



UPPSALA TINGSRÄTT
Avdelning 1

DOM
2022-05-04
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
T 7257-20, T 7884-20, T
7886-20, T 7887-20, T
7888-20, T 7891-20, T
7916-20, T 731-21, T 734-
21, T 735-21, T 737-21, T
744-21, T 745-21, T 746-21

PARTER

Kärande

Svensk dos AB, 556869-9143
Box 2
751 03 Uppsala

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

Ombud: Advokat Olof Larsberger
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

Svarande

1. Region Dalarna, 232100-0180
Box 712
791 29 Falun

2. Region Gävleborg, 232100-0198
801 88 Gävle

3. Region Sörmland, 232100-0032
Repslagaregatan 19
611 88 Nyköping

4. Region Uppsala, 232100-0024
Juridiska enheten,
Box 602
753 09 Uppsala

5. Region Värmland, 232100-0156
651 82 Karlstad

6. Region Västmanland, 232100-0172
Regionhuset
721 89 Västerås

Dok.Id 1069567

Postadress
Box 1113
751 41 Uppsala

Besöksadress
Smedsgränd 22

Telefon
018-431 60 00
E-post: uppsala.tingsratt@dom.se
www.uppsalatingsratt.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

7. Region Örebro Län, 232100-0164
Box 1613
701 16 Örebro

Ombud för 1–7:

Advokat Natalie Svensson
Advokatfirman dNovo Helsingborg HB
Box 1108
251 11 Helsingborg

Advokat Per Åberg
Advokatfirman dNovo Helsingborg HB
Box 1108
251 11 Helsingborg

Biträdande jurist Sara Aspelin
c/o Advokatfirman dNovo Helsingborg HB
Box 1108
251 11 Helsingborg

DOMSLUT

1. Region Uppsala ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 1 036 933 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 300 084 kr från den 17 november 2020,
 - på beloppet 446 968 kr från den 22 februari 2021 samt
 - på beloppet 289 881 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
2. Region Dalarna ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 976 333 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 282 547 kr från den 13 november 2020,
 - på beloppet 420 847 kr från den 19 februari 2021 samt
 - på beloppet 272 939 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
3. Region Gävleborg ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 976 333 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)

- på beloppet 282 547 kr från den 18 november 2020,
 - på beloppet 420 847 kr från den 23 februari 2021 samt
 - på beloppet 272 939 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
4. Region Sörmland ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 915 733 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
- på beloppet 265 010 kr från den 20 november 2020,
 - på beloppet 394 725 kr från den 22 februari 2021 samt
 - på beloppet 255 998 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
5. Region Värmland ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 1 009 999 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
- på beloppet 292 291 kr från den 23 november 2020,
 - på beloppet 435 357 kr från den 23 februari 2021 samt
 - på beloppet 282 351 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
6. Region Västmanland ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 875 333 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
- på beloppet 253 318 kr från den 30 november 2020,
 - på beloppet 377 310 kr från den 2 mars 2021 samt
 - på beloppet 244 705 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
7. Region Örebro län ska till Svensk dos AB betala sammanlagt 922 466 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
- på beloppet 266 959 kr från den 19 november 2020,
 - på beloppet 397 627 kr från den 23 februari 2021 samt
 - på beloppet 257 880 kr från den 18 november 2021, allt till dess betalning sker.
8. Vardera parten ska stå för sin rättegångskostnad.

9. Sekretessbestämmelserna i 36 kap 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska i den mån uppgifterna inte tagits in i domen fortsätta att gälla för uppgifterna i aktbilagorna 84 och 115, jämte bilagor, i mål T 7257-20 samt aktbilaga 21 i mål T 731-21 som lagts fram inför stängda dörrar. På samma sätt ska sekretessen bestå rörande de uppgifter som Erik Hedin, André Sjöblom, Mats Fagerlund, Thomas Hilmo och Carl-Johan Kjellman lämnat i förhör som hållits inom stängda dörrar.
-

YRKANDE M.M

Svensk dos AB (Svensk dos) har yrkat enligt följande.

1. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Uppsala att till Svensk dos betala sammanlagt 3 686 091 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 1 066 742 kr från den 17 november 2020,
 - på beloppet 1 588 881 kr från den 22 februari 2021 samt
 - på beloppet 1 030 468 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

2. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Dalarna att till Svensk dos betala sammanlagt 3 470 372 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 1 004 314 kr från den 13 november 2020,
 - på beloppet 1 495 896 kr från den 19 februari 2021 samt
 - på beloppet 970 162 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

3. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Gävleborg att till Svensk dos betala sammanlagt 3 464 733 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 1 002 682 kr från den 18 november 2020,
 - på beloppet 1 493 465 kr från den 23 februari 2021 samt
 - på beloppet 968 586 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

- 4 Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Sörmland att till Svensk dos betala sammanlagt 3 264 255 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 944 664 kr från den 20 november 2020,
 - på beloppet 1 407 049 kr från den 22 februari 2021 samt
 - på beloppet 912 542 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

- 5 Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Värmland att till Svensk dos betala sammanlagt 3 604 244 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 1 043 056 kr från den 23 november 2020,
 - på beloppet 1 553 601 kr från den 23 februari 2021 samt
 - på beloppet 1 007 587 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

- 6 Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Västmanland att till Svensk dos betala sammanlagt 3 113 907 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 901 153 kr från den 30 november 2020,
 - på beloppet 1 342 243 kr från den 2 mars 2021 samt
 - på beloppet 870 511 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

- 7 Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Örebro län att till Svensk dos betala sammanlagt 3 283 418 kr, eller det lägre belopp som tingsrätten finner skäligt, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635)
 - på beloppet 950 210 kr från den 19 november 2020,
 - på beloppet 1 415 309 kr från den 23 februari 2021 samt
 - på beloppet 917 898 kr från, i första hand, den 18 oktober 2021 och i andra hand från den 18 november 2021.

Regionerna har bestridit käromålet i dess helhet. Regionerna har endast vitsordat ränteberäkningen enligt den första strecksatsen för respektive svarande avseende den första sju månadersperioden, dvs. på kapitalbelopp som belöper fram till och med den 31 oktober 2020.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

Svensk dos har som grund för sin talan angett följande.

Regionerna har ingått Avtal I utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU alternativt 8 kap. 1 § LUK. Upphandlingen av Avtal I omfattas av LOU alternativt LUK men förutsättningar att ingå Avtal I utan föregående annonsering enligt LOU alternativt LUK har inte förelegat. Ingåendet av Avtal I utgör därmed en otillåten direktupphandling och ett brott mot LOU alternativt LUK.

Regionen har ingått Avtal II utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU alternativt 8 kap. 1 § LUK. Upphandlingen av Avtal II omfattas av LOU alternativt LUK men förutsättningar att ingå Avtal II utan föregående annonsering har inte förelegat. Ingåendet av Avtal II utgör därmed en otillåten direktupphandling och ett brott mot LOU alternativt LUK.

Svensk dos har lidit skada till följd av Regionernas brott mot LOU alternativt LUK.

Regionerna är därigenom enligt LOU alternativt LUK skadeståndsansvariga för de otillåtna direktupphandlingarna.

Om en regelrätt upphandling avseende Avtal I respektive Avtal II hade genomförts

hade Svensk dos lämnat anbud och skulle då ha haft en realistisk möjlighet att erhålla avtalen. Svensk dos har därmed rätt till skadestånd uppgående till skälighetsuppskattade belopp.

Det bestrids att käromålet hänförligt till Period 1 (mål T 7257-20 m.fl.) skulle vara prekluderat.

Det bestrids att det föreligger skäl för jämkning. Svensk dos har gjort vad man kunnat för att begränsa sin skada.

Räntan enligt den första och andra strecksatsen för respektive svarande begärs enligt räntelagen från dagen för delgivning av stämning avseende respektive period. Räntan enligt den tredje strecksatsen för respektive svarande begärs i första hand från dagen då tingsrätten skickade ut de justerade yrkandena till Regionerna och i andra hand enligt 4 § 3 st räntelagen från 30 dagar efter att kravet sändes ut.

Regionerna har som grund för sina bestridanden angett följande.

I första hand bestrids käromålen på den grunden att de ingångna kontrakten inte är upphandlingspliktiga enligt vare sig LOU eller LUK. Skadestånd kan därför inte utdömas med stöd av de upphandlingsrättsliga reglerna.

I andra hand bestrids käromålet hänförligt till skadeståndsmål 1 (Avtal I) (mål T 7257-20 m.fl.) eftersom talan får anses vara prekluderad/preskriberad mot bakgrund av att ettårsfristen hade passerat när stämningsansökningarna ingavs alternativt är rätten till skadestånd prekluderad avseende den första 7-månadersperioden (Period 1 - den 1 april 2020 till den 30 oktober 2020).

Såttillvida att rätten skulle finna att LOU är tillämplig på de ingångna kontrakten (Avtal I och II) bestrids käromålet i tredje hand på den grunden att

direktupphandling (d.v.s. upphandling utan föregående annonsering) skett på korrekt sätt enligt 19 kap 7 § 3 st. LOU eftersom kontraktsvärdet för Avtal I respektive II understiger direktupphandlingsgränsen. Direktupphandling har således kunnat ske oavsett om det förelegat synnerlig brådska eller synnerliga skäl enligt samma bestämmelse.

I fjärde hand bestrids käromålen på den grunden att direkttilldelningen av kontrakten har varit tillåten då det förelegat synnerliga skäl (19 kap. 7 § LOU respektive 15 kap. 6 § LUK) alternativt synnerlig brådska som berott på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av Regionerna och anskaffningen varit absolut nödvändig (6 kap. 15 § LOU)

Käromålet bestrids i femte hand på den grunden att förutsättningar för skadestånd enligt LOU eller LUK inte föreligger (ej orsaksamband mellan påstått upphandlingsfel och skada) och att käranden inte har visat att denne lidit någon skada till följd av det påstådda upphandlingsfelet.

Om tingsrätten skulle finna att skadeståndsskyldighet samt skada föreligger ska skadeståndet jämkas till 0 kr då käranden har underlåtit att begränsa sin skada.

UTVECKLING AV TALAN

Svensk dos har utvecklat sin talan enligt följande.

Närmare om tillämpligheten av LOU och LUK

Bestämmelserna om offentlig upphandling — LOU alternativt LUK — är tillämpliga på Avtal I och Avtal II. Svensk dos inställning är att Avtal I och Avtal II är att upphandlingsrättsligt anse som ett ramavtal enligt 1 kap. 20 § LOU, ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU, alternativt en koncession enligt 1 kap. 13 § LUK. I samtliga dessa fall omfattas avtalen av bestämmelserna om offentlig upphandling (LOU/LUK).

Motsvarande avtal om dosdispenserings tjänster har prövats flera gånger av förvaltningsdomstolarna. I många fall har domstolarna kommit fram till att dosdispenseringsavtal ska anses utgöra ramavtal enligt LOU. I andra fall har domstolarna kommit fram till att dosdispenseringsavtal ska anses utgöra koncessioner enligt LUK. Inte i något fall har bedömningen gjorts att avtalen inte omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Regelverket för upphandling är centralt för relationen mellan dosapotek och regioner. Detta har under det decennium som gått sedan avregleringen av dosmarknaden inte ifrågasatts av någon aktör på marknaden (vare sig beställare eller dosapotek). Enligt EU-domstolens praxis innebär inte uttrycket "med ekonomiska villkor" att den upphandlande myndighetens motprestation nödvändigtvis måste bestå i utbetalning av en penningssumma. Belöningen för prestationen kan bestå av en annan form av motprestation och ändå omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Det är uppenbart att avtalen har ett betydande kommersiellt värde för leverantörerna på dosmarknaden och att avtalen därmed är ett upphandlingspliktigt avtal med ekonomiska villkor. Detta är anledningen till att konkurrensen på marknaden för dosdispensering är så pass hård att aktörerna på denna marknad numera är villiga att utföra dosdispenserings tjänster för noll- eller till och med minuspriser. Avtalen reglerar ekonomiska villkor och rättsligt ömsesidiga förpliktelser. Genom avtalen har Apotekstjänst förpliktat sig att utföra dosdispensering och dosexpediering. I gengäld får Apotekstjänst försälja de läkemedel som dosdispenseras. Apotekstjänst får även möjlighet till annan försäljning i form av läkemedel i helförpackning m.m. dospatienterna betalar för läkemedlen upp till högkostnadsskyddet. Kostnader däröver betalas av Regionerna. Svensk dos ser inte relevansen i Regionernas resonemang om att LUK inte är tillämplig eftersom någon riskövergång i den mening som avses i 1 kap. 2 § p. 3 LUK inte har skett. Om riskövergång har skett är LUK tillämplig. I annat fall är LOU tillämplig. Svensk dos uppfattning är dock att upplägget i såväl Avtal I som Avtal II innebär en verksamhetsrisk för Apotekstjänst. Detta eftersom bolagets intjäning ligger i försäljning av

läkemedel m.m. till tredje man (dospatienterna m.fl.) och inte i att Apotekstjänst får betalt från Regionerna för utförd dosdispensering.

Närmare om preklusionsfrågan

Svensk dos bestrider att skadeståndstalan avseende Avtal I är prekluderad, i första hand eftersom Avtal I ingicks den 9 oktober 2019 och i andra hand eftersom preskriptionsfristen i 20 kap. 21 § LOU i vart fall inte ska räknas förrän från den dag då Svensk dos fick kännedom om den otillåtna direktupphandlingen, vilket var efter den 9 oktober 2019. Att Avtal I ingicks den 9 oktober 2019, framgår av att det var den dagen som Avtal I undertecknades av företrädare för Apotekstjänst. Avtalet har ingåtts först då det har slutits av både den upphandlande myndigheten och leverantören. I brev till Svensk dos den 28 augusti 2020 har företrädare för Regionerna under rubriken "Bakgrund" angett att *"Den 9 oktober 2019 ingick regionerna direkt-upphandlat avtal med dåvarande leverantör, Apotekstjänst Sverige AB, om dispensering av dostjänster för perioden 1 april - 31 oktober 2020."* Regionerna och Apotekstjänst har vidare i 2018 års avtal avtalat att bindande avtal förutsätter undertecknande av ett skriftligt avtal. Under alla omständigheter är inte skadeståndstalan väckt för sent för avtalsperioden från den 1 november 2020. Avtal avseende denna period ingicks först genom Optionspåkallelsen av 21 respektive den 22 april 2020.

Närmare om det förelegat undantag från upphandlingsplikten

Svensk dos bestrider Regionernas påstående att direkttilldelningen av avtalen har varit tillåtet på grund av synnerlig brådska eller synnerliga skäl. Det bestrids att eventuell brådska berott på omständigheter som inte kunnat tillskrivas eller förutses av Regionerna. Svensk dos bestrider dock inte att Regionerna, genom sitt eget agerande, har hamnat i brådska. Svensk dos bestrider inte heller att dosdispenseringstjänsterna har en stor påverkan på människors liv och hälsa.

Det är Regionerna som har bevisbördan för att förutsättningarna för tillämpning av de båda undantagsreglerna är uppfyllda. I det aktuella fallet var det sedan länge känt att 2018 års avtal med Apotekstjänst skulle gå ut den 31 mars 2020 samt att ett avtal med en ny leverantör behövde ingås lång tid dessförinnan för att tillförsäkra en avtalsstart i tid till att 2018 års avtal gick ut. Orsaken till eventuell brådska är därmed helt och hållet hänförlig till Regionernas bristande planering, att Regionerna avsatt alltför kort tid för överprövning och att det löpande förekommit upphandlingsfel i Regionernas upphandlingar. Den första upphandlingen som Regionerna genomförde under 2019 avbröts den 4 juni 2019. I Regionernas avbrytandebeslut konstaterades att man hade ställt ett orimligt krav i upphandlingen som därför avbröts. Det orimliga kravet utgjorde ett upphandlingsfel som berodde på Regionerna. Upphandlingsfelet som förgick ingående av Avtal I bestod i att tiden mellan planerat avtalstecknande och avtalsstart var alltför kort och därmed stred mot likabehandlingsprincipen, vilket Regionerna själva har medgett. Även i detta fall var det Regionernas upphandlingsfel — och inte omständigheten att felet påtalades — som ledde till att upphandlingen inte kunde avslutas. Förvaltningsrätten förordnade den 20 september 2019 att upphandlingen skulle göras om. Den 9 oktober 2019 ingicks Avtal I. Upphandlingsfelet som föregick Optionspåkallelsen bestod i att nästa upphandling som Regionerna försökte genomföra inte publicerades på rätt sätt, vilket framgår av Regionernas beslut om avbrytande den 21 respektive 22 april 2020. Den 28 april 2020 undertecknades Optionspåkallelsen. Även i detta fall var det Regionernas upphandlingsfel som ledde till att upphandlingen inte kunde avslutas. Härefter försökte inte ens Regionerna att genomföra en konkurrensutsatt upphandling enligt upphandlingsreglerna utan valde i stället att ingå Avtal II.

Sammanfattningsvis gäller att det förhållandet att såväl Avtal I som Avtal II direktupphandlades (dvs. ingicks utan föregående annonsering) beror på omständigheter som helt och hållet får tillskrivas Regionerna. Avtal I och Avtal II utgör led i en serie olagliga direktupphandlingar sedan år 2016 där Apotekstjänst på ett systematiskt sätt har gynnats på bekostnad av övriga

leverantörer på marknaden, bl.a. Svensk dos. Orsaken till samtliga dessa olagliga direktupphandlingar – inklusive Avtal I och Avtal II – är bl.a. Regionernas oförmåga att genomföra upphandlingar i enlighet med upphandlingsregelverket. Avtal I föregicks av misslyckade försök att genomföra upphandlingar i enlighet med regelverket under år 2019. Den första annonserade upphandlingen under detta år avbröts och den andra annonserade upphandlingen förordnade Förvaltningsrätten i Uppsala skulle göras om. Avtal II föregicks av ett misslyckat försök att genomföra en upphandling i enlighet med regelverket, annonserad under hösten 2019 och avbruten under 2020.

Såväl ett kontraktsvärde enligt LOU som ett koncessionsvärde enligt LUK baseras bland annat på omsättning av dosläkemedel som kontraktet respektive koncessionen genererar. Detta oavsett vem – dospatienterna eller Regionerna – som betalar för läkemedlen. För läkemedel inom läkemedelsförmånerna (där förskrivna läkemedel – såväl dosläkemedel som helförpackning – ingår) betalar patienten för läkemedlet upp till högkostnadsskyddet medan överstigande kostnad betalas av regionerna (se 22 § lagen (2002:160) om läkemedelsförmåner och 16 § förordningen [2002:687] om läkemedelsförmåner; jfr även SOU 2018:53, s. 196). Svensk dos utgår från att det i och för sig är ostridigt att omsättningen av dosläkemedlen enligt vart och ett av Avtal I och II överstiger gränsen för direktupphandling i 19 kap. 7 § tredje stycket LOU. Vidare utgår Svensk dos från att det i och för sig är ostridigt att värdet av den del av dosläkemedelsomsättningen för Avtal I och II som Regionerna står kostnaden för överstiger gränsen för direktupphandling i 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

Närmare om att Svensk dos har lidit skada

Svensk dos skulle ha lämnat anbud om regelrätta upphandlingar hade skett och Svensk dos hade då haft realistiska möjligheter att tilldelas avtalen. En hypotetisk bedömning måste utgå från vilket kontrakt/avtal som Regionerna skulle ha upphandlat om Regionerna hade agerat i enlighet med upphandlingsreglerna. Den hypotetiska bedömningen måste göras utifrån just

den förutsättningen att Regionerna skulle ha genomfört en lagenlig upphandling (dvs, en konkurrensutsatt upphandling med en implementeringstid som inte strider mot upphandlingsreglerna m.m.). Om det inte vore för Regionernas brott mot upphandlingsreglerna skulle Regionerna sannolikt ha genomfört en annonserad, konkurrensutsatt upphandling, för perioden 1 april 2020 – 31 mars 2023 med ett optionsår. Upphandlingen skulle sannolikt ha genomförts under perioden januari – mars 2019, dvs. i vart fall 12 månader före avtalsstart. För det fall tingsrätten skulle finna att en korrekt genomförd upphandling skulle ha genomförts vid en annan tidpunkt eller under andra förutsättningar än de Svensk dos gör gällande, skulle Svensk dos oavsett ha lämnat anbud i en sådan upphandling och därvid haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet. Det bestrids att Svensk dos behöver göra det sannolikt att man skulle ha vunnit en hypotetisk upphandling. Det är tillfyllest att Svensk dos sannolikt skulle ha lämnat anbud vid en korrekt upphandling och haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet/avtalet (NJA 2007 s. 349).

Med undantag för Regionernas upphandling som publicerades den 25 juni 2019 (som hade en för kort uppstartstid mellan planerat avtalstecknande och avtalsstart, vilket Regionerna och Svensk dos varit överens om) har Svensk dos lämnat anbud i alla upphandlingar av motsvarande tjänster sedan dosmarknaden öppnade för konkurrens. Svensk dos skulle därför ha lämnat anbud om Regionerna hade genomfört en korrekt upphandling. Endast tre leverantörer har i praktiken möjlighet att lämna anbud i upphandling av dosdispensering. I Regionernas tidigare upphandlingar har tilldelning skett med hänsyn till vilken leverantör som lagt det lägsta priset för dosdispensering per patient och dygn och det är rimligt att anta att grunden för utvärderingen skulle varit densamma om regelrätt upphandling skett avseende den aktuella perioden. När grunden för utvärdering är den lägsta dospengen handlar anbudsgivandet till stor del om en gissning om hur man bäst ska positionera sig i förhållande till de övriga två dosapoteken. Man kan inte säga att någon av dosapoteken har bättre eller sämre möjligheter än övriga aktörer att tilldelas kontrakt. Svensk dos skulle vid en korrekt genomförd

upphandling under perioden januari – mars 2019 har lämnat ett anbudspris (dospeng) på - 0,13 kr eller lägre. Anbudspriset - 0,13 kr lämnades av Svensk dos i den upphandling som Regionerna genomförde år 2017, där Regionerna den 13 juni 2017 beslutade att kontrakt skulle tilldelas Svensk dos. Ett anbud på - 0,13 kr eller lägre skulle ha varit konkurrenskraftigt eftersom det vid tillfället (januari - mars 2019) inte fanns något avtal med upphandlande myndighet med ett negativt anbudspris.

Svensk dos tilldelades avtal i tre av Regionernas tidigare försök att genomföra korrekta upphandlingar. Svensk dos har även tilldelats kontrakt i korrekt genomförda upphandlingar av upphandlingsklustren Region Skåne (2015) Västerbottens läns landsting, Norrbottens läns landsting, Landstinget Västernorrland och Region Jämtland Härjedalen (2016), Stockholms läns landsting och Region Gotland (2017) samt Statens institutionsstyrelse (2019). Svensk dos nuvarande andel omfattar 42 procent av den svenska marknaden. Det bestrids att Svensk dos inte skulle ha kapacitet att erhålla ett kontrakt för det fall Regionerna genomfört en korrekt upphandling. Det bestrids att Svensk dos har uppgett att det krävs tolv månader från tilldelningsbeslut till att Svensk dos har kapacitet att erbjuda dosdispenseringstjänsten eller att så är fallet. Svensk dos kritik mot 2019 års upphandling har avsett att tiden till avtalsstart har varit så kort att det otillbörligen gynnat befintlig leverantör och därmed stått i strid mot upphandlingsreglerna (vilket såväl Regionerna som förvaltningsrätten har instämt i). Detta innebär inte att Svensk dos har saknat kapacitet att lämna anbud och tilldelas kontrakt.

Närmare om skadans storlek

Skadeståndet ska bedömas skönsmässigt med beaktande av bl.a. utsikter till vinst, överträdelsens karaktär och nedlagda kostnader. Utgångspunkten för den skönsmässiga bedömningen bör vara den vinst som det kontrakt, vilket Regionerna sannolikt skulle ha upphandlat, skulle ha genererat för Svensk dos vidkommande under Period 1 — 3 (dvs, den period under vilken Svensk dos berövats möjligheten att få leverera dosdispenseringstjänster till

Regionerna och försälja dosdispenserade läkemedel m.m.) samt att ett skäligt belopp efter en skönsmässig bedömning bör uppskattas till en tredjedel av den uteblivna vinsten (resultatbortfallet). Svensk dos delar uppfattningen att beräkningen av Svensk dos resultatbortfall inte ska omfatta en längre period än Period 1-3 (Avtal I:s och Avtal II:s totala löptid), dvs. 30 månader. Däremot ska bedömningen göras utifrån det hypotetiska scenariot att Regionerna genomfört en lagenlig upphandling av ett avtal/kontrakt med en löptid som är vanligast förekommande på marknaden för dosdispensering — ett fyraårsavtal med start den 1 april 2020.

Regionernas upphandlingar har omfattat själva dosdispenseringstjänsten, försäljning och leverans av dosdispenserade läkemedel, försäljning och leverans av läkemedel i helförpackningar, s.k. direktleveranser och försäljning av receptfria läkemedel och andra handelsvaror. Såväl Avtal I som Avtal II omfattar, direkt eller indirekt, dessa intäktskanaler. Regionernas påstående att försäljning av helförpackningar inte skulle vara en del av upphandlingen är således felaktigt. Tvärtom: försäljning och leverans av helförpackningar har återkommande varit en del av Regionernas upphandlingar på dosdispenseringsområdet. Vid beräkning av ett resultatbortfall måste samtliga intäktskällor som avtalet genererar, inklusive försäljning av helförpackningar, beaktas. Regionernas påstående om motsatsen bestrids.

Svensk dos har låtit Grant Thornton Sweden AB beräkna den uteblivna vinsten/resultatbortfallet utifrån uppgifter hämtade hos Svensk dos. Den uteblivna vinsten/resultatbortfallet är 20 738 468 kr avseende Period 1, 30 889 332 kr avseende Period 2 och 20 033 264 kr avseende Period 3, med beräkning utifrån antaganden om antalet patienter, omsättning per patient/år, bruttomarginal, dospeng/patient och dygn, tillkommande övriga kostnader och investeringar. Skälighetsbeloppet (33,3 % av den uteblivna vinsten/resultatbortfallet) blir då 6 912 822 kr avseende Period 1, 10 296 444 kr avseende Period 2 och 6 677 754 kr avseende Period 3. Fördelningen mellan kraven mot de olika Regionerna utgår från patientandelen för respektive region.

Kostnaderna enligt Svensk dos årsredovisningar förklaras bland annat av ett beslut av Svensk dos under år 2018 om införande av s.k. 2-skift i dosproduktionen med ökade personalkostnader som följd. Beslutet fattades med anledning av det då nyvunna avtalet med Region Stockholm och Region Gotland men gäller generellt för hela dosproduktionen. Svensk dos har således numera 2-skift i dosproduktionen i förhållande till samtliga pågående uppdrag. Kostnaderna enligt årsredovisningarna förklaras också av ett beslut under år 2018 om höjda avgifter till Svensk dos moderbolag för administrationstjänster (s.k. management fees). Gemensamt för ovanstående kostnader är att det rör sig om specifika kostnader hänförliga till olika typer av beslut fattade under år 2018. Några ytterligare sådana kostnader skulle inte ha tillkommit av den anledningen att Svensk dos ingått ett tillkommande avtal om dosdispensering, exempelvis med Regionerna. Det finns ingen koppling mellan storleken på avgifterna till moderbolaget (management fees) och volymen i Svensk dos. Avgifterna till moderbolaget baseras på kostnaden för de tjänster som moderbolaget tillhandahåller Svensk dos.

Samtliga avtal som Regionerna har ingått avseende dosdispensering sedan 2012 har varit otillåtet direktupphandlade.

Direktupphandling 1 (förlängningen av avtalet med Apotekstjänst i sex månader till utgången av september 2016) annonserades inte och stod därför i strid mot upphandlingsreglerna (10 kap. 1 LOU/ 8 kap. 1 § LUK). Därtill har den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnat befintlig leverantör och därmed stått i strid mot upphandlingsreglerna.

Direktupphandling 2 (förlängningen av avtalet med Apotekstjänst till utgången av mars 2017) annonserades inte och stod därför i strid mot upphandlingsreglerna (10 kap. 1 LOU/ 8 kap. 1 § LUK). Därtill har den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnat befintlig leverantör och därmed stått i strid mot upphandlingsreglerna.

Direktupphandling 3 (av avtal ingånget den 21 november 2016 med avtalstid 1 april 2017–31 mars 2018 med möjlighet till två förlängningar på vardera tre

månader) har stått i strid mot upphandlingsreglerna eftersom avtalet har upphandlats genom direktupphandling, trots att det inte funnits skäl för detta. Därtill har den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnat befintlig leverantör och därmed stått i strid mot upphandlingsreglerna.

Direktupphandling 4 (av avtal ingånget den 3 maj 2018 med avtalstid 1 september 2018-30 september 2019 med möjlighet till förlängning på sex månader) har stått i strid mot upphandlingsreglerna eftersom den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnat befintlig leverantör.

Utöver ovanstående har Regionerna gjort sig skyldiga till följande överträdelser av upphandlingsreglerna.

Konkurrensutsättning 2 (publicerad under 2015) har stått i strid mot LOU:s bestämmelser om hur länge ett ramavtal får löpa.

Konkurrensutsättning 3 (publicerad under 2017) har stått i strid mot upphandlingsreglerna eftersom det inte kunnat utläsas av förfrågningsunderlaget att anbud med negativa priser var tillåtna i upphandlingen.

Konkurrensutsättning 4 (publicerad den 20 maj 2019) har stått i strid mot upphandlingsreglerna eftersom upphandlingen inte var ekonomiskt kalkylerbar för anbudsgivarna. Upphandlingen stod därmed i strid mot principen om transparens och avbröts därför den 4 juni 2019.

Konkurrensutsättning 5 (publicerad den 25 juni 2019) har stått i strid mot upphandlingsreglerna eftersom den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnat befintlig leverantör.

Konkurrensutsättning 6 (publicerad den 26 september 2019) har stått i strid mot upphandlingsreglerna eftersom Regionerna inte annonserade upphandlingen på rätt sätt och upphandlingen avbröts därför den 21 respektive den 22 april 2020.

Konkurrensutsättning 7 (publicerad den 22 oktober 2021) genomförs med uttryckligt förbiseende av upphandlingsreglerna trots att upphandlingen omfattas av reglerna. Till detta kommer att den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnar befintlig leverantör.

Till detta kommer att ingåendet av Avtal I och Avtal II har gjorts utan någon form av publicitet. Enligt 10 kap. 4 § LOU ska en upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet ingicks. Underlåtenheten att efterannonsera den otillåtna direktupphandlingen har varit ägnad att försvåra upptäckten av ingåendet av avtalen och därmed försvåra för övriga leverantörer att tillvarata sina rättigheter enligt LOU, bland dessa rätten att begära skadestånd.

Närmare om jämkning

Svensk dos bestrider att Svensk dos har underlåtit att begränsa sin skada eller att det finns andra skäl för jämkning. En överprövning av direktupphandlingen innan Avtal I var slutet var inte möjlig eftersom Svensk dos inte kände till på förhand att avtalet skulle komma att ingås. En överprövning av direktupphandlingen efter att Avtal I var slutet skulle ha avvisats just på grund av att Avtal I redan var slutet (20 kap. 6 § andra stycket LOU / 16 kap. 6 § andra stycket LUK). En överprövning skulle därmed endast ha medfört rättegångskostnader för Svensk dos utan möjlighet till framgång. En ansökan om ogiltigförklaring av Avtal I och Avtal II skulle inte ha lett till att avtalen hade ogiltigförklarats eftersom avtalen, med all säkerhet, skulle ha fått bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. En sådan talan skulle endast ha medfört rättegångskostnader för Svensk dos utan möjlighet till framgång. En talan om ogiltigförklaring skulle vidare ha lett till att Regionerna blivit skyldiga att erlagga en upphandlingsskadeavgift. Åtgärden att ansöka om överprövning av avtalets giltighet skulle inte ha begränsat skadan utan tvärtom ökat den. Det är inte möjligt att begränsa sin skada genom att leverera dosdispenserings tjänster till någon annan kund. Kunderna avseende dosdispenserings tjänster är uteslutande upphandlande myndigheter och Svensk dos har deltagit i samtliga upphandlingar och har därmed gjort vad man kunnat för att få andra uppdrag under den aktuella perioden. Svensk dos vitsordar i och för sig att man har haft avtal med Region Skåne, Region Norrland, Kriminalvården samt Region Stockholm och Region Gotland. Svensk dos bestrider dock att

något av dessa avtal har ingåtts som en följd av att Svensk dos inte fick uppdragen enligt Avtal I och Avtal II. Avtalen hade ingåtts även om Svensk dos skulle ha tilldelats uppdrag enligt Avtal I och Avtal II.

Regionerna har utvecklat sin talan enligt följande.

Närmare om tillämpligheten av LOU och LUK

Regionerna har under ca 10 års tid fram till dags datum sökt att genom ett annonserat förfarande enligt LOU respektive LUK teckna avtal med en dosdispenseringsleverantör. Regionerna har efterhand närmare granskat den faktiska ersättningsströmmen och de risker som föreligger ifråga om leveransen av tjänsten, betalning för tjänsten och Regionernas risk och roll i detta förfarande. Regionerna har dragit slutsatsen att det snarare är fråga om en koncession än ett köp av en tjänst som ska upphandlas enligt LOU. Dock har Regionerna nu konstaterat att inte heller LUK är tillämpligt på inköpet, då kriterierna för att upphandlingspliktig koncession ska föreligga enligt LUK och direktiv 2014/23/EU inte är uppfyllda. Ingen ersättning utgår enligt kontraktet, det finns inga ömsesidiga avtalsförpliktelser och det föreligger inte heller någon riskövergång. Regionens senaste annonserade upphandling av dosdispenserings tjänster genomförs i enlighet härmed, d.v.s. utan tillämpning av LOU eller LUK men genom ett konkurrensutsatt annonserat förfarande.

Regionernas inställning är i första hand att LOU/LUK inte är tillämpliga på kontrakten eftersom de inte utgör avtal med ekonomiska villkor. För att det ska anses föreligga ett avtal med ekonomiska villkor krävs enligt EU-domstolens praxis att den upphandlande myndigheten mot vederlag erhåller en prestation som är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten samt att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär (Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43 och där angiven praxis). Dessa förutsättningar gäller enligt både LOU och LUK. De nu ifrågavarande kontrakten innehåller inga ekonomiska villkor och inte heller rättsligt bindande

skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Notera härvid att Apotekstjänst redan innan kontrakten ingicks var den existerande leverantören och att några administrativa åtgärder i form av t.ex. migrering (överflyttning av samtliga patientdata) inte behövde utföras av Regionerna. Kontrakten utgör i själva verket en vederlagsfri tjänst med en ensidigt bindande förpliktelse för leverantören.

Regionerna erlägger ingen ersättning till Apotekstjänst för dosdispenserings-tjänsten. Istället för att Regionerna betalar för tjänsten är det vanligt förekommande att leverantörerna lägger ett s.k. nollanbud eller t.om. betalar regionerna för att tilldelas tjänsten genom s.k. minusanbud. Patienten debiteras istället upp till högkostnadsskyddet, dvs samma regler gäller för alla i behov av läkemedel oavsett om det paketeras såsom dos eller ej. Det belopp som överstiger högkostnadsskyddet erhåller leverantören från E-hälsomyndigheten, som i sin tur debiterar den aktuella regionen. Regionen erhåller sedan stöd för sin kostnad genom statsbidrag. För kontrakten och optioner på förlängningar av avtalstiden som nyttjades av Regionerna är priset för dosdispensering för en patient per dygn noll (0) kronor. Regionerna eller patienterna betalar således inte leverantören av dosdispensering för att utföra tjänsten utan ersättningen erhålls från annat håll, nämligen från den statliga E-hälsomyndigheten. Ersättningen utgår på samma sätt som för vanliga öppenvårdsläkemedel.

Svensk dos hänvisar till Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6763--6766-20 i vilket Kammarrätten ansåg att avtalet mellan parterna innebar rättsligt bindande skyldigheter för båda parterna och därmed var upphandlingspliktigt enligt LUK eftersom regionerna haft en skyldighet att medverka vid migrering av patientdata. Kammarrätten beaktade därvid inte det faktum att Apotekstjänst vid tillfället redan var befintlig leverantör av dosdispenserings-tjänster, varför någon förpliktelse om att medverka vid migrering (överflyttning av patientdata) inte förelåg för regionerna. Eftersom avtalet därmed inte innehöll några skyldigheter för regionerna

skulle talan rätteligen avvisats då upphandlingen varken omfattats av LOU eller LUK. Samma resonemang kan appliceras på nu ifrågavarande kontrakt eftersom något leverantörsbyte inte heller i detta fall varit aktuellt. I Avtal I hänvisas till villkoren för ett tidigare ramavtal och i Avtal II hänvisas till förfrågningsdokumenten i upphandling den 26 september 2019. Villkoren är dock, av förklarliga skäl eftersom det nu rör sig om direktupphandlingar, enbart tillämpliga i vissa delar. Apotekstjänst var redan innan ingåendet av Avtal I och II den existerande leverantören och t.ex. migrering är därmed inte aktuellt för ifrågavarande avtal. Någon annan skyldighet eller förpliktelse för regionerna föreligger inte enligt Avtal I och II.

Eftersom Regionerna inte har möjlighet att bedriva den tillståndspliktiga dosdispenseringstjänsten varom är fråga i målet har någon verksamhetsrisk aldrig funnits hos Regionerna. Någon riskövergång i den mening som avses i 1 kap. 2 § p. 3 LUK har således inte skett. Eftersom någon riskövergång inte kan anses ske vid denna typ av kontrakt kan det inte vara fråga om en koncession. LUK är således inte tillämpligt på denna typ av inköp och således inte heller på de direkttilldelade kontrakten som nu är i fråga.

Sammanfattningsvis föreligger det för inköp av dosdispenseringstjänster rent generellt samt för de direkttilldelade kontrakten inga tvingande skäl för Regionerna att använda LOU eller LUK — lagarna är snarare fakultativa. Eftersom avtalen varken är upphandlingspliktiga enligt LOU eller LUK kan något skadestånd grundat på dessa lagar inte heller utdömas.

Närmare om preklusionsfrågan

Regionerna har per mail redan den 12 september 2019 lagt fram ett förslag på avtalsinnehåll som godkändes samma dag av Apotekstjänst men sedan kom att formaliseras genom ett undertecknade den 9 oktober 2019. Apotekstjänst har således per mail accepterat avtalet i sin helhet den 12 september 2019. Genom att acceptera avtalet i sin helhet per mail har avtalsbundenhet uppstått mellan parterna, dvs,

parterna har slutit ett civilrättsligt bindande avtal innebärande att vissa rättigheter och skyldigheter uppstått. Att avtalet inte signerats förrän den 9 oktober 2019 saknar betydelse. Det saknas formkrav för hur avtal om direktupphandling ska ingås och dessa kan således även ingås muntligen eller som i detta fall, per e-post (se prop. 2001/02:142 s. 82). Uppgiften i mailkonversationen från den 28 augusti 2020 om att avtalet ingicks den 9 oktober 2019 syftar till det formaliserade avtalet, inte till den civilrättsliga avtalsbundenheten. I 2018 års avtal föreskrivs inget krav på undertecknande av ett skriftligt avtal för att bindande avtal ska vara för handen. Sådillvida att detta skulle anses vara ett krav uppfyller e-post enligt praxis kravet på skriftlighet. Talan om skadestånd ska enligt 20 kap. 21 § LOU väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten. Svensk dos väckte skadeståndstalan i Uppsala tingsrätt den 8 oktober 2021. Eftersom preklusionsfristen ska räknas från och med den tidpunkt då avtal slutits, dvs. den 12 september 2021, har Svensk dos rätt till skadestånd enligt LOU/LUK prekluderats. Avtal I inklusive Optionspåkallelsen ska ses som en helhet, 11 månader, eftersom förlängningen om 4 månader är en ensidigt rätt för Regionerna i förhållande till Apotekstjänst samt att även detta omfattas av parternas avtal den 12 september 2019. Talan avseende Avtal I inklusive Optionspåkallelsen (Period 1) ska därmed i första hand avslås i dess helhet. I andra hand gör Regionerna gällande att Svensk dos under alla omständigheter väckt talan för sent avseende den första 7-månadersperioden, dvs den 1 april 2020 till och med den 31 oktober 2020 (Avtal I), och att Svensk dos talan om rätt till skadestånd därför är prekluderad för denna period.

Närmare om det förelegat undantag från upphandlingsplikten

Av 6 kap. 15 § LOU och 19 kap. 7 § tredje stycket LOU [*dåvarande lydelse*] framgår att direktupphandling får ske om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett öppet eller selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig. I 19 kap. 7 § LOU

[dåvarande lydelse] resp. 15 kap. 6 § LUK framgår att direkttilldelning är tillåtet om det föreligger synnerliga skäl. Synnerliga skäl enligt 15 kap. 6 § LUK kan antingen åberopas för tjänster/koncessioner under tröskelvärdet eller om det som upphandlas omfattas av bilaga 3 till LUK. För tydlighetens skull ska förklaras att dosdispenseringstjänsten är och har upphandlats som en farmaceutisk tjänst.

Anskaffandet av tjänsten enligt de direkttilldelade kontrakten har varit absolut nödvändig och det har förelegat synnerlig brådska alternativt synnerliga skäl att leverera dosdispensering till patienterna. Det är Svensk dos som har bevisbördan för att direktupphandlingen var otillåten och att detta orsakat Svensk dos skada.

För den sammanlagda avtalsperiod som de två ifrågavarande direkttilldelade avtalen avser (den 1 april 2020-28 februari 2022) har inte mindre än fyra annonserade upphandlingar gjorts. I mars 2017 annonserades en upphandling avseende en avtalstid mellan den 1 mars 2018 och den 28 februari 2022 (Konkurren utsatt upphandling 3). Redan 2017 planerades således för det avtal som skulle löpa ända fram till 2022. Regionerna annonserade en ny upphandling den 20 maj 2019, avseende en avtalstid mellan den 1 mars 2020 och den 28 februari 2023 (Konkurren utsatt upphandling 4). Regionerna påbörjade en ny upphandling, vilken annonserades den 19 juni 2019, avseende en avtalstid mellan den 1 mars 2020 och den 28 februari 2023 (Konkurren utsatt upphandling 5). Denna överprövades också. Denna gång av Svensk dos. Den 26 september 2019 annonserade regionerna en upphandling avseende en avtalsperiod mellan den 1 oktober 2020 och den 30 september 2023 (Konkurren utsatt upphandling 6).

Majoriteten av de genomförda annonserade upphandlingarna har överprövats/avbrutits på grund av påpekanden från någon av de tre konkurrerande företagen. Regionernas upphandlingar den 19 juni 2019 respektive den 26 september 2019 har inte kunnat avslutas eftersom Svensk dos ansökt om

överprövning av den förstnämnda och Apotekstjänst ansökt om överprövning avseende Regionernas avbrytande av den sistnämnda. Svensk dos överprövning grundade sig i att Svensk dos ansåg att implementeringstiden var för kort. Apotekstjänst överprövning av Regionernas avbrytande av upphandlingen (som skett för att upphandlingen inte annonserats på korrekt sätt) grundade sig i att Apotekstjänst inte ansåg att upphandlingslagarna (i detta fallet LUK) alls är tillämpligt på denna typ av tjänst och att upphandlingen således inte behövde annonseras. Noterbart är att Regionernas senast genomförda upphandling den 22 oktober 2021 har skett utan tillämpning av LOU eller LUK, varför under inga omständigheter skäl för ingripande kan föreligga. Detta till trots har den tredje leverantören på marknaden – Apoteket – ansökt om överprövning under påstående att LUK är tillämpligt, vilket åter hindrar att ett konkurrensutsatt avtal kan tecknas innan förvaltningsrätten avvisat talan eller ett annat domslut vinner laga kraft. Det framgår tydligt att överprövningarna grundas på leverantörernas egna subjektiva önsknings och strävan efter att vinna kontraktet under påstående om att Regionerna förfarit felaktigt. De rättsliga prövningarna har dock enbart resulterat i en utdragen process att försöka få till ett upphandlat ramavtal.

Regionerna är inte ansvariga för att det skett rättsliga prövningar av merparten av genomförda upphandlingar, utan tvärtom framgår att de rättsliga processerna är resultatet av hård konkurrens mellan aktörerna på marknaden. Regionerna har under 10 års tid, dvs, alltsedan monopolet på marknaden avreglerades, enbart kunnat teckna ett fåtal ramavtal efter ett annonserat förfarande på grund av att aktörerna på marknaderna har satt i system att överpröva annonserade upphandlingar. Regionerna publicerade sina upphandlingar mellan 9 månader och ett år före avtalsstart och har därför med god marginal tagit höjd för eventuell överprövning i första instans. Den situation som Regionerna hamnat i till följd av de många överprövningsprocesserna har Regionerna inte kunnat räkna med.

Apotekstjänst ansökte om överprövning av Konkurrensutsatt upphandling 3 och förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om på grund av bristande transparens (Regionerna hade accepterat negativa priser trots att det inte kunde utläsas ur förfrågningsunderlaget). Eftersom samtliga leverantörer godtar negativa priser visar detta med tydlighet att överprövningen gjorts av en förlorande leverantör enkom för att stjälpa upphandlingsprocessen och för egen vinnings skull. Konkurrensutsatt upphandling 4 (20 maj 2019) var utformad enligt en modell där de två vinnande leverantörerna skulle erhålla kontrakt för var sitt område. Modellen var utformad för att kunna bibehålla konkurrensen på dosmarknaden efter att kritik mot upphandlingar av för stora kontrakt framförts i apotekmarknadsutredningens slutbetänkande (SOU 2018:53). Under anbudstiden inkom oväntat invändningen från en av leverantörerna att upphandlingen, så som den var utformad, inte var ekonomiskt kalkylerbar för anbudsgivarna. Det var således inte heller i detta fall fråga om ett upphandlingsfel utan på att regionerna försökt att tillgodose leverantörernas önskemål som framfördes först under upphandlingen. Även denna överprövning gjordes av en förlorande leverantör enkom för att stjälpa upphandlingsprocessen och för egen vinnings skull. Svensk dos ansökte om överprövning av Konkurrensutsatt upphandling 5 (19 juni 2019) och yrkade att upphandlingen skulle göras om på grund av för kort implementeringstid. Implementeringstiden hade i upphandlingen bestämts till 5,5 månader. För att slippa en tids- och kostnadskrävande process medgav regionerna Svensk dos talan och beslutade sig för att annonsera upphandlingen på nytt. Så blev tyvärr inte fallet utan Konkurrensutsatt upphandling 6 (26 september 2019) överprövades också av Svensk dos och Apoteket och avbröts därför av Regionerna. Avbrytandet har i sin tur överprövats av Apotekstjänst. Regionerna har den 22 oktober 2021 annonserat ytterligare en upphandling (Konkurrensutsatt upphandling 7), vilken också har överprövats och för närvarande hanteras i förvaltningsdomstolen.

Det kan konstateras att i samtliga dessa fall har Regionernas tilldelningsbeslut och i ett fall beslut om att avbryta upphandlingen överprövats av någon av de

tre konkurrerande företagen på marknaden. Det kan också konstateras att upphandlingarna *annonserats* i god tid – mellan 9 månader och 1 år innan avtalet skulle börja gälla. Det kan kort och gott konstaterats att leverantörerna ser möjligheten att överpröva vid varje genomförd upphandling. Vi vet alla att det är svårt att genomföra en 100-procent prickfri upphandling, trots att Regionerna verkligen vänt och vridit på upphandlingsunderlaget för att slutligen komma i mål. Anledningen till att Regionerna har tvingats direkttilldela beror således på en kedja av överprövningar och invändningar från tre missunnsamma konkurrerande leverantörer. I SOU 2015:12 s. 13 samt Konkurrensverkets remissvar till SOU 2015:12 (dnr 221/2015) anges att upphandlande myndighet bör kunna förutse att en upphandling begärs överprövad och att överprövning sker i en instans. Regionerna publicerade sina upphandlingar mellan 9 månader och ett år före avtalsstart och har därför med god marginal tagit höjd för eventuell överprövning i första instans. Regionerna har inte i sin vildaste fantasi kunnat föreställa sig att samtliga genomförda upphandlingar efter år 2016 skulle komma att överprövas med en sådan frenesi av den förlorande leverantören/leverantörerna i varje enskild genomförd upphandling efter 2016.

Situationen har medfört att det förelegat synnerlig brådska och synnerliga skäl att ingå de direkttilldelade kontrakten. Att många och utdragna överprövningsprocesser utgör skäl för att direkttilldela kontrakt framgår av praxis, se bl.a. Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2019 ref. 65.

Regionerna har en lagstadgad skyldighet att erbjuda en god hälso- och sjukvård till bosatta inom respektive region (se 8 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen). Eftersom Regionerna har ett trängande behov av att tjänsten ska tillhandahållas kontinuerligt samt kunna erbjuda obruten leverans av dosdispensering till patienterna har det vid de direkttilldelade kontrakten samt vid förlängningarna enligt optionerna förelegat synnerlig brådska samt synnerliga skäl för att säkerställa distributionen av

dosdispensering till de ca 55 000 patienterna. Anskaffningen har varit absolut nödvändig. Att produkten/tjänsten ifråga är oundgänglig för patienternas liv och hälsa torde vara ostridigt i målet. Särskilt mot bakgrund av att det endast är fråga om att ingå temporära avtal i avvaktan på att en ordinär upphandling kan slutföras borde det vara uppenbart att det föreligger sådana synnerliga skäl att direktupphandlingen som nu är ifråga är tillåten.

Det är korrekt uppfattat att kontraktsvärdet för Avtal I respektive Avtal II understiger tröskelvärdet såtillvida att LOU skulle anses vara tillämplig. Ingen ersättning utges av Regionerna till Apotekstjänst enligt Avtal I eller II och kontraktsvärdet är således 0 kr.

Närmare om att Svensk dos har lidit skada

Det stämmer inte att Svensk dos vid upphandlingsförfaranden skulle ha lämnat anbud och därmed haft realistiska möjligheter att tilldelas kontrakten. Svensk dos har bevisbördan för att Svensk dos skulle ha kunnat lämna anbud i en hypotetisk upphandling samt haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet. Svensk dos har vidare att åberopa och bevisa sådana sakomständigheter som enligt gällande rätt konstituerar upphandlingsfel och skada samt adekvat kausalitet däremellan.

Svensk dos har upprepade gånger invänt till Regionerna, både i form av överprövningsprocess samt utom rätta, att det behöver en mycket längre implementeringstid, t.o.m. motsvarande ett år från tilldelningsbeslutet och i vart fall längre än 8,5 månader från annonseringen, för att införskaffa produktionsresurser och personal för att kunna tillhandahålla Regionernas behov av dosdispensering. De uppgifter som Svensk dos har uppgett (om att Svensk dos saknade kapacitet att leverera den efterfrågade tjänsten med mindre bolaget garanterades en längre implementeringstid) och tillika grundat sin ovan nämnda överprövning på måste anses ha ett betydande bevisvärde och i princip vara bindande för Svensk dos. Leverantören ansvarar för riktigheten av de uppgifter som lämnas i upphandlingen (jfr 13 kap. 3 § 9 LOU / 11 kap. 4 §

första stycket 8 LUK). Regionerna har tagit Svensk dos invändningar på allvar och har av just denna anledning avbrutit den annonserade upphandlingen som genomfördes den 19 juni 2019 som bedömdes ha en implementeringstid om ca 5,5 månader. Att Regionerna avbrutit en upphandling då Svensk dos klagat på en alltför kort implementeringstid från tilldelningsbeslut till leveransstart saknar betydelse för ifrågavarande mål. En implementeringstid om 5,5 månader är inte generellt sett för kort. Övriga leverantörer på marknaden klarar normalt implementeringstider kring 8-9 månader från tilldelningsbeslut till leveransstart även då helt nya maskiner behöver köpas in. I praxis uppställs hårda krav på leverantörsförberedelser redan före anbudsgivning, se bl.a. HFD 2012 ref 48 I.

På dosmarknaden finns endast tre aktörer som har tillstånd att bedriva verksamhet och därmed har möjlighet att delta i en upphandling. Dessa aktörer är fullt medvetna om vilka upphandlingar som är på gång och kan därmed också göra de förberedelser som krävs. Dessa tre aktörer bör klara även större upphandlingar då de tre tillsammans delar på hela den svenska marknaden. Det finns således inte anledning att tillgodose önskemål om en längre implementeringstid, och mot bakgrund av rådande praxis inte heller någon sådan skyldighet. Noterbart är också att Regionerna inte har någon skyldighet enligt LOU/LUK att utjämna förhållanden mellan leverantörerna genom att ta höjd för att en leverantör har otillräcklig kapacitet att ta ytterligare uppdrag (jmf. Kammarrätten i Stockholms dom, mål nr 5995-14).

Apoteket AB har i samband med den nu pågående överprövningen av den sedermera konkurrensutsatta upphandlingen avseende dosdispenserings-tjänsten hos Regionerna utförligt redogjort för marknadsförutsättningarna och de krav som ställs på leverantörerna för att kunna uppfylla de krav som ett avtal om dosdispensering av den storlek det nu är fråga om kräver. Redogörelsen visar hur förutsättningarna blivit ännu svårare under Coronapandemin men ger ändå en tydlig bild av normaliteten på marknaden. Apoteket AB anger att leveranstiden för nya dispenseringsmaskiner normalt är 8-9

månader, vilket innebär att implementeringstiden bör ligga där någonstans i större kontrakt. Eftersom Svensk dos kräver 12 månader är det tydligt att Svensk dos inte haft en realistisk möjlighet att erhålla ett hypotetiskt upphandlat kontrakt. Det torde vara ostridigt att Regionerna inte kan lastas för följderna av Coronapandemin, vilket påverkar leveranskapaciteten och kräver en längre implementeringstid. Coronapandemin ska dock inte beaktas i en hypotetisk upphandling, det bör vara obesträtt i målet.

De förevarande kontrakten krävde en mycket snabb implementeringstid under den synnerliga brådska och övriga förutsättningar som förelegat vid tiden för kontraktsingåendena. Eftersom implementeringstiden som Svensk dos uppgett att det behöver för att kunna leverera tjänsten går utöver den implementeringstid som Regionerna är skyldiga att erbjuda leverantörerna har Svensk dos inte visat att det haft någon realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt vid vare sig ett ordinarie annonserat förfarande enligt LOU eller LUK (jfr HFD 2012 ref 48 I) och inte heller vid direkttilldelade kontrakt, såsom de nu förevarande, som kräver ännu snabbare implementeringstid. Därmed har Svensk dos inte heller visat att det lidit skada.

Varje avtalsperiod ska bedömas för sig utifrån de omständigheter som rådde vid det tillfället, exempelvis med avseende på vilka tjänster som har behövts och vilka försök som har gjorts att annonsera och slutföra en reguljär upphandling. Det kan således inte vitsordas att avtal vanligtvis ska gälla i fyra år eller att Svensk dos skulle ha haft kapacitet att lämna ett anbud i en sådan upphandling.

Omständigheten att Svensk dos har innehaft kontrakt med åtta (8) aktörer under den nu aktuella avtalsperioden för Avtal I och II visar att Svensk dos saknat kapacitet i form av större maskinparker av dispenseringsmaskiner, tillgång till lokaler samt tillgång till utbildad personal och därför krävt orimligt långa implementeringstider om minst 12 månader. Av samma skäl, d.v.s. brist på kapacitet, innebär de ovan nämnda kontrakten och den kapacitetsbrist dessa har medfört att Svensk dos saknat någon realistisk

möjlighet att erhålla ett hypotetiskt upphandlat kontrakt eller de nu förevarande Avtal I och II.

Närmare om skadans storlek

Regionerna kan inte vitsorda det sätt på vilket skadan beräknats eller något belopp i sig. Svensk dos har bevisbördan för skadans storlek. Även skadestånd som beräknas skönmässigt måste ha sin utgångspunkt i de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet såsom den påstått skadelidandes situation. Hänsyn ska sedan också bl.a. tas till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se Högsta domstolens avgörande i NJA 2000 s. 712).

I Svensk dos fall saknas såväl befintlig produktionsutrustning som personal och man har under den fem senaste åren, trots kraftig tillväxt, inte visat någon förmåga att driva verksamheten med vinst. Det finns således inga objektiva omständigheter alls som tyder på att Svensk dos skulle ha kunnat gå med vinst om det erhållit nu aktuella avtal. Det hade inte heller sedan tidigare någon produktion som kommit att stå oanvänd, dvs inga ersättningsgilla kostnader. Skadeberäkningen kan inte omfatta en längre period än de 30 månader som faktiskt omfattas av de ifrågavarande kontrakten. Den effektiva avtalstiden uppgår dock inte till 30 månader då en migreringsperiod uppgående till ca en månad alltid inleder och avslutar en hypotetisk avtalsperiod med en ny leverantör. Vid migreringen (byte av leverantör) samordnas patientlistor och data kring dospatienterna med den nya leverantören så av patientsäkerhetsskäl finns då två leverantörer – den existerande och den ny leverantören.

Den auktoriserade revisorn Carl-Johan Kjellman, BDO, har av Regionerna erhållit uppdraget att som sakkunnig bedöma huruvida Svensk dos beräkningar av utebliven vinst/resultatbortfall är korrekta, göra en bedömning huruvida den uppskattade skadan kan bedömas som sannolik, rimlig och skälig utifrån Svensk dos historiska intjäning och det underlag som det bygger på, och göra en jämförande beräkning utifrån det underlag

som Regionerna anser är relevant. Regionerna delar BDO:s bedömning att Svensk dos inte lidit någon ekonomisk skada och således saknar rätt till skadestånd.

I BDO:s beräkning baseras antal patienter på verkligt utfall för perioden januari till oktober 2021. Snittet per månad uppgår för denna period till 54 225 patienter och en ökning på 3,33 procent, d.v.s. avsevärt lägre än Svensk dos antagande. Regionerna kan inte vitsorda Svensk dos sätt att beräkna tillkommande kostnader, vilket ger en för låg kostnad per patient och därmed ett för högt resultatbortfall. BDO:s beräkning inkluderar inte någon justering av kostnaderna, utan den baseras på Svensk dos antaganden. Små förändringar i årskostnad per patient får dock mycket stort utslag i beräkningen. Resultatbortfallet som framgår i BDO:s utlåtande får därför fortsatt anses ligga mycket högt mot bakgrund av att kostnadsberäkningen ger för låga tillkommande kostnader.

En grundläggande fråga är vilken tjänst med tillhörande försäljning/intäkter som ingår i upphandlingen. Upphandlingen avser endast tjänsten dosdispensering inklusive de läkemedel som ska fördelas i dospåsarna. Försäljning av helförpackningar, dvs sådana läkemedel som inte portioneras i "dospåsarna" är inte en del i upphandlingen utan är att se som en möjlighet till merförsäljning av sådana varor till målgruppen. Jämför försäljningen av helförpackningar med till exempel möjligheten till försäljning av vanliga huvudvärkstabletter, tvål, schampo, tand- eller nagelvård.

Av kommersiella villkoren i det ramavtal som ligger till grund för Avtal I framgår bl.a. följande.

- Att leverantören åtar sig att leverera dosdispensering och dosexpeditering av läkemedel för öppenvård samt transporter till avtalade avhämtningsställen.

- Att upphandlingen avser dosdispensering och dosexpediering av förskrivna läkemedel för öppenvård samt transport till och utlämning på avtalade avhämtningsställen enligt beskrivning i koncessionsdokument
- Att dosdispensering är en patientnära och viktig tjänst med krav på hög och jämn kvalitet.
- Att avbrott i tjänsten kan medföra stor patientfara.
- Att upphandlingen inte omfattar tillhandahållandet av handelsvaror och andra produkter som inte är ordinerade i ”Pascal” men att leverantören inte är förhindrad att erbjuda samleverans av sådana varor till patienten.
- Att Regionerna inte garanterar några volymer för tjänsten till leverantören.

Pascal är en webbaserad tjänst för läkarnas förskrivning av läkemedel som även används vid förskrivning av läkemedel även till dospatienter.

Svensk dos beräkningar utgår från en genomsnittlig intäkt per patient inkluderande alla typer av helförpackningar, d.v.s. även andra intäkter än det som ingår i det upphandlade avtalet. Regionernas bestämda uppfattning är att endast intäkter kopplade till det som upphandlingen omfattar kan beaktas i Svensk dos beräkning avseende resultatbortfall. Försäljning av helförpackningar är således inget Regionerna styr över eller ens har kunskap om och det intäktsbortfallet är således en icke ersättningsgill skada. Det förhållande att en leverantör värderar ett kundregister för andra ändamål än det avsedda, dvs att ombesörja dosdispenseringstjänsten, innebär inte att värdet av sådana tjänster eller produkter – i detta fall benämnt ”helförpackningar” ingår i avtalet, vilket Svensk dos gör gällande.

Regionerna understryker att något avtal inte har tecknats med en löptid om 2 år och 6 månader. Regionerna har som längst tecknat avtal med löptid om 7 månader men har nödgats förlänga avtalet vid flertalet tillfällen genom optioner och nytecknande av direktupphandlingsavtal. Orsaken till detta har

varit att den ursprungliga upphandlingen var föremål för överprövning i domstol och att Regionerna var tvungna att invänta denna prövning. Regionerna önskade självklart att teckna ett konkurrensutsatt ramavtal istället för att förlänga direkttilldelade kontrakt. Att det skulle vara frågan om en systematisk och utdragen överträdelse av upphandlingsreglerna bestrids självfallet.

Svensk dos möjlighet att komma ifråga som leverantör av nu aktuella korta avtal ska bedömas av tingsrätten i första hand utifrån de faktiska förhållandena som rådde vid respektive avtalstecknande, dvs inte utifrån ett scenario om att det rörde sig om ett 3-4 årigt avtal som upphandlades. Detsamma gäller även för beräkning av den ekonomisk skadan.

Svensk dos synes mena att de resultat som framgår av bolagets fastställda årsredovisningar för de senaste fem åren inte kan ligga till grund för bedömning av deras yrkade ekonomiska skada i målet. Rimligtvis är inte ökade personalkostnaderna och avgifter till moderbolaget för administrationstjänster (s.k. management fees) under specifikt 2018 en väsentlig förklaring till den minskade lönsamheten under 2019 när volymen ökar. Det är vidare rimligt att avgifter till moderbolaget för administrationstjänster ökar när volymen i Svensk dos ökar kraftigt. Förväntan är att kostnaderna för avgifter till moderbolaget för administrationstjänster ökar när ett bolags verksamhet ökar kraftigt, vilket visar att de tjänster som köps in ökar när antalet patienter ökar, dvs. utgör en delvis rörlig kostnad som borde tas med i kalkylerna. Tjänsterna köps enligt uppgift i årsredovisningen in på samma villkor som tillämpas med externa parter. Vid korrekt prissättning finns vanligtvis en korrelation mellan stora ökningarna i verksamheten som bedrivs i dotterbolag och en ökad förbrukning av de tjänster moderföretaget tillhandahåller och därmed också kostnaderna för dessa tjänster.

Den övergripande slutsatsen från Regionerna, utifrån Svensk dos externa redovisning, är att bolaget har haft väldigt låg lönsamhet, för att inte säga

utebliven lönsamhet, de sista fyra åren som är tillgängliga (2017-2020). Mellan år 2019 och år 2020 (år som inte ska vara påverkade av 2-skift och avgifter till moderbolaget för administrationstjänster) ökade omsättningen med 16,5%. Rörelseresultatet var dock fortsatt negativt. Det är därmed inte visat annan slutsats än att bolaget inte lyckas konvertera volymökningar till någon rörelsevinst.

Närmare om jämkning

Regionerna anser i första hand att Svensk dos inte har lidit någon skada eftersom de ingått andra dosdispenseringsavtal den aktuella perioden och således kunna eliminera (begränsa) sin påstådda ekonomiska skada genom ingåendet av andra direktupphandlingsavtal - med Region Norrland (Region Västernorrland, Region Jämtland, Region Härjedalen och Region Norrbotten), direktupphandlingsavtal med Region Skåne samt avtal med Kriminalvården. Svensk dos omsättning redovisar en kraftigt ökad omsättning de aktuella åren utan att ha tilldelats dosdispenseringsavtalen som prövas i målen. Oaktat detta bör under alla omständigheter skadeståndet jämkas till 0 kronor. Syftet med bestämmelsen om överprövning är att en leverantör ska kunna angripa en feltillämpning på ett så tidigt stadium att det ska vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer (prop. 1992/93:88 s. 101). Vidare finns det, enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer, en skyldighet för den skadelidande att begränsa sin skada.

HD har i NJA 2013 s. 762 anfört att om en överprövning leder till rättelse av ett upphandlingsfel avvärs oftast den skada som annars skulle kunna uppstå. Att en domstol ska kunna ta ställning till ett påstått fel innan en faktisk skada har uppstått är en av avsikterna med överprövningsinstitutet (p. 22 i domen). I NJA 2016 s. 369 har HD uttalat att det anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol om en sådan hade kunnat fylla en reell funktion (p. 33 i domen). Även i NJA 2018 s. 1127 konstaterar HD att "rätten till skadestånd kan vara

beroende av att leverantören gör vad han kan för att undvika eller minska sin skada. Det kan i regel krävas att leverantören angriper den felaktiga upphandlingen genom att begära överprövning" (p. 26 i domen). Svensk dos har inte, i enlighet med de möjligheter som står till buds i LOU och LUK (20 kap. 13 § LOU respektive 16 kap. 13 § LUK), ansökt om överprövning av avtalens giltighet. I detta fall hade, oaktat tidigare domar i liknande mål, förvaltningsrätten haft en reell möjlighet att besluta att avtalen skulle ogiltigförklaras. Svensk dos antagande om motsatsen eller avtalets fortgång är inte tillräckligt för att det inte ska anses oaktsamt att underlåta att föra en ogiltighetstalan. Huruvida Regionerna riskerat att betala upphandlingsavgift på talan av Konkurrensverket är således ovidkommande i sammanhanget. Svensk dos har inte begränsat sin skada. Skadeståndet ska därmed jämkas till 0 kr.

Vidare ska jämkning ske eftersom Regionerna inte haft någon rådighet över de många och långdragna överprövningsprocesserna som bl.a. Svensk dos inlett, dvs. Svensk dos eget handlande har i stor utsträckning själva bidragit till att något konkurrensutsatt avtal inte kunnat slutas. Leverantörernas överklagande och domstolarnas långa handläggningstid har medfört att Regionerna inte kunnat slutföra ett annonserat upphandlingsförfarande sedan 2012. Ett eventuellt skadestånd ska därmed även av denna anledning jämkas till 0 kr.

Regionerna har därmed gjort vad de rimligen kunnat, med beaktande av patientsäkerheten, för att så snabbt som möjligt få till stånd ett annonserat upphandlingsförfarande.

UTREDNINGEN I TINGSRÄTTEN

På **Svensk dos** begäran har partsförhör hållits under sanningsförsäkran med André Sjöblom, Head of Service Category dose och extern firmatecknare på Svensk dos, och

vittnesförhör med *Erik Hedin*, Buisness Controller på Svensk dos, och *Mats Fagerlund*, Head of Advisory på Grant Thornton.

På **Regionernas** begäran har vittnesförhör hållits med *Thomas Lindqvist*, vice ordförande läkemedelskommittén Region Uppsala, leg. Apotekare och farm. Dr, vårdkvalitetsenheten hos Region Uppsala, *Anna Thörn*, Farmaceut, Läkemedelscentrum, Hälso- och sjukvårdsförvaltningen, Universitetssjukhuset i Örebro, *Tomas Hilmo*, dostjänstansvarig hos Apotekstjänst Sverige AB, *Rune Kaalhus*, specialistläkare i allmän medicin, och *Carl-Johan Kjellman*, auktoriserad revisor på BDO.

Parterna har åberopat omfattande skriftlig bevisning.

Tingsrätten har i delar hållit förhandlingen bakom stängda dörrar på grund av sekretess till följd av företagshemligheter.

DOMSKÄL

Tillämpligt regelverk

Den första frågan tingsrätten har att ta ställning till är vilket regelverk som är tillämpligt vid prövningen av om ingåendena av Avtal I och Avtal II varit tillåtna eller inte och av Svensk dos rätt till skadestånd.

Svensk dos har argumenterat för att förutsättningarna är uppfyllda för att lagen om offentlig upphandling (LOU) alternativt enligt lagen om upphandling av koncessioner (LUK) skulle vara tillämpliga, medan Regionerna har gjort gällande att varken LOU eller LUK skulle vara tillämpliga.

Enligt 1 kap. 13 § LUK avses med koncession ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där kontraktet utgör antingen en byggkoncession eller en tjänstekoncession,

ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och kontraktet innefattar att en verksamhetsrisk övertas av koncessionshavaren.

Med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda och med övertagande av verksamhetsrisk avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara (1 kap. 22 och 23 §§ LUK).

Det är ostridigt att betalningen för dostjänsten går till på följande sätt. De personer i de aktuella regionerna som nyttjar dostjänsten (de s.k. dospatienterna) betalar för läkemedlen upp till högkostnadsskyddet och dosleverantören får ersättning från E-hälsomyndigheten avseende beloppen som överskrider respektive patients högkostnads-skydd. E-hälsomyndigheten debiterar i sin tur regionerna för de utbetalda beloppen och regionerna får därefter ersättning genom statsbidrag.

Det dosleverantören får betalt för av dospatienterna är i första hand ersättningen för de läkemedel som leverantören får ensamrätt att sälja när den dosdispenserar, men dosleverantören får även intäkter från den merförsäljning som ensamrätten att dosdispensera för med sig. Av vad parterna framfört och vad som framkommit tydligt i den del av målet som rör beräkning av skadestånd utgör ersättningen för s.k. helförpackningar och ersättningen från sidoavtal rörande direktleveranser till vissa dospatienter i praktiken en intäkt av betydelse som leverantörer räknar in i sina anbuds-kalkyler. Detta oavsett om leverantörens försäljning sker med ensamrätt eller inte till följd av tjänsten.

Till beloppet som dospatienterna betalar tillkommer den s.k. dospengen som är ett avtalat belopp som den aktuella regionen betalar per dospatient och dygn. Det är

ostridigt att dospengen endast utgör en mindre del av de intäkter som tjänsten leder till och som dosleverantören räknar med inför en upphandling och att dospengen på senare tid till och med varit negativ, dvs. att dosleverantören betalar ett visst belopp per dospatient och dygn för att få tillhandahålla tjänsten och för att få tillgång till det aktuella kundunderlaget.

Vid bedömningen av om ett kontrakt innehåller ekonomiska villkor på sätt som krävs enligt LUK, ska en funktionell bedömning av det aktuella avtalet göras. Det innebär att avgörande är vad avtalet i realiteten innebär för parterna och alla förvärv med någon form av motprestation som har ett ekonomiskt värde omfattas. Det är ostridigt att dosleverantören i de aktuella avtalen, genom kopplingen till ett digitalt kundregister, ensamt får tillgång till dospatienterna när det gäller tillhandahållande av tjänsten dosdispensering och dosexpediering. Ensamrätten avseende tillhandahållandet av tjänsten, som Regionerna genom avtalet ger dosleverantören, har ett ekonomiskt värde för leverantören oavsett om Regionerna betalar ut någon positiv dospeng. Att dosleverantörens prestation har ett ekonomiskt värde är uppenbart. Tingsrätten bedömer därmed att avtalen utgör kontrakt med ekonomiska villkor.

Betalning utgår i den mån tjänsterna nyttjas och dosleverantörens intäkter beror därmed på hur många dospatienter som finns inom respektive region vid varje given tidpunkt. Att dosleverantören inte är garanterad någon viss försäljningsvolym och det heller inte står klart att gjorda investeringar och kostnader som uppstår vid fullgörandet av avtalet kompenseras av intäkterna innebär att dosleverantören tagit på sig en verksamhetsrisk. Huruvida denna verksamhetsrisk tidigare har varit placerad hos den upphandlande myndigheten eller hos en tidigare leverantör är av underordnad betydelse i sammanhanget. Sammantaget anser tingsrätten att avtalen är att se som en tjänstekoncession.

Frågan om preklusion/preskription

Nästa fråga tingsrätten har att ta ställning till är om talan om skadestånd avseende perioden som avser Avtal I till någon del skulle vara prekluderad/preskriberad.

Regionerna har invänt att talan hänförlig till Avtal I är prekluderad/preskriberad mot bakgrund av att ettårsfristen hade passerat när stämningsansökningarna ingavs alternativt att rätten till skadestånd är prekluderad avseende den första sju månadersperioden, dvs. den 1 april 2020 till den 30 oktober 2020. Regionerna har därvid gjort gällande att avtalet ingicks den 12 september 2019 när Apotekstjänst via e-post bekräftade avtal med villkor enligt det tidigare avtalet.

Svensk dos har invänt att avtalet ingicks den 9 oktober 2019 när Apotekstjänst undertecknade det skriftliga direktupphandlingsavtalet.

Av 16 kap. 21 § LUK följer att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft och att rätten till skadestånd annars är förlorad.

Stämningsansökan avseende den aktuella perioden inkom till tingsrätten den 8 oktober 2020.

Tingsrätten bedömer att avtalet slöts den 9 oktober 2019 då Apotekstjänst undertecknade det skriftliga direktupphandlingsavtalet. Att avtalet inte ingicks den 12 september 2019 framgår av e-postkonversationen mellan Petter Karlsson och Tomas Hilmo där Petter Karlsson från Region Uppsala skriver att regionen vill teckna avtal med villkor enligt dagens avtal och att avtalsskrivning ska ske senare om Apotekstjänst tycker att förslaget är okej. En version av avtalsförläggningen skickades först tre veckor senare, den 3 oktober 2019. I det tidigare avtalet, vars villkor Petter Karlsson hänvisar till i e-postmeddelandet den 12 september 2019, är uttryckligen angivet att

bindande avtal föreligger först när båda parter har undertecknat avtalet. Vidare har Regionerna, vid kontakt med Svensk dos, i augusti 2020 uttryckligen angivit att avtalet ingicks den 9 oktober 2019, vilket talar för att Regionerna vid den tidpunkten, i ett sammanhang som gällde skadestånd med anledning av direktupphandlingen, inte var av uppfattningen att avtalet slutits redan i september 2019. Vad Tomas Hilmo från Apotekstjänst har berättat om att han efter e-postkonversationen den 12 september 2019 informerade personalen om att avtalet skulle förlängas ändrar inte tingsrättens bedömning av när den civilrättsliga bundenheten uppstod. Sammantaget anser tingsrätten att det är visat att Avtal I slöts den 9 oktober 2019 när Apotekstjänst som sista part undertecknade avtalet och att talan därmed inte till någon del är prekluderad/preskriberad.

Har det förelegat förutsättningar för direktupphandling?

Det är ostridigt att Regionerna vid ingåendet av Avtal I och Avtal II inte har annonserat tilldelningen av koncessionen enligt 15 kap. 5 § LUK. Regionerna har gjort gällande att direkttilldelningarna av kontrakten har varit tillåtna då det förelegat synnerliga skäl enligt 15 kap. 6 § LUK, medan Svensk dos har gjort gällande att direktupphandlingarna varit otillåtna då det inte har förelegat synnerliga skäl att genomföra dem.

En koncession får tilldelas genom direktupphandling bl.a. om det finns synnerliga skäl (15 kap. 6 § LUK). Av förarbetena framgår att med synnerliga skäl avses framför allt akut brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten och att brådska på grund av egen bristande planering inte ger rätt till direktupphandling (prop. 2015/16:195 s 891).

Det är ostridigt att dosdispenseringstjänsten har stor påverkan på människors liv och hälsa och att avbrott i tjänsten skulle medföra allvarliga konsekvenser. Det är vidare ostridigt att Apotekstjänst har varit dosleverantör till Regionerna utan avbrott sedan år 2012 enligt ett upphandlingsavtal som löpte ut 2016, att avtalet vid flertalet tillfällen förlängts samtidigt som Regionerna har försökt att genomföra nya upphandlingar och

att upphandlingsförsöken inte har lyckats i och med att upphandlingarna antingen har avbrutits i förtid av Regionerna efter invändningar från någon av leverantörerna eller att förvaltningsdomstolar har förordnat att upphandlingarna ska göras om efter att någon av leverantörerna begärt överprövning.

Regionerna har sedan lång tid innan det senaste upphandlade avtalet löpte ut varit medvetna om att det skulle bli nödvändigt att upphandla ett nytt dosdispenseringsavtal som skulle ta vid när det upphandlade avtalet löpte ut. De direktupphandlingar som målet handlar om avser direktupphandlingar genomförda år 2019 och 2020, vilket är flera år efter att det senaste upphandlade avtalet löpte ut. Även om det varit brådskande och nödvändigt för Regionerna att ingå de aktuella direktupphandlingarna vid de aktuella tidpunkterna i och med att avbrott i dospatienternas tillgång till tjänsten skulle medföra allvarliga konsekvenser och något nytt upphandlat avtal inte ingåtts, har det ålegat Regionerna att i god tid före utgången av det tidigare upphandlade avtalets löptid, dvs. den 31 mars 2016, genomföra en ny upphandling för att få till stånd ett nytt upphandlat avtal i tid. Regionerna hade trots att lång tid passerat inte lyckats genomföra en upphandling i enlighet med upphandlingsreglerna då Avtal I ingicks den 9 oktober 2019. Att en regelrätt upphandling inte genomförts innan dess beror inte på en överprövningsprocess som har dragit ut på tiden, utan på att Regionerna, trots flera försök och under en period av flera år, inte har lyckats presentera ett lagenligt förfrågningsunderlag med efterföljande lagenligt upphandlingsgenomförande. Oavsett om invändningarna och överprövningarna skulle ha gjorts på grund av särskilda överprövningstendenser hos de aktuella konkurrerande leverantörerna så har det förelegat brister från Regionernas sida som har möjliggjort leverantörernas invändningar och föranlett Regionernas avbrytandebeslut samt förvaltningsdomstolarnas förordnanden om att upphandlingarna skulle göras om. Under dessa omständigheter anser tingsrätten att den brådska som varit för handen vid de tidpunkter då Regionerna ingick Avtal I respektive Avtal II kan tillskrivas Regionerna på ett sådant sätt att det inte kan anses ha förelegat sådana synnerliga skäl som gör direktupphandlingarna tillåtna enligt LUK. Eftersom Regionerna genomfört

direktupphandlingar utan att sådana varit tillåtna har de inte följt bestämmelserna i LUK.

Frågan om skadestånd

Eftersom Regionerna inte har följt bestämmelserna i LUK ska de enligt 16 kap 20 § LUK ersätta den skada som därigenom har uppkommit för leverantören. Därvid är av betydelse rättsfallen NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349 som sammanfattningsvis bör tolkas på följande sätt. I samtliga fall där överträdelse av upphandlingsreglerna kan konstateras och leverantörerna kan göra det sannolikt att denne skulle ha vunnit upphandlingen – felet förutan – ska ersättning utgå med det positiva kontraktsintresset, det vill säga det belopp som försätter leverantören i samma läge som om denne vunnit upphandlingen. I de situationer där det inte är enkelt att fastställa vilken leverantör som skulle ha vunnit upphandlingen bör det vara möjligt för en leverantör som sannolikt skulle ha lämnat anbud och haft en realistisk möjlighet att vinna upphandlingen, att erhålla ersättning som uppgår till mer än endast nedlagda kostnader. I dessa fall kan dock inte utgångspunkten vara att leverantören får ersättning för det positiva kontraktsintresset. I stället bör ersättningen utgå med ett skäligt uppskattat belopp där hänsyn tagits till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.

Regionerna har gjort gällande att Svensk dos inte skulle ha lämnat anbud vid upphandlingsförfaranden och därmed inte haft realistiska möjligheter att tilldelas kontrakten samt att Svensk dos behövde längre implementeringstid än vad som skulle kunna komma ifråga.

Av förhöret med André Sjöblom, Head of Service Category dose på Svensk dos, framgår att för det fall Regionerna genomfört en konkurrensutsatt upphandling i stället för att ingå Avtal I och II skulle Svensk dos ha deltagit. Svensk dos skulle inte heller kräva längre implementeringstid än andra aktörer. Tingsrätten finner inte anledning ifrågasätta detta eftersom Svensk dos deltagit i andra upphandlingar och även ingått flera avtal. Vidare anser tingsrätten att det är visat att Svensk dos haft en realistisk

möjlighet att vinna upphandlingen. Svensk dos ska således enligt tidigare angiven praxis tillerkännas ett skäligt uppskattat skadeståndsbelopp med beaktande av bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.

Svensk dos har gjort gällande att skadestånd ska utgå med det så kallade positiva kontraktsintresset varvid bolaget begärt ersättning med utgångspunkt från en beräkning grundad på bolagets uteblivna vinst multiplicerad med sannolikheten (1/3) för att få det aktuella kontraktet om en upphandling hade skett. För att bedöma bolagets utsikter till vinst har Svensk dos beräknat avtalens omsättning och vinst för att sedan räkna av tillkommande kostnader för personal, hyra och investeringar etc. som är direkt hänförliga till ett ökat patientantal. I beräkningen har genomsnittligt antal patienter angivits till 54 398 stycken varvid Svensk dos utgått från den senast tillgängliga uppgiften om patientantal i Regionerna. Omsättningen per patient under perioden har angivits till 27 281 kr utgående ifrån befintliga avtal med Region Stockholm/Gotland samt Region Skåne. Den totala omsättningen blir därmed 1 484 mnkr. Bruttomarginalen (före dospeng) har angivits till 19,0 procent och motsvarar Tandvårds- och läkemedelsförmånsverkets genomsnittliga handelsmarginal för dosapotek under de senaste åren, som även ligger i linje med Svensk dos historiska handelsmarginal. Total dospeng under perioden har angivits till -6,2 mnkr varvid i skadeberäkningen angivits en dospeng som motsvarar Svensk dos senast erbjudna dospeng om minus 13 öre. Bruttovinst efter dospeng uppgår till 275,7 mnkr kr. Tillkommande kostnader uppgår till 198,5 mnkr varvid man vid analysen haft som utgångspunkt Svensk dos kostnadsökning vid ingående av bolagets senaste befintliga kontrakt. Investeringar beräknas kosta 5,5 mnkr. Totalt resultatbortfall uppgår till 71,7 mnkr, varvid en tredjedel uppgår till 23,9 mnkr. Beloppet har delats upp på de olika regionerna utifrån antal patienter inom regionen.

Regionerna har inte vitsordat det sätt på vilket skadan beräknats eller något belopp i sig samt gjort gällande att Svensk dos saknar såväl befintlig produktionsutrustning som personal och bolaget har under de fem senaste åren, trots kraftig tillväxt, inte visat någon förmåga att driva verksamheten med vinst. Det finns således inga objektiva

omständigheter alls som tyder på att Svensk dos skulle ha kunnat gå med vinst om bolaget erhållit aktuella avtal. Den effektiva avtalstiden uppgår till ca 28 månader då en migreringstid uppgående till ca en månad inleder och avslutar en avtalsperiod med en ny leverantör. Revisorn Carl-Johan Kjellman har, hörd i målet, särskilt gjort invändningar angående Svensk dos beräknade bruttovinstmarginal, tillkommande kostnader och investeringskostnad. Angiven bruttovinstmarginal är ett genomsnitt av andra avtal Svensk dos har och dessa uppvisar högst väsentligen olika bruttovinstmarginaler. Att ta ett genomsnitt från andra avtal utan att beakta de specifika förutsättningar som aktuella regioner har, resulterar i ett felaktigt beräkningsunderlag. Kostnad per patient har schablonmässigt justerats ner från presenterat utfall år 2019 då kostnaden var 1 900 kr till 1 500 kr motiverat av en förväntad minskning då patientvolymen ökar. Regionernas beräkningar visar att det inte föreligger något resultatbortfall.

Tingsrätten finner främst med anledning av vad som framkommit genom förhören med Mats Fagerlund och Carl-Johan Kjellman att Svensk dos bedömning av resultatbortfallet framstår som rimlig i alla delar förutom beträffande tillkommande kostnader. Av förhöret med Mats Fagerlund framgår att Svensk dos övriga kostnader per patient 2014 uppgick till 2 100 kr, 2015 till 2 200 kr, 2016 till 2 600 kr, 2017 till 1 900 kr, 2018 till 1 900 kr och 2019 till 1 800 kr. Under åren 2014-2016 var antalet patienter i stort sett samma. En ökning av antalet patienter skedde 2017 och 2018. En väsentligt större ökning skedde 2019. Det har gjorts gällande att det är rimligt att räkna med att en ökad patientvolym minskar Svensk dos övriga kostnader per patient. Tingsrätten anser inte att detta påstående vinner stöd av de siffror som redovisats eftersom den stora ökning som skedde av antalet patienter 2019 endast medförde en marginellt mindre kostnad per patient. Mot bakgrund av de uppgifter som redovisats och vid en försiktig beräkning finner tingsrätten att tillkommande övriga kostnader kan antas uppgå till 250 mnkr istället för 198,5 mnkr varvid Svensk dos uteblivna vinst kan beräknas till 20,2 mnkr. Tingsrättens uträkning bygger därvid på en kostnad per patient om 1 900 kr.

I likhet med vad Svensk dos har gjort gällande finner tingsrätten att vid bedömning av vad som kan anses vara ett skäligt uppskattat skadeståndsbelopp ska utebliven vinst multipliceras med sannolikheten (1/3) för att få det aktuella kontraktet om en upphandling hade skett. Ett skäligt uppskattat skadeståndsbelopp uppgår därmed till 6,7 mnkr som ska fördelas på de olika regionerna utifrån antal patienter.

Regionerna har gjort gällande att skadeståndet ska jämkas till 0 kr då Svensk dos har underlåtit att begränsa sin skada medan Svensk dos har gjort gällande att det inte föreligger skäl för jämkning när Svensk dos gjort vad man kunnat för att begränsa sin skada.

Vad Regionerna gjort gällande om att Svensk dos borde ha begärt överprövning av direktupphandlingen m.m. saknar relevans och skadeståndet ska därmed inte jämkas.

Rättegångskostnaden

Svensk dos har yrkat skadestånd med tillhoppa 23,8 mnkr men endast vunnit bifall beträffande skadestånd om 6,7 mnkr. Tingsrätten anser dock inte att utgången i målet utan vidare kan bli bestämmande för hur ansvaret för rättegångskostnaderna ska fördelas. I målet har även bedömts frågor om vilket regelverk som är tillämpligt, om en del av skadeståndet kan anses prekluderat/preskriberat samt om det förelegat förutsättningar för direktupphandling. Svensk dos får anses vara vinnande i dessa delar. Tingsrätten finner sammantaget att vardera parten får anses vara vinnande till lika stor del varvid vardera parten ska stå sina egna rättegångskostnader.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (TR-02)

Överklagande, ställt till Svea hovrätt, inges till tingsrätten senast den 25 maj 2022.

Mats Sandmark

Carina Asplin

Rebecka Ahlgren



Hur man överklagar

Dom i tvistemål, tingsrätt

TR-02

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

Överklaga efter att motparten överklagat

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

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

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

Så här gör du

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

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

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

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

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

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i hovrätten

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

Hovrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill du veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.