till antalet, är enligt vår mening inte konstigt. Alla tre bolag som har varit, och alltjämt är, verksamma på marknaden sedan den öppnades upp för konkurrens har skalfördelar, men deras storlek har varierat mellan dem och

även över tid. I vad mån bolagen har beaktat skalfördelar från olika kontrakt i sin prissättning finns det olika uppgifter om. Hur olika aktörer har agerat tidigare säger emellertid ingenting om hur de kan komma att agera i framtiden, vilket är det som är av betydelse för bedömningen. Även om tidigare ageranden saknar betydelse kan nämnas att sedan marknaden öppnades upp för konkurrens har ingen aktör har haft en marknadsandel motsvarande den som Apotektjänst kommer att få om koncentrationen tillåts, vilket innebär att det inte ens finns något att jämföra med.

Trots att de förhållanden som majoriteten fäster vikt vid saknar betydelse för prövningen, vill vi framhålla att beräkningen om att det ska ha skett ett byte av leverantör för 14 av de 20 kontrakt som upphandlats av regionerna sedan avregleringen är behäftad med stora brister. För det första anser vi att det inte är möjligt att räkna med de sex första upphandlingarna och jämföra utfallet i dem med hur det var under den tid då det fanns ett apoteksmonopol, dvs. tiden innan marknaden öppnades upp för konkurrens. De sex första upphandlingarna genomfördes inom en period om knappt tre månader. Det var då inte möjligt för Apoteket att beakta några skalfördelar. Vid den tidpunkten omsattes hela marknaden på en och samma gång, i vart fall gäller det för alla regioners inköp. Vi vet inte om Kriminalvården, SiS eller andra köpte in dosdispenseringstjänster på den tiden och även om så var fallet kan deras inköp inte ha stått för mer än några få procent av marknaden. Även om de sex första upphandlingarna skulle tas med i beräkningen föreligger ytterligare omständigheter som behöver beaktas. I tre av dessa var det fyra bolag som lade anbud. I två av upphandlingarna fanns det anbud som diskvalificerades. Slumpen att en ny aktör skulle få ett av dessa kontrakt uppgick således inte till 2/3 i samtliga dessa upphandlingar. När det gäller de följande 14 upphandlingarna måste följande omständigheter beaktas. Vid en av dessa upphandlingar lottades en vinnare fram eftersom alla tre bolagen hade lämnat samma anbud. Den upphandlingen måste bortses från eftersom det blir felaktigt att jämföra ett resultat som beror på slumpen med just slumpen. I en annan upphandling diskvalificerades ett anbud av den som tidigare hade kontraktet för den regionen. Med hänsyn till det blir det fel att jämföra ett byte mot slumpen eftersom det inte fanns någon chans för den som tidigare hade kontraktet att behålla det. I ytterligare en annan upphandling blev ett anbud diskvalificerat. Det förhållandet att Stockholm och Gotland valde att dela upp sin region i två delområden, som medförde att en aktör inte kunde vinna båda

innebär, också att slumpen för ett byte påverkades. Sammantaget innebär dessa brister att det, oavsett uppgiftens betydelse för bedömningen, inte har visats att utfallet skulle ligga nära det teoretiska utfallet vid perfekt konkurrens.

Enligt vår mening saknar såväl prisernas utveckling över tid samt graden av konkurrens betydelse för bedömningen. Detsamma gäller frågan i vilken omfattning aktörerna har vunnit eller förlorat enskilda kontrakt. Även på en marknad där det skulle föreligga perfekt konkurrens kan ett förvärv vara ägnat att hämma konkurrensen.

Den bedömning som domstolen ska göra är om Apotekstjänst genom att framför allt förvärva de kontrakt som Svensk Dos för närvarande innehar – ett förvärv som inte har konkurrensutsatts – är ägnat att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. De kontrakt som Apotekstjänst skulle ta över om koncentrationen godkänns är kontrakten med Treklövern, Kriminalvården – där en ny upphandling visserligen nyligen har avslutats, men där nuvarande avtalstid ännu inte har löpt ut – och SiS samt några kontrakt med privata vårdgivare. Kontrakten skulle ge Apotekstjänst ytterligare volymer och därmed ytterligare skalfördelar.

Mot bakgrund av det anförda är det enligt vår mening inte möjligt att utesluta att koncentrationen skulle vara ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens bara för att en mycket stor del av tjänsterna upphandlas på det sätt som sker. Det blir alltså nödvändigt att närmare studera hur många dospatienter bolagen för närvarande levererar tjänster till, hur det har sett ut de senaste åren samt hur konkurrenstrycket mellan bolagen är och har varit.

Bolagens marknadsandelar baserat på antalet dospatienter

Som framgår av redogörelsen på s. 34 i Patent- och marknadsdomstolens beslut har Apotekstjänst och Svensk Dos tillsammans haft marknadsandelar, beräknat utifrån antalet dospatienter, om mellan 55–75 procent under åren 2018–2020 och mellan

55–65 under åren 2021–2023. Med beaktande av de kontrakt som var tilldelade, men där avtalstiden inte hade börjat löpa vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut, räknade Konkurrensverket med att Apotekstjänst och Svensk Dos tillsammans skulle ha en marknadsandel om ca 60 procent under år 2024 och att bolagen under innevarande år kommer att ha en marknadsandel om ca 80 procent. Sistnämnda beräkning bygger på att Apoteket AB får behålla tilldelningen av den upphandling som gjorts av klustret som innefattar regionerna Kronoberg, Kalmar, Blekinge, Östergötland och Jönköping (KKBÖJ) och som avser ca 15 procent av antalet dospatienter på marknaden. Apotekstjänst överklagade upphandlingen. Förvaltningsrätten i Växjö avslog överklagandet och Kammarrätten i Jönköping meddelade den 21 februari 2025 beslut om att inte bevilja prövningstillstånd. Apotekstjänst överklagade den 3 mars 2025 Kammarrättens beslut till Högsta förvaltningsdomstolen. Det finns således inte några uppgifter om att tilldelningsbeslutet ska ha vunnit laga kraft. Skulle Apoteket AB, efter domstolsbeslut bli av med tilldelningen av KKBÖJ, skulle Apotekstjänsts och Svensk Dos tillsammans ha en marknadsandel om drygt 90 procent. Nästa kontrakt som förväntas komma ut för upphandling är de som avser Norra Sjukvårdsregionen och regionsklustret som omfattar Stockholm och Gotland. Om optionerna i de nuvarande avtalen utnyttjas, kan dessa förväntas komma ut för upphandling under hösten 2025 respektive vid årsskiftet 2025/2026.

Ett minskande konkurrenstryck

Som Patent- och marknadsdomstolen har konstaterat på s. 47 i sitt beslut framgår det av Konkurrensverkets upphandlingsanalys att Apotekstjänst och Svensk Dos är nära konkurrenter och att Svensk Dos historiskt sett har utövat ett starkt konkurrenstryck mot såväl Apotekstjänst som Apoteket AB. Vi instämmer också i Patent- och marknadsdomstolens bedömning att det finns anledning att särskilt notera att Svensk Dos under åren har vunnit ett stort antal upphandlingar och att bolaget så sent som i februari 2023 vann kontraktet med Treklövern som började gälla i april 2024. Som Patent- och marknadsdomstolen har konstaterat finns det uppgifter i Apotekstjänst interna strategidokument och andra uppgifter som bolaget lämnat under Konkurrens-

verkets utredning som talar för att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet eller en väsentlig del av det.

Vi finner i likhet med underinstansen att det av utredningen framgår att värdet av ett kontrakt beror på hur många kontrakt som bolaget redan har och det aktuella kapacitetsutnyttjandet (se s. 48 i Patent- och marknadsdomstolens beslut). Det är tydligt att kontrakten inte har samma värde för bolagen om nyss nämnda omständigheter skiljer sig åt. Vi delar Patent- och marknadsdomstolens bedömning på s. 49 i beslutet att det finns en risk för att Apotekstjänst på sikt skulle bli ensam kvar på marknaden om koncentrationen tillåts. Eftersom det är en marknad som kännetecknas av skalfördelar är det inte säkert att Apotekstjänst skulle behöva sätta ett pris som understiger bolagets marginalkostnad – som kommer att sjunka i och med de volymer som bolaget erhåller om koncentrationen tillåts – för att kunna driva ut Apoteket AB från marknaden. Det är alltså inte säkert att bolaget kommer att behöva gå med förlust under en period, som sedan behöver hämtas hem när bolaget är ensamt kvar på marknaden. I en sådan situation räcker det med att Apotekstjänst kan sätta ett pris som Apoteket AB inte kan matcha utan att sistnämnda bolag går med förlust på dosdispenseringsverksamheten, som är den verksamhet som är relevant för bedömningen, och att Apoteket AB inte finner någon anledning att fortsätta att bedriva denna verksamhet vidare till dess att den eventuellt kan gå med vinst igen. Om så är fallet behöver Apotekstjänst inte höja priset så fort bolaget har fått en monopolställning. En sådan höjning skulle i stället kunna komma gradvis över tid. Oavsett om priset höjs direkt eller efter ett tag uppstår negativa effekter på konkurrensen.

Vi delar även underinstansens bedömning i sista stycket på s. 48 i Patent- och marknadsdomstolens beslut om att svårigheten för en anbudsgivare som försöker lista ut vad konkurrenter är beredda att betala, för att kunna anpassa sitt bud efter det, ökar om det är fler än en konkurrent på marknaden (se även andra och tredje meningen i p. 25 i Kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer angående icke-samordnade effekter av en koncentration på en oligopolmarknad).

Som framgår av det vi har anfört ovan har vi ansett att det finns höga inträdeshinder på marknaden. Vi delar även Patent- och marknadsdomstolens bedömning om att köparna av tjänsten saknar motverkande köparmakt eftersom de i praktiken måste tillhandahålla dosdispenseringstjänsten till patienterna samtidigt som de saknar möjlighet att utföra denna tjänst i egen regi (se de två sista styckena på s. 44, det första stycket på s. 45 och det andra stycket på s. 46 i Patent- och marknadsdomstolens beslut). Vi gör även bedömningen att det av utredningen har framkommit att det potentiella konkurrenstrycket är mycket svagt inom landet. Enligt vår mening saknar det betydelse för konkurrenstrycket att ApoEx AB lämnat ett anbud i Kriminalvårdens upphandling som endast omfattar någon procent av marknaden.

När det gäller potentiell konkurrens från utlandet har Apotekstjänst, varken i anmälan eller senare påstått att dosdispenseringstjänster skulle kunna köpas in från utlandet. Som framgår av utredningen tillhandahålls tjänsterna inom sjukvården. Av utredningen framgår det även att det krävs tre tillstånd från Läkemedelsverket för att tillhandahålla tjänsten, tillstånd som endast kan erhållas efter det att Läkemedelsverket har inspekterat de lokaler som används när läkemedlen förpackas i dospåsarna. Med beaktande av undantaget från den fria rörligheten såvitt avser människors liv och hälsa i artikel 36 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och även bestämmelsen i artikel 158.7 FEUF kan vi, utifrån de uppgifter som vi har tillgång till i detta ärende, inte se att det skulle vara möjligt för sjukvården att köpa in tjänsterna från utlandet.

Slutligen delar vi Patent- och marknadsdomstolens bedömning att det inte är visat att koncentrationen medför några koncentrationsspecifika effektivitetsvinster, som ens tillsammans, skulle uppväga koncentrationens negativa effekter på konkurrensen (se Patent- och marknadsdomstolens beslut s.51 och 52).

Mot bakgrund av det anförda är det vår bedömning att koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden för dosdispenseringstjänster till öppenvården i Sverige och att det inte finns några motverkande faktorer som uppväger de negativa effekterna av konkurrensen. Koncentrationen ska därmed förbjudas.

Överröstade i dessa delar är vi i övrigt ense med majoriteten.