



BLENDOW

LEXNOVA

LEXNOVA NYHETER

Apoteksbolag får en tredjedel i skadestånd för regionernas direktupphandling

Publicerad

24 AUG 2022

Sju regioner döms att betala cirka en miljon kronor vardera till ett apoteksbolag för att ha gjort direktupphandlingar rörande dosdispenserings tjänster i strid med reglerna, en tredjedel av begärd ersättning. Tingsrätten beaktar överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.

Svensk Dos AB är ett bolag som samlat all dosverksamhet till Apoteket Oden i Uppsala, en dosfabrik som utöver förpackning av dosläkemedel bedriver distanshandel med läkemedel.

Enligt Svensk Dos har Regionerna Uppsala, Dalarna, Värmland, Gävleborg, Sörmland, Västmanland och Örebro ingått två dosdispenseringsavtal utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU alternativt 8 kap. 1 § LUK. Upphandlingen av avtalen omfattas av LOU alternativt LUK men förutsättningar att ingå avtal utan föregående annonsering enligt LOU alternativt LUK har inte förelegat. Ingåendet av avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling och ett brott mot LOU alternativt LUK.

I första hand bestrider regionerna 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.

Svensk Dos uppger att bestämmelserna om offentlig upphandling – LOU alternativt LUK – är tillämpliga på de bägge avtalen. Svensk dos inställning är att avtalen 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).

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.

Uppsala tingsrätt konstaterar inledningsvis att 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.

Det är ostridigt att betalningen för dostjänsten går till på följande sätt. De personer i de aktuella regionerna som nyttjar dostjänsten (de så kallade dospatienterna) betalar för läkemedlen upp till högkostnadsskyddet och dosleverantören får ersättning från E-hälsomyndigheten avseende beloppen som överskrider respektive patients högkostnadsskydd. 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 så kallade 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.

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.

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.

Tingsrätten kommer dock fram till att den brådska som varit för handen vid de tidpunkter då regionerna ingick de två avtalen 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.

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.

Tingsrätten ifrågasätter inte att Svensk Dos skulle ha deltagit i upphandlingen och att bolaget 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.

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 miljoner kronor som ska fördelas på de olika regionerna utifrån antal patienter.

Svensk Dos hade yrkat skadestånd med tillhoppa 23,8 miljoner men endast vunnit bifall beträffande skadestånd om 6,7 miljoner alltså. 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 föreläggat 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.

Mikael Kindbom

Instans: Tingsrätterna

Rättsområden: [Hälsa- och sjukvårdsrätt](#), [Köprätt](#), [Konkurrensrätt](#)

LEXNOVA NYHETER

Juridisk nyhetsbevakning och rättsdatabas

Blendow Lexnova är Sveriges mest omfattande juridiska nyhetstjänst. Vår bevakning innefattar rättsfall, lagstiftning och förarbeten inom samtliga rättsområden. Genom skräddarsydda bevakningsprofiler säkerställer du kontinuerlig uppdatering av rätt information och slipper nyhetsflöden som inte berör dig.

Läs mer på lexnova.se/nyheter