



UPPSALA TINGSRÄTT

DOM

2024-03-15

Meddelad i

Uppsala

Mål nr

T 946-23, T 953-23,

T 965-23, T 997-23,

T 958-23, T 1002-23,

och T 1005-23

PARTER**Kärande**

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

Ombud: advokaterna Carl Norén och Olof Larsberger, Kastell Advokatbyrå AB,
Box 7169, 103 88 Stockholm**Svarande**

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

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

3. Region Gävleborg, 232100-0198, 801 88 Gävle

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

5. Region Värmland, 232100-0156, 651 82 Karlstad

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

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

Ombud: advokaterna Per Åberg och Natalie Svensson samt biträdande juristen Robin
Bringsén, Ax Advokatbyrå Kommanditbolag, Drottninggatan 20–22,
252 21 Helsingborg

Domslut, se nästa sida.

Dok.Id 1229306

PostadressBox 1113
751 41 Uppsala**Besöksadress**

Smedsgränd 22

Telefon

018-431 61 01

E-post: uppsala.tingsratt.a1@dom.se

www.uppsalatingsratt.domstol.se

Telefax**Expeditionstid**

måndag – fredag

08:00–16:00

DOMSLUT

1. Region Uppsala ska till Svensk dos AB betala 1 540 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
2. Region Dalarna ska till Svensk dos AB betala 1 450 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
3. Region Gävleborg ska till Svensk dos AB betala 1 460 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
4. Region Sörmland ska till Svensk dos AB betala 1 370 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
5. Region Värmland ska till Svensk dos AB betala 1 510 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
6. Region Västmanland ska till Svensk dos AB betala 1 300 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
7. Region Örebro län ska till Svensk dos AB betala 1 370 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022 till dess betalning sker.
8. Region Uppsala, Dalarna, Gävleborg, Sörmland, Värmland, Västmanland och Örebro län ska enligt följande fördelning ersätta Svensk dos AB:s rättegångskostnader, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker:
 - Region Uppsala, 367 079 kr, varav 272 858 kr avser ombudsarvode,
 - Region Dalarna, 367 078 kr, varav 272 857 kr avser ombudsarvode,

- Region Gävleborg, 367 078 kr, varav 272 857 kr avser ombudsarvode,
- Region Sörmland, 367 078 kr, varav 272 857 kr avser ombudsarvode,
- Region Värmland, 367 079 kr, varav 272 857 kr avser ombudsarvode,
- Region Västmanland, 367 078 kr, varav 272 857 kr avser ombudsarvode, och
- Region Örebro Län, 367 078 kr, varav 272 857 kr avser ombudsarvode.

9. Sekretessbestämmelsen 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 aktbilaga 41, 62, 112, 138, 152, 155, 156, 163 och 164 i mål T 946-23 som lagts fram inom stängda dörrar. På samma sätt ska sekretessen bestå rörande de uppgifter som André Sjöblom, Mats Fagerlund och Carl-Johan Kjellman lämnat i förhör som hållits inom stängda dörrar.

BAKGRUND**Inledning**

Målen rör skadestånd på upphandlingsrättslig grund enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) alternativt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Region Dalarna, Region Gävleborg, Region Sörmland, Region Uppsala, Region Värmland, Region Västmanland och Region Örebro Län (Regionerna) samarbetar inom upphandlingsklustret ”7-klöver” med bland annat upphandlingar av dosdispensering. Regionerna i 7-klöver omfattar tillsammans cirka 55 000–60 000 dospatienter, vilket motsvarar ungefär en femtedel av marknaden för dosdispensering i Sverige. Värdet av försäljningen av dosdispenserade läkemedel i Regionerna uppgick under perioden januari 2021 – oktober 2021 till 386 542 659 kr. Värdet av försäljningen av läkemedel i helförpackning i Regionerna uppgick under samma period till 431 505 371 kr.

Svensk dos AB (Svensk dos) är en av tre leverantörer som är verksamma på den svenska marknaden för dosdispensering och dosexpediting. De andra två leverantörerna är Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) och Apoteket AB (Apoteket). Svensk dos är befintlig leverantör till Kriminalvården samt till privata kunder. Bolaget var fram till januari 2023 leverantör till upphandlingsklustren Stockholm/Gotland, fram till maj 2023 leverantör till norrlandsregionerna Västerbotten, Västernorrland, Jämtland, Härjedalen och Norrbotten, samt fram till september 2022 leverantör till Region Skåne.

Maskinell dosdispensering och dosmarknaden

Maskinell dosdispensering innebär att tabletter och kapslar tas ur de förskrivna läkemedlens ursprungsförpackningar och ompaketeras maskinellt till särskilda dospåsar för enskilda patienter. Därefter levereras dospåsarna direkt till patienterna på särskilda boenden eller till närliggande apotek för uthämtning. Varje dospåse

innehåller de läkemedel som en patient ska ta vid ett visst tillfälle. Läkemedel som dispensereras maskinellt kan förenklat benämnas dosläkemedel.

Dosläkemedel är ett alternativ till traditionell läkemedelshantering, för patienter med regelbunden och stabil medicinering som inte kan klara sin läkemedelshantering på egen hand. Syftet med dosläkemedel inom öppenvården är att underlätta läkemedelshanteringen för patienterna eller den vårdpersonal som hanterar patienternas läkemedel. Dostjänsterna samt att medicinen levereras i tid är väsentligt för de patienter som är beroende av sin medicin. Avbrott i genomförandet av tjänsten kan medföra livsfara för patienterna.

Maskinell dosdispensering har förekommit i Sverige sedan slutet av 1980-talet. Fram till omregleringen av apoteksmarknaden år 2009 bedrevs maskinell dosdispensering av Apoteket inom ramen för det statliga apoteksmonopolet. Sedan omregleringen är det möjligt för samtliga apoteksaktörer att, efter tillstånd från Läkemedelsverket, bedriva maskinell dosdispensering. Samma leverantör som utför själva dispenseringen expedierar även dosläkemedlen till patienterna.

Avvecklingen av apoteksmonopolet har inneburit att marknaden för maskinell dosdispensering och dosexpediering har öppnats för konkurrens. Sedan omregleringen har det blivit möjligt för regioner (och vissa andra upphandlande myndigheter, såsom Kriminalvården) att köpa dostjänster i konkurrens.

Avtal avseende dosdispensering och dosexpediering

För tillhandahållande av dosdispensering och dosexpediering erhöll leverantörerna tidigare en avtalad fast ersättning per dospatient och dygn – den så kallade dospengen – från den upphandlande myndigheten. Dospengen fastställs i konkurrens vid upphandlingarna och utgör underlag för utvärderingen av anbuden. Under monopoltiden var dospengen cirka 6 kr per dosdygn. Därefter har priserna kraftigt sjunkit och numera offererar leverantörerna negativa priser för att kunna erhålla doskontrakt.

Trots att betalning erläggs av leverantören genom en negativ dospeng kan ett avtal om dosdispensering och dosexpediering leda till en lönsam affär för leverantören. Detta då leverantören erhåller även annan ersättning. Utöver dospengen ersätts leverantören genom att den erhåller handelsmarginalen på de dosläkemedel som försäljs. Detta på motsvarande sätt som för vanliga apotek avseende icke-dispenserade, förskrivna läkemedel. Leverantörens inköpspriser och försäljningspriser på förskrivna läkemedel beslutas av Tandvårds- och Läkemedelförmånsverket. Leverantörens handelsmarginal har sedan år 2015 legat relativt stabilt på runt 19–20 procent. Dospatienterna betalar för dosläkemedlen upp till högkostnadsskyddets tak. För belopp som överskrider högkostnadsskyddet erhåller leverantören ersättning från E-hälsomyndigheten som i sin tur debiterar regionerna.

Ett korrekt upphandlat dosavtal löper i regel på flera år. Detta mot bakgrund av bland annat komplexiteten i leveransen, intresset av kontinuitet samt investeringsbehov. Historiskt har det förekommit avtal med en löptid om sju år. Numera är normaltiden cirka fyra år.

De aktuella upphandlingarna

Apotekstjänst har varit leverantör av dosdispensering och dosexpediering till 7-klövern sedan 2012. Den första upphandlingen av dosdispenseringen genomfördes, enligt den då gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU), under 2011/2012 (Konkurrensetsättning 1). Svensk dos tilldelades ursprungligen det upphandlade avtalet. Efter att Apotekstjänst ansökt om överprövning och kammarrätten förordnat om rättelse tilldelades dock Apotekstjänst det upphandlade avtalet. Det upphandlade avtalets löptid gick ut i mars 2016.

Efter en direktupphandling förlängdes avtalet med Apotekstjänst i sex månader till utgången av september 2016 (Direktupphandling 1).

Under 2015 genomförde 7-klöveren en ny upphandling enligt ÄLOU med avtalsperiod från den 1 mars 2016 till och med den 31 mars 2020 med möjlighet för köparen att förlänga avtalet helt eller delvis i upp till 36 månader (Konkurrensutsättning 2). Enligt tilldelningsbeslut antogs anbudet från Svensk dos men efter att Apotekstjänst ansökt om överprövning förordnade kammarrätten att upphandlingen skulle göras om (Kammarrättens i Stockholm dom den 24 mars 2016 i mål nr 7754-15).

Avtalet med Apotekstjänst förlängdes ytterligare en gång genom en direktupphandling år 2016 till utgången av mars 2017 (Direktupphandling 2).

Under hösten 2016 genomförde 7-klöveren en direktupphandling av ett avtal som löpte från den 1 april 2017 till och med den 31 mars 2018 med option på två förlängningar på vardera tre månader (Direktupphandling 3). Apotekstjänst tilldelades kontraktet som ingicks den 21 november 2016.

Under år 2017 genomförde 7-klöveren en upphandling (dnr. DU-UPP16-0258), avseende dosdispensering och dosexpediting av läkemedel för öppenvård enligt LOU (Konkurrensutsättning 3). Samtliga tre aktörer på den svenska dosmarknaden lämnade anbud och den 13 juni 2017 meddelade 7-klöveren ett tilldelningsbeslut enligt vilket Svensk dos tilldelades kontrakt i upphandlingen. Svensk dos hade i upphandlingen lämnat ett negativt anbudspris. Apotekstjänst ansökte om överprövning och gjorde gällande att det inte var tillåtet att lämna ett negativt anbudspris i upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterade att det vare sig i kontraktet eller i övrigt fanns någon reglering rörande hantering av negativa priser och att 7-klöveren vid prövningen av anbuderna accepterat negativa priser trots att det inte kunde utläsas ur förfrågningsunderlaget att en sådan offert var tillåten. Domstolen ansåg att förfarandet stred mot principerna om likabehandling och transparens och beslutade därför den 22 november 2017 att upphandlingen skulle göras om. Domen överklagades till Kammarrätten i Jönköping som avlog överklagandet (Kammarrättens i Jönköping dom den 21 juni 2018 i mål nr 3511–3517-17).

Den 2 mars 2018 genomförde 7-klöver en direktupphandling (dnr. DU-UPP18-0084) (Direktupphandling 4). Direktupphandlingen resulterade i ett avtal (Avtal I) mellan 7-klöver och Apotekstjänst som ingicks den 3 maj 2018. Avtalstiden löpte från den 1 september 2018 till och med den 30 september 2019. Enligt avtalet fanns möjlighet till ensidig förlängning från 7-klöver med upp till sex månader. Som längst kunde avtalstiden således förlängas till och med den sista mars 2020.

Den 20 maj 2019 publicerade 7-klöver upphandlingsdokument avseende en ny upphandling (dnr. UPPH2019-0076) av dosdispensering (Konkurrensutsättning 4). Under anbudstiden inkom invändningen att upphandlingen inte var ekonomiskt kalkylerbar för anbudsgivarna. Regionerna valde, med hänsyn till invändningen, att avbryta upphandlingen den 4 juni 2019.

Den 25 juni 2019 publicerade 7-klöver upphandlingsdokument avseende ytterligare en ny upphandling av dosdispensering (dnr. UPPH2019-0231 och UPPH2019-0240), denna gång enligt LUK (Konkurrensutsättning 5). Svensk dos ansökte om överprövning av upphandlingen och åberopade att tiden mellan planerat avtalstecknande och avtalsstart var alltför kort samt att omständigheten kunde otillbörligt gynna den befintliga leverantören. Den 20 september 2019 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om (Förvaltningsrättens i Uppsala domar den 20 september 2019 i mål nr 5516-19 E m.fl. och 5521-23 E m.fl.).

Kort efter förvaltningsrättens dom, den 9 oktober 2019, gjorde 7-klöver en ny direktupphandling (Direktupphandling 5) genom att 7-klöver och Apotekstjänst ingick avtal om att skyldigheterna och rättigheterna enligt Avtal I skulle ”gälla för en extra period om 7 månader med en option för köparen att ytterligare förlänga avtalet med 4 månader om så önskas” (Avtal II). Enligt Avtal II skulle den extra perioden börja löpa den 1 april 2020 (dvs. första dagen efter utgången av avtalstiden i Avtal I) och sju månadersperioden gälla till och med den 31 oktober 2020.

Nästa upphandling (dnr. UPPH2019-0325 och UPPH2019-0326) som Regionerna försökte genomföra (Konkurrensutsättning 6) publicerades inte på rätt sätt, vilket framgår av Regionernas beslut om avbrytande av denna den 21 respektive 22 april 2020. Apotekstjänst ansökte om överprövning av avbrytandebesluten.

Förvaltningsrätten avslog ansökan (Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 6 oktober 2020 i mål nr 3128-20 m.fl.). Förvaltningsrättens dom överklagades till Kammarrätten i Stockholm som avslog överklagandet (Kammarrättens i Stockholm dom den 3 maj 2021 i mål nr 6763-20 m.fl.). Kammarrättens dom överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Den 28 april 2020 avtalade 7-klöver och Apotekstjänst om utnyttjande av optionen i Avtal II (Optionspåkallelsen). Optionspåkallelsen innebär enligt sin ordalydelse ”*att nuvarande period 2020-04-01–2020-10-31 förlängs till och med 2021-02-28*”. Avtal II fick således en sammanlagd avtalstid om 11 månader, från den 1 april 2020 till och med den 28 februari 2021.

Den 18 juni 2020 genomförde Regionerna en direktupphandling (Direktupphandling 6). Detta genom att ingå avtal med Apotekstjänst om leverans av dostjänster från den 1 mars 2021, dvs. perioden närmast efter den period som avses i Optionspåkallelsen, till och med den 28 februari 2022 (Avtal III). Avtal III betecknas som ett ”Direktupphandlingsavtal” och innehåller även en option om förlängning upp till sju månader, vilken har nyttjats. Avtal III har således omfattat en sammanlagd avtalstid om 19 månader, från den 1 mars 2021 till och med den 30 september 2022.

Den 22 oktober 2021 publicerade Regionerna en upphandling (dnr. UPPH2021-00210) av dosdispensering med sista anbudsdag den 23 november 2021 (Konkurrensutsättning 7). Regionerna angav i upphandlingsdokumentationen att det inte var frågan om någon upphandling i den mening som avses i LUK eller LOU. Apoteket ansökte om överprövning av upphandlingen. I dom meddelad den 29 juli 2022 biföll Förvaltningsrätten i Uppsala ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om (Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 29 juli 2022 i mål nr 7622-21 m.fl.).

Förvaltningsrätten gjorde bland annat bedömningen att upphandlingen omfattades av LUK.

Av Avtal II och III samt upphandlingsdokumentationen i Konkurrensutsättning 7 framgår att antagen leverantör har en skyldighet att tillhandahålla dosdispensering och dosexpediering och därmed dosdispenserade läkemedel samt erbjuda direktleveranser. Vidare framgår att avtalet möjliggör försäljning av helförpackningar, handelsvaror och andra produkter till dospatienter.

Den 11 februari 2022 genomförde Regionerna en direktupphandling (Direktupphandling 7) och ingick därvid ett direktupphandlingsavtal (Kontraktet) med Apotekstjänst för en period om sex månader från och med den 1 oktober 2022 till och med den 31 mars 2023. Kontraktet har två förlängningsoptioner om sju respektive sex månader. Den första optionen har en löptid från och med den 1 april till och med den 31 oktober 2023 och den andra optionen en löptid från och med den 1 november 2023 till och med den 30 april 2024. Kontraktet har således en total löptid om 19 månader, från och med den 1 oktober 2022 till och med den 30 april 2024. Båda förlängningsoptionerna har påkallats.

I december 2022 genomfördes upphandlingar gemensamt för Region Sörmland, Region Värmland och Region Örebro län, benämnda ”3-klöver”, (dnr. UPPH2022-00225), samt för Region Dalarna, Region Gävleborg, Region Västmanland och Region Uppsala, benämnda ”4-klöver”, (dnr. UPPH2022-00224). Avtalstiden löper från den 1 april 2024 till och med den 31 mars 2027, inräknat en implementeringstid om minst sju månader. Apotekstjänst tilldelades kontraktet för 4-klövern och Svensk dos tilldelades kontraktet för 3-klövern. Apotekstjänst ansökte om överprövning gällande tilldelningen av kontraktet avseende 3-klövern. Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 13 oktober 2023, i målen 5724-23 m.fl., att inte meddela prövningstillstånd och tilldelningen har därmed vunnit laga kraft.

Frågan i målet är huruvida Svensk dos, med stöd av LOU alternativt LUK, har rätt till skadestånd med anledning av Direktupphandling 7 och Regionernas tilldelning av Kontraktet.

Skadeståndsprocessen med anledning av Avtal II och III

Svensk dos har ansökt om stämning mot Regionerna med anledning av Avtal II och sedermera även Avtal III och yrkat skadestånd enligt LOU alternativt LUK. I dom meddelad den 4 maj 2022 biföll Uppsala tingsrätt delvis Svensk dos talan och utdömde 6 700 000 kr i skadestånd (Uppsala tingsrätts dom den 4 maj 2022 i mål nr T 7257-20 m.fl.). Regionerna har överklagat domen bland annat på grunden att avtal om dosdispensering och expediering inte utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt enligt LOU eller LUK samt att Svensk dos inte visat att bolaget lidit en ekonomisk skada. Processen är pågående hos Svea hovrätt, mål nr T 6489-22, och tingsrättens dom har således inte vunnit laga kraft.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Svensk dos har yrkat enligt följande.

1. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Uppsala att till Svensk dos betala 1 540 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.
2. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Dalarna att till Svensk dos betala 1 450 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.
3. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Gävleborg att till Svensk dos betala 1 460 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.
4. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Sörmland att till Svensk dos betala 1 370 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.
5. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Värmland att till Svensk dos betala 1 510 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.
6. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Västmanland att till Svensk dos betala 1 300 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.
7. Svensk dos har yrkat att tingsrätten ska förplikta Region Örebro län att till Svensk dos betala 1 370 000 kr, eller det lägre belopp tingsrätten finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 13 juni 2022.

Regionerna har motsatt sig Svensk dos yrkanden. Endast sättet att beräkna ränta har vitsordats.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

Svensk dos har som grund för sin talan angett följande.

Regionerna har ingått Kontraktet utan föregående annonsering enligt LUK eller LOU. Direktupphandling 7 omfattas av LUK alternativt LOU och förutsättningar att ingå Kontraktet utan föregående annonsering har enligt LUK alternativt LOU inte förelegat. Direktupphandling 7 och ingåendet av Kontraktet utgör därmed en otillåten direktupphandling och ett brott mot LUK alternativt LOU. I första hand görs gällande att Kontraktet är upphandlings-pliktigt enligt LUK. Om Kontraktet inte skulle anses upphandlingspliktigt enligt LUK är det i vart fall upphandlingspliktigt enligt LOU.

Regionerna är därigenom enligt LUK alternativt LOU skadeståndsansvariga för den otillåtna direktupphandlingen som Direktupphandling 7 och ingåendet av Kontraktet inneburit.

Om en regelrätt upphandling hade genomförts hade Svensk dos lämnat anbud och skulle då ha haft en realistisk möjlighet att erhålla det upphandlade avtalet. Svensk dos har därmed rätt till skadestånd uppgående till ett skälighetsuppskattat belopp.

Ett skälighetsuppskattat belopp uppgår till i vart fall 10 000 000 kr. Det totala skadeståndet ska därför fastställas till detta belopp och fördelas på respektive region utifrån patientandel.

Svensk dos har i e-post till Regionerna den 11 maj 2022 framställt krav på skadestånd avseende den otillåtna Direktupphandling 7. Ränta enligt 6 § räntelagen utgår därmed enligt 4 § tredje stycket räntelagen från den 13 juni 2022.

Regionerna har som grund för sina bestridanden angett följande.

I första hand bestrids käromålen på grunden att Kontraktet inte är upphandlingspliktigt enligt LUK eller LOU. Skadestånd kan därför inte utdömas med stöd av dessa regelverk.

Om tingsrätten skulle finna att kontraktet omfattas av LUK bestrids käromålet i andra hand på grunden att direkttilldelning av kontraktet har varit tillåten på grund av att det förelegat synnerliga skäl enligt 15 kap. 6 § LUK. Direkttilldelningen har således varit tillåten.

För det fall att LOU skulle anses tillämplig har direktupphandling varit tillåtet på grund av att kontraktsvärdet understiger direktupphandlingsgränsen enligt 5 kap. 3 § och 19 a kap. 2 § LOU. Om LOU skulle anses tillämplig har direktupphandling under alla omständigheter varit tillåtet på grund av att det förelegat synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av Regionerna och anskaffningen är absolut nödvändig (6 kap. 15 § och 19 a kap. 5 § första punkten LOU) alternativt på grund av synnerliga skäl (19 a kap. 5 § tredje punkten LOU). Alternativt har direktupphandling varit tillåtet enligt 19 a kap. 6 § LOU eftersom det varit fråga om en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att Regionernas upphandlade doskontrakt blivit föremål för överprövning och avtal inte kunnat ingås, samt varvid beslutats om att upphandlingen ska göras om eller rättas. Det föreligger således inget upphandlingsfel och grund för skadestånd föreligger inte.

Även om upphandlingsfel enligt LUK eller LOU skulle anses föreligga saknas det orsakssamband mellan det påstådda upphandlingsfelet och skadan. Grund för skadestånd föreligger således inte.

Svensk dos har under alla omständigheter inte visat att det lidit någon skada. Om skadeståndsskyldighet skulle anses föreligga ska skadeståndet jämkas till 0 kr då Svensk dos har underlåtit att begränsa sin skada.

OMSTÄNDIGHETER TILL GRUND FÖR TALAN

Svensk dos har utvecklat sin talan och anfört i huvudsak följande.

Närmare om tillämpligheten av LOU och LUK

Kontraktet omfattas av regelverket för offentlig upphandling, antingen LOU eller LUK. Motsvarande avtal om dosdispenseringstjänster har prövats flera gånger av förvaltningsdomstolarna. I vissa fall har domstolarna kommit fram till att dosdispenseringsavtal ska anses utgöra ramavtal enligt LOU (se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 29 oktober 2020 i mål nr 3689-20 m.fl. och Förvaltningsrättens i Malmö dom den 11 maj 2020 i mål nr 2408-20 m.fl.). I avgörandet HFD 2016 ref. 85 torde Högsta förvaltningsdomstolen ha behandlat det ifrågasatta avtalet som ett kontrakt enligt LOU. I många andra fall har dock domstolarna kommit fram till att dosdispenseringsavtal ska anses utgöra koncessioner enligt LUK, särskilt i de fall dospengen har varit negativ (se t.ex. Förvaltningsrättens i Linköping dom den 14 juli 2023 i mål nr 1967-23 m.fl.).

Vid prövningen av motsvarande avtal i allmän domstol har Göteborgs tingsrätt och senast Uppsala tingsrätt dragit slutsatsen att LUK är tillämplig (se Göteborgs tingsrätts dom den 26 februari 2021 i mål T 11425-18 och T 11749-18 och Uppsala tingsrätts dom den 4 maj 2022 i mål nr T 7257-20 m.fl.).

Rättsläget avseende den närmare rättsliga klassificeringen av ett avtal om dosdispenseringstjänster är således inte klart, även om övervägande skäl talar för att ett avtal om upphandling av dosdispenseringstjänster ska anses utgöra en koncession när dospengen är negativ. Det står dock klart att ett avtal om dosdispenseringstjänster under alla omständigheter omfattas av regelverket för offentlig upphandling – antingen LOU eller LUK – och skyldigheten att annonsera och konkurrensutsätta upphandlingarna.

Skälen till Regionernas inställning att LUK inte är tillämplig på upphandlingen av Kontraktet är dels att det inte föreligger något avtal med ekonomiska villkor, dels att det inte sker någon överföring av verksamhetsrisk. Inget av dessa påståenden stämmer.

Kravet på ekonomiska villkor

Enligt EU-domstolens praxis (se t.ex. EU-domstolens dom den 10 september 2020 i mål C-367/19, Tax-Fin-Lex, p. 26) innebär inte uttrycket ”med ekonomiska villkor” att den upphandlande myndighetens motprestation nödvändigtvis måste bestå i utbetalning av en penningssumma. Belöningen för prestationen kan således bestå av en annan form av motprestation och ändå omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling.

Ett dosdispenseringsavtal omfattar, som utgångspunkt, samtliga dospatienter inom ett visst geografiskt område, typiskt sett en eller flera regioners geografiska yta. Dessa dospatienter återfinns i regional, kommunal eller privat vård. Det är regionerna som genomför dosupphandlingarna och som betalar för dosdispenserings tjänsterna, eller får betalt vid minuspriser, och för dosläkemedlen över högkostnadsskyddet. Detta oavsett om dosläkemedlen används för patienter i regional, kommunal eller privat regi.

Leverantören i ett dosdispenseringsavtal ges, genom tillgången till olika register kopplade till dospatienterna, de facto en ensamrätt att tillhandahålla dosdispenserings tjänster och dosläkemedel inom det geografiska område som avtalet omfattar. När en vinnande leverantör ingår ett dosavtal får leverantören tillgång till såväl personnummer som adresslistor avseende dospatienterna. Leverantören knyts även till E-hälsomyndighetens s.k. ordinationsregister för aktuella dospatienter. Endast den leverantör som är knuten till aktuella dospatienter i ordinationsregistret kan tillhandahålla dosläkemedel till dessa dospatienter. I de fall där Svensk dos tecknat dosavtal med privata vårdboenden ges Svensk dos, efter ingående av personuppgiftsbiträdesavtal, tillgång till data rörande det privata vårdboendets dospatienter direkt från vårdboendet. Svensk dos kan därefter knytas till dessa dospatienter i ordinationsregistret.

Leverantören ges även, i förhållande till upphandlande regioner och övriga upphandlande myndigheter som omfattas av avtalet, de jure en sådan ensamrätt. Om en upphandlande myndighet i ett dosavtal skulle gå utanför avtalet och köpa dosdispenseringstjänster av annan leverantör gör den upphandlande myndigheten sannolikt sig skyldig till avtalsbrott. Regionerna kan således inte, varken avtalsmässigt eller rent praktiskt, ”gå utanför” det upphandlade dosavtalet och köpa dosdispenseringstjänster av annan än den kontrakterade leverantören. Det finns däremot ingenting som hindrar privata vårdgivare i ett visst geografiskt område att köpa dosdispenseringstjänster från annan leverantör än den som en eller flera regioner ingått ett upphandlat dosavtal med rörande det aktuella geografiska området. Det är till denna kategori som Svensk dos erbjuder dosdispenseringstjänster oavsett om Svensk dos innehar det upphandlade dosavtalet i aktuellt geografiskt området eller inte.

Genom Kontraktet förpliktar sig leverantören att utföra dosdispensering och dosexpediering. I gengäld får leverantören försälja de läkemedel som dosdispenseras. Leverantören får enligt Kontraktet, genom kopplingen till ett digitalt kundregister, ensamt tillgång till dospatienterna när det gäller tillhandahållande av tjänsten dosdispensering och dosexpediering. Ensamrätten avseende tillhandahållandet av tjänsten har ett ekonomiskt värde för leverantören. Detta gäller oavsett om Regionerna betalar ut någon dospeng eller om dospengen är negativ och således betalas av leverantören till Regionerna. Ersättningen för dosdispenseringstjänsten kommer främst från den s.k. handelsmarginalen på försäljningen av de dosdispenserade läkemedlen. Den som är leverantör på Kontraktet får således en säker intäkt avseende handelsmarginalen på dosläkemedel till cirka 55 000 dospatienter.

Av upphandlingsföreskrifterna till 2022 års upphandling framgår att försäljningsintäkterna (AUP) för dosdispenserade läkemedel i Regionerna under perioden januari till och med oktober 2022 uppgick till totalt 427 miljoner kr. Det är uppenbart att Kontraktet – som har en total löptid från den 1 oktober 2022 till den 30 april 2024 – har ett mycket högt kommersiellt värde för leverantörerna på

dosmarknaden. Detta är även anledningen till att konkurrensen på marknaden för dosdispensering är så pass hård att aktörerna är villiga att offerera noll- eller till och med minuspriser.

Det är sammanfattningsvis uppenbart att Kontraktet utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor.

Kravet på överföring av verksamhetsrisk

För uppfyllelse av rekvisitet i 1 kap. 13 § LUK att verksamhetsrisken ”övertas av koncessionshavaren”, är det tillräckligt att en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten förs över även om den är mycket begränsad (EU-domstolens dom den 10 september 2009 i mål C-206/08, Eurawasser).

Bestämmelsen i 1 kap. 13 § LUK kan inte tolkas som att den upphandlande myndigheten själv måste ha rätt att utföra en verksamhet, för att en verksamhetsrisk ska kunna anses övergå (se t.ex. Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 29 juli 2022 i mål nr 7622-21 m.fl.). Det som ska bedömas är om det finns en verksamhetsrisk i en särskild verksamhet som leverantören tar på sig i och med avtalet.

Det kan konstateras att ingen försäljningsvolym garanteras i Kontraktet. Vidare finns ingen garanti för att leverantören får täckning för kostnaderna för utförandet av tjänsten. Det är patienterna själva som står för betalningen för innehållet i dosheterna upp till högkostnadsskyddet, därutöver ersätts dosapoteken av E-hälsomyndigheten som i sin tur debiterar regionerna. Att dosleverantören inte är garanterad någon viss försäljningsvolym och att det heller inte står klart att gjorda investeringar och kostnader som uppstår vid fullgörandet av avtalet kompenseras av intäkterna innebär att dosleverantören tar på sig en verksamhetsrisk. Huruvida denna verksamhetsrisk tidigare har varit placerad hos den upphandlande myndigheten eller hos en tidigare leverantör är inte relevant i sammanhanget.

Det kan dessutom konstateras att frågan om en riskövergång har skett är relevant för bestämmandet av om det är LUK eller LOU som är det tillämpliga regelverket. Om riskövergång har skett är LUK tillämplig. I annat fall är LOU tillämplig. Avsaknad av riskövergång innebär inte att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga. Som framgår ovan, är Kontraktet ett avtal med ”ekonomiska villkor”. Kontraktet är därmed ett ”kontrakt” alternativt ett ”ramavtal” enligt definitionerna i LOU. I båda situationerna omfattas Kontraktet av skyldigheten att göra en annonserad upphandling enligt 10 kap. 1 § LOU.

Närmare om det förelegat undantag från upphandlingsplikten

Kontraktets värde understiger inte direktupphandlingsgränsen

Tröskelvärdet för koncessioner är 55 991 099 kr och direktupphandlingsgränsen är 2 799 554 kr. Enligt 5 kap. 2 § LUK ska värdet av en koncession uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. Vid bestämmande av Kontraktets värde enligt 5 kap. 3 § LOU ska det totala värdet, sett ur en potentiell anbudsgivares synvinkel, tas i beaktande (se EU-domstolens dom i mål C-220/05, Jean Auroux, punkt 57). Detta värde inbegriper inte endast samtliga belopp som den upphandlande myndigheten ska betala utan även samtliga intäkter från tredje man. Domstolarna har även flera gånger konstaterat att ett dosdispenseringsavtal har ett betydande värde som klart överstiger direktupphandlingsgränsen.

Den totala omsättningen – inklusive intäkter från tredje man – av Kontraktet under avtalsperioden uppgår till hundratals miljoner kronor. Värdet av Kontraktet överstiger således 55 991 099 kr.

Eftersom värdet av Kontraktet överstiger tillämpligt tröskelvärde borde Direktupphandling 7 ha annonserats i enlighet med huvudregeln i LUK, förutsatt att något av de särskilt angivna undantagen i LUK inte är tillämpliga. Kontraktet överstiger även tillämpligt tröskelvärde och direktupphandlingsgräns enligt LOU, varför Direktupphandling 7 – om LOU skulle anses tillämpligt i förhållande till

Kontraktet – borde ha annonserats jämlikt 10 kap. 1 § LOU, förutsatt att något av de särskilt angivna undantagen i LOU inte är tillämpliga.

Direkttilldelning av avtalet har inte varit tillåten på grund av synnerlig brådska eller synnerliga skäl

Regionerna har angett att direktupphandling har varit tillåtet i upphandlingen av Kontraktet på grund av synnerliga skäl. Regionerna har hänvisat till bestämmelsen i 15 kap. 6 § LUK och angett att det förelegat synnerlig brådska (och i detta sammanhang även hänvisat till bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU). Det är Regionerna som har bevisbördan för att förutsättningarna för tillämpning av de båda undantagsreglerna är uppfyllda (se HFD 2019 ref. 65, p. 46).

I de första skadeståndsmålen gjorde Regionerna gällande att det förelegat synnerliga skäl jämlikt 15 kap. 6 § LUK att direkttilldela Avtal II och III utan konkurrensutsättning. Tingsrätten gjorde bedömningen att det inte förelegat synnerliga skäl. Tingsrätten tog fasta på följande omständigheter (se s. 41 f. i domen):

- Det har ålegat Regionerna att i god tid före det att det avtal som ingicks efter Konkurrensutsättning 1 löpte ut den 31 mars 2016 genomföra en ny upphandling för att få till stånd ett nytt avtal i tid.
- Regionerna hade trots att lång tid passerat inte lyckats genomföra en upphandling i enlighet med upphandlingsreglerna då Avtal II och III ingicks.
- Att en regelrätt upphandling inte genomförts innan dess berodde inte på en överprövningsprocess som dragit ut på tiden utan att Regionerna, trots flera försök och under en period av flera år inte hade lyckats presentera ett lagenligt förfrågningsunderlag med efterföljande lagenligt upphandlingsförfarande.

Under dessa omständigheter ansåg tingsrätten att den brådska som varit för handen vid den tidpunkten då Regionerna ingick Avtal II och III kunde tillskrivas Regionerna på ett sådant sätt att det inte kunde ha förelegat sådana synnerliga skäl som gjorde Direktupphandling 5 och Direktupphandling 6 tillåtna enligt LUK.

Motsvarande omständigheter och bedömning gör sig gällande även i förhållande till Direktupphandling 7 och Kontraktet. I det aktuella fallet var det sedan länge känt att Avtal III med Apotekstjänst skulle gå ut den 30 september 2022 samt att ett avtal med en ny leverantör behövde ingås lång tid dessförinnan för att tillförsäkra en avtalsstart i tid till att Avtal III gick ut.

Regionerna har anfört att brådskan i det aktuella fallet till stor del berodde på att den överprövningsprocess som Apotekstjänst förde mot ett beslut av att avbryta Konkurrensutsättning 6. Regionerna beslutade att avbryta denna upphandling den 21 respektive den 22 april 2020. Beslutet om avbrytande överprövades av Apotekstjänst och frågan avgjordes slutligen först när Högsta förvaltningsdomstolen beslutade att inte meddela prövningstillstånd den 29 september 2021. Det var Regionernas eget upphandlingsfel, att Konkurrensutsättning 6 inte hade publicerats på rätt sätt, som låg till grund för avbrytandebeslutet.

Det kan vidare konstateras att målet om överprövning av avbrytandebeslutet inte hindrade Regionerna från att gå ut med en ny upphandling med avtalsstart den 1 oktober 2021. Regionerna väntade dock till den 22 oktober 2021 med att genomföra en ny upphandling, Konkurrensutsättning 7, vilken genomfördes med den uttryckliga utgångspunkten att upphandlingsregelverket inte var tillämpligt. Konkurrensutsättning 7 stod därmed i strid mot upphandlingsreglerna, vilket fastslogs av Förvaltningsrätten i Uppsala i juli 2022 (Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 29 juli 2022 i mål nr 7622-21 m.fl.). Då hade Avtal III redan ingåtts (den 11 februari 2022).

Regionerna har förlorat samtliga överprövningsprocesser angående upphandling av dosdispensering sedan man började upphandla avtalen (Se Kammarrättens i Jönköping

dom den 17 oktober 2012 i mål 851-12 m.fl., Kammarrättens i Stockholm dom den 24 mars 2016 i mål nr 7754-15, Kammarrättens i Jönköping dom den 21 juni 2018 i mål nr 3511-17 m.fl., Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 20 september 2019 i mål nr 5516-19 E m.fl., Kammarrättens i Stockholm dom den 3 maj 2021 i mål nr 6763-20 m.fl., och Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 29 juli 2022 i mål nr 7622-21 m.fl.). Varje överprövning har således varit befogad och i varje överprövningsprocess har förvaltningsdomstolarna konstaterat att Regionerna gjort sig skyldiga till upphandlingsfel.

Det har ålegat Regionerna att i god tid innan det avtal som ingicks efter Konkurrensutsättning 1 löpte ut den 31 mars 2016 genomföra en ny upphandling för att få till stånd ett nytt avtal i tid. Slutsatsen är därför densamma som i förhållande till Avtal II och III; att en regelrätt upphandling inte genomförs innan dess beror inte på en överprövningsprocess som dragit ut på tiden utan att Regionerna, trots flera försök och under en period av flera år, inte har lyckats presentera ett lagenligt förfrågningsunderlag med efterföljande lagenligt upphandlingsförfarande. Under dessa omständigheter kan den vid ingåendet av Kontraktet eventuella brådskan tillskrivas Regionerna, varför några synnerliga skäl till Direktupphandling 7 inte förelegat. Direktupphandling 7 och Kontraktet har därför inte varit tillåtna enligt LUK alternativt LOU.

Närmare om tillämpligheten av undantaget i 19 a kap. 6 § LOU

Svensk dos bestrider att undantaget i 19 a kap. 6 § LOU skulle vara tillämplig i förevarande fall. En av förutsättningarna för att bestämmelsen ska vara tillämplig är att ett angeläget behov har uppstått till följd av en överprövning. Behovet att ingå Kontraktet är inte en följd av att Konkurrensutsättning 7 överprövades utan resultatet av Regionernas återkommande brott mot upphandlingslagstiftningen, inklusive det faktum att Konkurrensutsättning 7 genomfördes utan tillämpning av upphandlingsreglerna.

Vidare har Regionerna inte visat att Kontraktets löptid inte varit längre än vad som krävts (19 a kap. 7 § första stycket LOU). Därtill överstiger Kontraktets värde tillämpligt tröskelvärdet, varför bestämmelsen inte är tillämplig (19 a kap. 7 § andra stycket LOU).

Svensk dos bestrider även att bestämmelsen i 19 a kap. 6 § LOU skulle vara relevant vid tolkningen av 15 kap. 6 § LUK.

Närmare om Svensk dos har lidit skada

När en överträdelse av upphandlingslagstiftningen består i en otillåten direktupphandling, det vill säga när den upphandlande myndigheten inte har infortrat några anbud, låter det sig inte enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet om anbud hade infortrats. För att inte skyldigheten att annonsera upphandlingar och infordra anbud ska urholkas, har det ansetts att leverantörer som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och därvid haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet också ska kunna få skadestånd. Skadestånd på denna grund ska bestämmas efter en skönsässig bedömning och fastställas till ett skäligt belopp. Vid den skönsässiga bedömningen ska hänsyn tas till bland annat utsikter till vinst, överträdelsens karaktär och nedlagda kostnader (se NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349).

Vid otillåten direktupphandling blir det med nödvändighet fråga om en bedömning av ett hypotetiskt händelseförlopp, det vill säga vad som skulle ha inträffat utifrån ett antaget händelseförlopp där Regionerna inte direktupphandlat Kontraktet utan i stället tillämpat ett annonserat förfarande som uppfyller kraven enligt upphandlingsreglerna, inklusive längden på implementeringstiden (jfr t.ex. NJA 2007 s. 349 och Svea hovrätts dom den 13 maj 2019 i mål nr T 7651-18).

Svensk dos varit leverantör till flera upphandlingskluster och är alljämt leverantör till flera viktiga kunder. Svensk dos har därmed bevisad kapacitet att lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingar av dosdispensering och dosexpediting.

Endast Svensk dos, Apotekstjänst och Apoteket har i praktiken möjlighet att lämna anbud i upphandling av dosdispensering. Någon av dessa aktörer skulle ha tilldelats kontrakt om en regelrätt upphandling genomförts i stället för genomförandet av Direktupphandling 7 och ingåendet av Kontraktet.

Svensk dos har lämnat anbud i varje upphandling av dosdispensering sedan de första upphandlingarna påbörjades åren 2011/2012. Svensk dos lämnade även anbud i Konkurrensutsättning 7 (med sista anbudsdag den 23 november 2021) och senast i 2022 års upphandling (med sista anbudsdag 23 februari 2023). Som framgår av Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 14 juli 2023 i mål nr 1967-23 m.fl., har Svensk dos kapacitet att vinna upphandlingskontrakt på dosmarknaden.

Förvaltningsrätten har i domen avslagit en överprövning av det tilldelningsbeslut av den 24 februari 2023 enligt vilket Svensk dos vann den del av 2022 års upphandling som avsåg 3-klövern. Högsta förvaltningsdomstolen har beslutat att inte meddela prövningstillstånd och tilldelningen har därmed vunnit laga kraft (se mål nr 5724-23 m.fl.). Att Svensk dos vunnit den senaste upphandlingen som 3-klövern genomfört visat att Svensk dos haft realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt om Regionerna hade genomfört en upphandling på ett regelrätt sätt.

I Regionernas tidigare upphandlingar har tilldelning skett med hänsyn till vilken leverantör som lagt det lägsta priset för dosdispensering per patient och dygn. Det är därför rimligt att anta att om Regionerna skulle ha genomfört en regelrätt upphandling, skulle grunden för utvärderingen vara den lägsta dospengen.

En konsekvens av att leverantören ersätts för dosdispenseringen genom bland annat läkemedelsförsäljning blir att leverantörerna på dosmarknaden kan sätta priset för dospengen mycket lågt eller till och med negativt. På så sätt saknar dospengen koppling till den verkliga ersättningen som leverantören erhåller för dosdispenseringen och prissättningen handlar till stor del om en gissning om hur man bäst ska positionera sig i förhållande till de övriga två leverantörerna. När grunden för utvärdering är den lägsta dospengen blir utvärderingen därför något av ett slumpspel. Man kan inte säga

att någon av dosapoteken har bättre eller sämre möjligheter än övriga aktörer att tilldelas kontrakt. Samtliga tre aktörer har 33,3 procent sannolikhet att tilldelas upphandlade kontrakt om dosdispensering och dosexpediering.

Regionerna har fört ett resonemang om att det hade krävts ett anbudspris om i vart fall minus 0,54 kr för att ens ha chans att tilldelas kontrakt. Det går dock inte att med säkerhet säga vilket anbudspris som skulle ha krävts för att vinna en upphandling i en hypotetisk situation. Dessutom kan prissättningen i varje enskild upphandling påverkas av övriga villkor som ställs i upphandlingen. Vilka övriga villkor som skulle ha ställts av Regionerna i en hypotetisk upphandling går inte heller att säga med säkerhet.

Vidare kan konstateras att Svensk dos har och skulle ha haft förmåga att leverera inom den implementeringstid som Regionerna skulle ha ställt vid en regelrätt genomförd upphandling. Tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart måste i vart fall överstiga 5,5 månader för att vara förenlig med likabehandlingsprincipen.

Svensk dos har ombett Regionerna att senarelägga avtalsstarten i Konkurrensutsättning 7. Svensk dos främsta kritik mot den korta tiden mellan tilldelningsbeslut och avtalsstart bestod dock inte i att det skulle vara omöjligt för Svensk dos att leverera dosdispenseringstjänsterna utan att leverantörerna skulle få olika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud då Apotekstjänst i egenskap av befintlig leverantör skulle gynnas av en alltför kort tid mellan tilldelningsbeslut och avtalsstart. Svensk dos bad Regionerna att lägga avtalsstart 12 månader efter tilldelningsbeslutet, och inte 12 månader efter undertecknande av avtal. Eftersom Regionernas tilldelningsbeslut vanligtvis överprövas, och ett mål om överprövning ofta tar cirka 6 månader, innebär Svensk dos önskemål i praktiken att avtalsstarten bör vara cirka 6 månader efter undertecknande av avtal.

Regionerna hänvisar till att tiden för Kontraktet sammanfaller med den tid som avtalet enligt Konkurrensutsättning 7 skulle löpa och att Svensk dos anbud kom på andra plats i den upphandlingen på grund av sitt högre pris. Omständigheterna för

Konkurrensutsättning 7 var dock så speciella att även om Svensk dos lämnade anbud gjorde bolaget inte någon djupanalys avseende nivån på anbudspriset, utan valde ett anbudspris som ansågs ligga på en nivå där man realistiskt kunde tilldelas kontrakt.

Konkurrensutsättning 7 genomfördes uttryckligen utan tillämpning av upphandlingsreglerna, varför sannolikheten att upphandlingen skulle överprövas och göras om var mycket hög, vilket även blev fallet (se Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 29 juli 2022 i mål nr 7622-21 m.fl.). Vidare skilde sig Konkurrensutsättning 7 från vanliga dosupphandlingar genom att upphandlingen redan var överprövad av Apoteket vid anbudstidens utgång, vilket ökade sannolikheten för att upphandlingen skulle göras om samt för att Apoteket inte skulle lämna anbud i upphandlingen.

Konkurrensutsättning 7 skilde sig även från vanliga dosupphandlingar genom att ett antal osedvanliga villkor ställdes i upphandlingen med syftet att upphandlingen inte skulle falla inom upphandlingsreglernas tillämpningsområde.

Mot denna bakgrund står det klart att Svensk dos har kapacitet att lämna ett anbud som skulle haft förutsättningar att vinna en regelrätt upphandling om en sådan hade genomförts av Regionerna. Sannolikheten för att Svensk dos skulle tilldelas kontrakt har inte varit lägre än 33,3 procent. Detta innebär att Svensk dos skulle ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas avtal om en regelrätt upphandling hade genomförts av Regionerna. Svensk dos har därmed rätt till skadestånd uppgående till ett skälighetsuppskattat belopp.

Närmare om skadans storlek

Av de faktorer som domstolen kan beakta vid fastställande av ett skönsmässigt skälighetsbelopp är överträdelsens karaktär och Svensk dos utsikter till vinst relevanta i detta fall.

Överträdelsens karaktär

En given utgångspunkt vid bedömningen av överträdelsens karaktär är att otillåtna direktupphandlingar, rent generellt, anses utgöra en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsreglerna. I förevarande fall finns därutöver flera försvärande

omständigheter som visar att Regionernas överträdelse av upphandlingsreglerna genom Direktupphandling 7 och ingåendet av Kontraktet har varit särskilt klandervärd.

Apotekstjänst har innehaft avtal om dosdispensering och dosexpediering med Regionerna utan avbrott sedan år 2012. Som framgått genomfördes en upphandling i enlighet med ÄLOU, Konkurrensutsättning 1, under åren 2011–2012. Det upphandlade avtalet löpte ut i mars 2016.

Sedan Konkurrensutsättning 1 har Regionerna inte lyckats avsluta någon regelrätt upphandling av dosdispensering och dosexpediering. I stället har samtliga avtal som Regionerna ingått avseende dostjänster – samtliga ingångna med Apotekstjänst – varit otillåtet direktupphandlade. Ingen av direktupphandlingarna 1–7 annonserades och de stod därför i strid med upphandlingsreglerna (10 kap. 1 § LOU/ 8 kap. 1 § LUK). Därtill gynnades befintlig leverantör otillbörligt av den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart varför direktupphandlingarna även av denna anledning stått i strid med upphandlingsreglerna.

Direktupphandling 7 och Kontraktet utgör således ett led i en lång rad av olagliga direktupphandlingar och avtal genom vilka Apotekstjänst under en mycket lång tid och på ett närmast systematiskt sätt otillbörligt har gynnats av Regionerna på Svensk dos bekostnad. Apotekstjänst har låtit fortsätta att vara leverantör utan att ha något regelrätt upphandlat avtal sedan september 2016. Dessa upprepade allvarliga överträdelser av upphandlingsreglerna som föregått Direktupphandling 7 och som denna utgjort ett led i, vilka dessutom gynnat en marknadsaktör på konkurrenternas bekostnad, visar på Regionernas likgiltighet inför upphandlingsreglerna och utgör försvårande omständigheter.

Därutöver har Regionerna gjort sig skyldiga till följande överträdelser av upphandlingsreglerna:

- Konkurrensutsättning 2 stod i strid med ÄLOU:s bestämmelser om hur länge ett ramavtal får löpa.
- Konkurrensutsättning 3 stod i strid med LOU eftersom det inte kunde utläsas av förfrågningsunderlaget att anbud med negativa priser var tillåtna i upphandlingen.
- Konkurrensutsättning 4 stod i strid med upphandlingsreglerna eftersom upphandlingen inte var ekonomiskt kalkylerbar för anbudsgivarna. Upphandlingen stod därmed i strid med transparensprincipen. Detta insåg Regionerna och avbröt därför upphandlingen.
- Konkurrensutsättning 5 stod i strid med upphandlingsreglerna eftersom den korta uppstartstiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnade befintlig leverantör. Detta insåg Regionerna och medgav därför bifall till Svensk dos ansökan om överprövning.
- Konkurrensutsättning 6 stod i strid med upphandlingsreglerna eftersom Regionerna inte annonserade upphandlingen på rätt sätt. Detta insåg Regionerna och avbröt därför upphandlingen.
- Konkurrensutsättning 7 genomfördes med uttryckligt förbiseende av upphandlingsreglerna trots att upphandlingen omfattades av dessa regler. Till detta kommer att den korta uppstarttiden från avtalsingående till avtalsstart otillbörligt gynnade befintlig leverantör.

Ovan nämnda omständigheter visar på Regionernas systematiska oförmåga att genomföra upphandlingar i enlighet med upphandlingsreglerna och utgör försvårande omständigheter.

Till detta kommer att ingåendet av Kontraktet gjordes utan någon form av publicitet.

Enligt 8 kap. 6 § LUK ska en upphandlande myndighet som har tilldelat en koncession

skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att koncessionen tilldelades. Enligt 10 kap. 4 § LOU ska en upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. Underlåtelserna att efterannonsera Direktupphandling 7 har varit ägnad att försvåra upptäckten av ingåendet av Kontraktet och därmed att försvåra för övriga leverantörer att tillvarata sina rättigheter enligt LUK, bland dessa rätten att begära skadestånd som prekluderas redan ett år efter avtalets ingående (jfr. 16 kap. 21 § LUK och 20 kap. 21 § LOU). Även dessa omständigheter utgör försvårande omständigheter.

Sammantaget måste överträdelsen anses vara av synnerligen allvarlig karaktär.

Svensk dos utsikter till vinst

Utgångspunkten för bedömningen av Svensk dos utsikter till vinst bör vara det regelrätta, hypotetiska kontrakt som Regionerna, Direktupphandling 7 förutan, sannolikt skulle ha upphandlat och den vinst ett sådant avtal skulle ha genererat för Svensk dos vidkommande. Frågeställningen är således vilken vinst ett hypotetiskt kontrakt skulle ha genererat för Svensk dos under en period motsvarande Kontraktets löptid, alternativt det omvända, vilket resultatbortfall Svensk dos skulle ha lidit till följd av Direktupphandling 7.

Svensk dos gör härvid gällande att det är sannolikt att Regionerna i ett hypotetiskt scenario skulle ha upphandlat ett kontrakt med en löptid som är vanligast förekommande på marknaden, det vill säga fyra år, samt att avtalsstart i ett sådant hypotetiskt scenario skulle ha varit någon gång under hösten/vintern 2022–2023. Även om ett lagenligt, hypotetiskt kontrakt sannolikt skulle ha en löptid om fyra år är det rimligt att beräkningen görs utifrån Kontraktets löptid.

Vidare gör Svensk dos gällande att Regionernas upphandlingar av dosdispensering och dosexpediting har omfattat (i) själva dosdispenseringstjänsten, (ii) försäljning och leverans av dosläkemedel, (iii) försäljning och leverans av läkemedel i

helförpackningar, (iv) s.k. direktleveranser och (v) försäljning av receptfria läkemedel och andra handelsvaror. Kontraktet omfattar, direkt eller indirekt, dessa intäktskanaler (i) – (v). Det är därför sannolikt att ett lagenligt kontrakt i ett hypotetiskt scenario skulle ha inkluderat samtliga dessa intäktskanaler. Regionerna har angett att försäljning av helförpackningar och övrigt inte utgör en ersättningsgill skada. Vid en beräkning av Svensk dos resultatbortfall måste dock även följdofrluster på grund av att Svensk dos gått miste om Kontraktet beaktas (jfr. t.ex. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2022, s. 285).

Svensk dos har låtit Grant Thornton Sweden AB (GT) beräkna den uteblivna vinsten/resultatbortfallet utifrån uppgifter hämtade från Svensk dos samt Regionerna. GT har beräknat den uteblivna vinsten/resultatbortfallet till 40 010 000 kr utifrån antaganden om antalet patienter, omsättning per patient/18 månader, dospeng/patient och dygn, tillkommande övriga kostnader samt investeringar.

Svensk dos gjorde i de första skadestandsprocesserna gällande att en utebliven vinst/resultatbortfall skulle beräknas på motsvarande sätt som Svensk dos nu gör gällande. Tingsrätten anslöt sig i stort sett till detta (s. 45 i domen).

Ett ersättningsgrundande resultatbortfall ska beakta samtliga intäkter som Svensk dos hade kunnat tillgodogöra sig som dosleverantör inom Regionerna under beräkningsperioden. Antagandet om omsättning per patient är därför rimligt.

Även antagandet om bruttomarginal är rimligt. Såväl Tandvårds- och Läkemedelförmånsverkets analys av den genomsnittliga totala handelsmarginalen för svenska dosapotek över tid (se TLV:s rapport ”2022 års uppföljning av apoteksmarknadens utveckling”) som de genomsnittliga bruttomarginalerna för Svensk dos över tid ger stöd för den bruttomarginal som ligger till grund för GT:s bedömning av Svensk dos resultatbortfall.

Vidare utgör den dospeng om minus 0,19 kr som Svensk dos offererade i Konkurrensutsättning 7, vilken hade samma tilltänkta startdatum som beräkningsperioden, en rimlig dospeng att beakta till grund för Svensk dos bedömda

resultatbortfall. Som ovan nämnts kan omständigheten att Svensk dos anbud placerades på andra plats i utvärderingen i Konkurrensutsättning 7 inte tas till intäkt för att Svensk dos saknat en realistisk möjlighet att vinna ett hypotetiskt upphandlat kontrakt. En annan sak är att nivån på den dospeng som Svensk dos offererade i upphandlingen använts i Svensk dos skadeberäkning. Svensk dos gör inte gällande att bolaget med säkerhet skulle ha vunnit ett hypotetiskt kontrakt med en dospeng på denna nivå, då ingen vet vilken nivå på dospengen som skulle ha krävts i en regelrätt upphandling som aldrig ägt rum.

Den dospeng som Svensk dos offererade i 3-klövernupphandlingen saknar dock betydelse för bedömningen av Svensk dos resultatbortfall. Detta blandat annat då 3-klövernupphandlingen avsåg ett mindre kontrakt än det som Regionerna skulle ha ingått om de hade genomfört regelrätt upphandling i stället för att ingå Kontraktet, samt då tidsmässiga skillnader föreligger.

Vidare är det enbart tillkommande övriga kostnader som Svensk dos skulle ha haft till följd av ett dosavtal med Regionerna som ska beaktas vid bedömningen av Svensk dos resultatbortfall. Svensk dos historiska samband mellan antal patienter och kostnader per patient visar att 7-klöverns patientvolym ger enskilt stöd åt den tillkommande kostnad per patient och år som tillämpas till grund för GT:s bedömning av resultatbortfallet.

Under perioden september 2022 till och med oktober 2023 minskade Svensk dos genomsnittliga patientantal med knappt 60 000 patienter. Svensk dos övriga kostnader minskade då per patient. Denna minskade kostnad ger en rimlig indikation på vad den tillkommande kostnaden per patient kan antas vara för ett tillkommande dosavtal med Regionerna, vilket skulle omfatta ca 60 000 patienter, och är väsentligt lägre än den tillkommande övrig kostnad per patient som GT lagt till grund för beräkningen av Svensk dos resultatbortfall.

Fastställandet av ett skönsmässigt skälighetsbelopp

Mot bakgrund av det ovan anförda är utgångspunkten för fastställandet av ett skönsmässigt skälighetsbelopp således att överträdelsen har varit av synnerligen allvarlig karaktär och att Svensk dos uteblivna vinst/resultatbortfall uppgår till cirka 40 miljoner kr. Som framgått ovan har marknadsens tre aktörer 33,3 procent sannolikhet att tilldelas upphandlade kontrakt om dosdispensering och dosexpediering.

Sannolikheten för att Svensk dos skulle tilldelas kontrakt om en regelrätt upphandling skulle ha genomförts av Regionerna har därför inte varit lägre än 33,3 procent.

Ett skönsmässigt skälighetsbelopp skulle kunna fastställas till 33,3 procent av Svensk dos uteblivna vinst/resultatbortfall, dvs. $40\,010\,000\text{ kr} \times 33,3\text{ procent} = 13\,336\,666\text{ kr}$. Svensk dos gjorde i de första skadeståndprocesserna gällande att skälighetsbeloppet skulle fastställas enligt denna metod. Tingsrätten anslöt sig till detta (s. 46 i domen). Av försiktighetsskäl gör Svensk dos dock gällande att skälighetsbeloppet och således det sammanlagda skadeståndet ska bestämmas till 10 000 000 kr, vilket är till Regionernas fördel.

Vidare ska beloppet om 10 000 000 kr fördelas på de olika regionerna utifrån antalet patienter per region. I de första skadeståndprocesserna gjorde Svensk dos gällande motsvande fördelningsmetod, vilken tingsrätten anslöt sig till (s. 46 i domen).

Mot denna bakgrund ska skadeståndet fördelas enligt följande:

- Region Uppsalas del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 15,4 procent av antalet patienter, uppgår till 1 540 000 kr.
- Region Dalarnas del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 14,5 procent av antalet patienter, uppgår till 1 450 000 kr.
- Region Gävleborgs del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 14,6 procent av antalet patienter, uppgår till 1 460 000 kr

- Region Sörmlands del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 13,7 procent av antalet patienter, uppgår till 1 370 000 kr.
- Region Värmlands del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 15,1 av antal patienter, uppgår till 1 510 000 kr.
- Region Västmanlands del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 13 procent av antalet patienter, uppgår till 1 300 000 kr.
- Region Örebro läns del av det sammanlagda skadeståndet, baserat på cirka 13,7 procent av antalet patienter, uppgår till 1 370 000 kr.

Närmare om jämkning

Svensk dos vidgår att man inte har överprövat Kontraktets giltighet i enlighet med 16 kap. 13 § LUK. Det har dock inte varit vårdslöst av Svensk dos att inte begära en överprövning då en sådan inte hade kunnat fylla en reell funktion.

En ansökan om ogiltigförklaring av Kontraktet skulle inte ha lett till ogiltigförklaring eftersom Kontraktet – med all säkerhet – skulle ha fått bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse (se t.ex. Förvaltningsrättens i Göteborg dom den 1 april 2020 i mål nr 15959-19 m.fl. och Kammarrättens i Göteborg dom den 17 december 2014 i mål nr 3674-14 m.fl.). 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 (jfr. Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 25 november 2020 i mål nr 12649-10 m.fl.).

Svensk dos har deltagit i samtliga upphandlingar på dosmarknaden och därmed gjort vad man kunnat för att begränsa sin skada. När det gäller försäljning av helförpackningar och övrigt material har Svensk dos inte haft någon möjlighet att genom några marknadsföringsåtgärder ersätta den merförsäljning som bolaget gått

miste om genom att inte få vara leverantör. Svensk dos har däremot börjat erbjuda privata vårdgivare dosdispenseringstjänster. Svensk dos har således gjort vad man kunnat för att begränsa sin skada.

Regionerna har utvecklat grunden för sitt bestridande och anfört i huvudsak följande.

Närmare om tillämpligheten av LOU och LUK

Det aktuella Kontraktet är inte upphandlingspliktigt enligt LUK eller LOU. Förvaltningsrätten i Uppsala (dom den 29 juli 2022 i mål nr 7622-21 m.fl.) har dock bedömt att upphandling av dostjänster omfattas av LUK, vilket Regionerna har rättat sig efter för att undvika överprövningar av upphandlingar på den grunden till dess att Svea hovrätt har avgjort frågan i den pågående processen mellan Svensk dos och Regionerna (mål T 6489-22).

Kravet på ekonomiska villkor

För att LOU eller LUK ska vara tillämpliga krävs enligt 1 kap. 15 § LOU respektive 1 kap. 13 § LUK att det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor.

Enligt EU-domstolens praxis krävs för att det ska anses föreligga ett avtal med ekonomiska villkor att den upphandlande myndigheten mot vederlag erhåller en prestation som är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten, och att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär (Remondis, mål C-51/15, punkt 43 och efterföljande praxis). EU-domstolens och svensk praxis är samstämmig i fråga om att samtliga nämnda kriterier behöver vara uppfyllda för att det ska anses vara ett avtal med ekonomiska villkor (jfr. t.ex. HFD 2020 ref. 15).

EU-domstolen har utvecklat detta i sitt avgörande den 10 september 2020 i mål C-367/19 Tax-Fin-Lex. EU-domstolen påpekade att ”den ömsesidigt förpliktande karaktären hos ett avtal utgör således ett huvudkänntecken för ett offentligt kontrakt” (p. 25). EU-domstolen konstaterade vidare att ”[h]ärav följer att ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet juridiskt sett inte är skyldig att tillhandahålla någon prestation i utbyte mot den prestation som dess medkontrahent har åtagit sig att utföra inte omfattas av begreppet ”kontrakt med ekonomiska villkor” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24” (p. 27). I enlighet med detta slog EU-domstolen fast

att det faktum att ”anbudsgivaren ges tillgång till en ny marknad inte är tillräckligt för att det ska kvalificeras som ett kontrakt med ekonomiska villkor”.

Konkurrensverket har i mål om upphandlingsskadeavgift efter lagakraftvunnen dom om att avtal skulle bestå vid otillåten direktupphandling av dosdispenseringstjänst (Förvaltningsrättens i Göteborg mål nr 12649-20 m.fl.) angett att det av mål C-367/19 Tax-Fin-Lex följer att ett värde i kontraktet som ligger i tillgången till en marknad inte omfattas av upphandlingsregelverket.

Av praxis följer således att det som är avgörande för att ett kontrakt med ekonomiska villkor ska anses föreligga är att den upphandlande myndighet är juridiskt förpliktigad att tillhandahålla en prestation i utbyte mot den prestation som dess medkontrahent har åtagit sig att utföra. Dessa prestationer ska vara verkställbara med stöd av avtalet. Det vederlag som kan utkrävas är däremot mer flexibelt. Det räcker således inte med att leverantören åtnjuter någon form av ekonomiskt värde av avtalet.

Uppsala tingsrätt har i det tidigare avgjorda skadeståndsmålet mellan parterna (mål nr T 7257-20 m.fl.) kommit till slutsatsen att avtalet utgör ett avtal med ekonomiska villkor enkom på grunden att domstolen ansåg att avtalet medför en ensamrätt att tillhandahålla dostjänsten i fråga.

Enligt de ifrågavarande kontrakten utgår inget vederlag i form av betalning från Regionerna till dosleverantören. Motprestationen består i att leverantören ges tillgång till ett kundregister till marknaden för dosdispensering och expediering. Kontrakten ger således leverantören tillgång, men inte ensamrätt, till en viss marknad. Som EU-domstolen konstaterade i mål C-367/19 Tax-Fin-Lex är det inte tillräckligt för att uppfylla kravet på ekonomiska villkor.

Dosleverantörens rätt enligt avtalet att utföra dosdispensering och dosexpediering utgör inte någon ensamrätt. Det står andra dostjänstleverantörer fritt att tillhandahålla sina produkter till samma patienter eller andra patienter inom samma geografiska

område. De upphandlande avtalen gör ingen skillnad mellan kommunala, regionala och privata vårdgivare eller privatpersoner som önskar tjänsten. Samtliga dessa aktörer har möjlighet att köpa dosdispenserings-tjänster och läkemedel från en annan leverantör än den som har upphandlats. Av information på Svensk dos hemsida framgår att bolaget levererar dosläkemedel till särskilda boenden även inom områden där Svensk dos inte har ett upphandlat dosdispenseringskontrakt.

Vidare föreligger ingen skyldighet för Regionerna att tillhandahålla en prestation i utbyte mot dosdispenserings- och dosexpedierings-tjänsten. Svensk dos kan således inte verkställa någon rättsligt bindande förpliktelse hos Regionerna. Det är enbart Svensk dos som enligt avtalet innehar en exakt och tydlig skyldighet gentemot Regionerna, nämligen att tillhandahålla dosdispensering och dosexpediering i den takt och utsträckning som patienterna efterfrågar. Om Svensk dos inte uppfyller denna skyldighet kan Regionerna kräva fullgörande av detsamma.

Regionerna har endast en legal skyldighet att säkerställa att det finns ett upphandlat avtal avseende dosdispenserings-tjänster som leverantören är skyldig att tillhandahålla. Det är dospatienterna som beställer tjänsten och inte Regionerna. Regionerna har således inte möjlighet att på avtalsmässig väg binda leverantörens kund utan agerar som en utomstående tredje part för att säkerställa tillgången till dostjänster.

Sammanfattningsvis omfattar dosdispenseringskontrakt en vederlagsfri tjänst med en ensidigt bindande förpliktelse för leverantören och saknar ömsesidighet beträffande de rättsligt bindande skyldigheterna. Dosdispenseringskontrakt kan således inte anses vara avtal med ekonomiska villkor, varför LUK eller LOU inte är tillämpliga på sådana kontrakt.

Kravet på överföring av verksamhetsrisk

Utöver kravet på att det föreligger ett avtal med ekonomiska villkor krävs enligt 1 kap. 13 § LUK, för att en koncession ska anses föreligga, att kontraktet innefattar att en verksamhetsrisk övertas av koncessionshavaren. En verksamhetsrisk i den mening

som avses i LUK ska förstås som en risk att utsättas för marknadens nycker, något som kan innefatta en efterfrågerisk eller en utbudsrisk eller båda (jfr. 1 kap. 22 § LUK och skäl 20 koncessionsdirektivet 2014/23/EU). Att ersättning utgår från tredje man är inte tillräckligt. Av EU-domstolens avgörande i C-206/08 Eurawasser framgår att det är nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten.

I förevarande fall finns det i realiteten inte någon verksamhetsrisk då efterfrågan av tjänsten är stabil och har under en lång period varit stigande. Vidare ska E-hälsomyndigheten, enligt offentlighetsreglering, debitera Regionerna kostnaden för sålda läkemedel i den del som överstiger högkostnadsskyddet. Leverantörerna erhåller således till övervägande del betalning från det allmänna och behöver inte riskera att inte erhålla betalt för läkemedelskostnad överstigande högkostnadsskyddet (jfr t.ex. EU-domstolens avgörande C-300/07 Oymanns punkt 74).

Eftersom Regionerna får bära kostnaden av sålda läkemedel som dosdispenserats har de ett starkt intresse av minskad efterfrågan på dosdispensering och dosexpediering. Leverantören har tvärtom intresse av ökad efterfrågan eftersom läkemedlen är en inkomstkälla för denne. Leverantören tar således inte någon verksamhetsrisk som Regionerna annars skulle ha burit, utan eventuell verksamhetsrisk kan uppkomma först i ledet hos leverantören.

Därtill har Regionerna inte möjlighet att bedriva dosdispenserings- och dosexpediering. Detta bland annat på grund av att tillstånd för sjukvårdshuvudman endast kan ges för slutenvård (se 1 kap. 2 § tredje stycket Läkemedelsverkets föreskrifter [LVFS 2010:9] om maskinell dosverksamhet). Någon verksamhetsrisk har därför aldrig funnits hos Regionerna.

Eftersom någon verksamhetsrisk aldrig har funnits hos Regionerna kan en överföring av en sådan risk, i den mening som avses i 1 kap. 13 § LUK, inte anses ske. Det är

därmed inte fråga om någon koncession och LUK är inte tillämplig på inköp av dosdispenserings- och dosexpedieringstjänster.

Närmare om att det förelegat undantag från upphandlingsplikten

Kontraktsvärdet understiger direktupphandlingsgränsen

Enligt 5 kap. 3 § LOU är värdet av en upphandling det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Enligt 19 a kap. 2 § LOU kan direktupphandling utan annonsering ske om kontraktsvärdet understiger 700 000 kr (den vid tidpunkten för Kontraktet gällande direktupphandlingsgränsen).

I förevarande fall utger Regionerna inte någon ersättning till leverantören utan denne erlägger betalning till Regionerna för att erhålla kontraktet. Kontraktsvärdet är således ett minusvärde varför värdet understiger direktupphandlingsgränsen enligt 19 a kap. 2 § LOU. Det ovanstående innebär att för det fall tingsrätten finner att LOU skulle anses tillämpligt på dostjänsterna i fråga har direkttilldelningen varit tillåten.

Regionerna bestrider att inkomster från tredje man ska tas i beaktande vid fastställande av kontraktsvärdet. Avgörandet som Svensk dos hänvisar till, C-220/05 Jean Auroux, avser tolkning av ett byggentreprenadkontrakt enligt vilket ersättning till entreprenören skulle ske delvis från myndigheten och delvis från tredje man. Kontraktet hade således delvis formen av en byggkoncession. Avgörandet saknar betydelse för ett kontrakt som upphandlas enligt LOU. I ett LOU-kontrakt ger tredje man per definition inte någon ersättning till leverantören. Inkomster från tredje man ska därför inte inräknas i kontraktsvärdet, vilket endast ska baseras på ersättningen som utges från Regionerna till dosleverantören, i detta fall 0 kr.

Det har förelegat synnerligen brådska eller synnerliga skäl och ett angeläget behov har uppstått på grund av överprövning

I 15 kap. 6 § LUK respektive 19 a kap. 5 § tredje punkten LOU anges att direktupphandling får ske bland annat om det föreligger synnerliga skäl. Enligt 6 kap. 15 § respektive 19 a kap. 5 § första punkten LOU får direktupphandling även ske om det föreligger synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Vidare föreligger det en rätt enligt 19 a kap. 6 § LOU att använda direktupphandling vid en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, eller har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas.

Av praxis framgår att om den annonserade upphandlingen av ett avtal inletts i tillräckligt god tid för att ett nytt avtal skulle kunna ingås när det befintliga avtalet upphörde att gälla, utgör en överprövning av den annonserade upphandlingen som dragit ut på tiden en för myndigheten oförutsedd omständighet. Detta alldeles oavsett orsaken till och utgången av överprövningen (se HFD 2019 ref. 65).

När det gäller synnerlig brådska som har uppstått med anledning av överprövningsprocesser har domstolarna i praxis varken kontrollerat eller bedömt kvaliteten på de upphandlingar som har varit föremål för överprövning, detta trots att det i flera fall framkommit att upphandlingen behövts göras om. Domstolarna har enbart gjort en bedömning av om den händelse som har lett fram till den synnerliga brådskan har varit möjlig att förutse för den upphandlande myndigheten, samt om myndigheten har planerat och organiserat upphandlingen på ett adekvat sätt. Det saknas därför stöd för att, vid en bedömning av om synnerliga skäl föreligger, ta hänsyn till den eventuellt påstått bristande kvaliteten på upphandlingsunderlaget. Regionerna bestrider för övrigt att förfrågningsunderlag eller de upphandlingar som genomförts inte är lagenliga.

Det råder en mycket hård konkurrens på dosmarknaden och dosleverantörerna ansöker regelmässigt och i princip utan undantag om överprövning när en annan leverantör tilldelas avtal. På grund av anbudsgivarnas upprepade och konsekventa begäran av rättslig prövning har Regionerna sedan 2011 endast lyckats avsluta ett fåtal annonserade upphandlingar och teckna kontrakt avseende dosdispensering och dosexpediering. Det faktum att annonserade upphandlingar under mycket lång tid inte har kunnat avslutas genom ingående av kontrakt har gjort att Regionerna ett flertal gånger försatts i akuta situationer innebärande risk för brist av dosdispensering och dosexpediering. Inköpen av dostjänster har därför under denna period huvudsakligen nödgats ske genom direkttilldelade kontrakt.

Det är ostridigt att anskaffningen av dostjänster är absolut nödvändig och att det vid det vid tecknandet av de direktupphandlade avtalen förelegat synnerlig brådska. Avbrott eller förändringar i genomförandet av tjänsten medför livsfara och risker eftersom tjänsten är oumbärlig för patienternas liv.

Regionerna har i god tid före utgången av det tidigare upphandlade avtalets löptid, den 31 mars 2016, påbörjat en ny upphandling för att få till stånd ett nytt avtal i tid. Upphandlingen annonserades redan den 24 oktober 2014 och tilldelningsbeslut meddelades den 7 januari 2015. Upphandlingen överprövades och det dröjde till den 10 juni 2016 innan överprövningsprocessen var avslutad. Regionerna har därefter skyndsamt annonserat nya konkurrensutsatta upphandlingar i god tid innan utgången av respektive ingånget avtal. Konkurrensutsättning 7 annonserades den 22 oktober 2021, efter det att överprövningen av Konkurrensutsättning 6 avslutats. De senaste upphandlingarna avseende 4- respektive 3-klövern annonserades den 15 december 2022, efter det att överprövningsprocessen avseende Konkurrensutsättning 7 avslutats genom beslut av Högsta förvaltningsdomstolen den 30 november 2022 (mål nr 6355-22 m.fl.).

Den brådska som uppkommit beror på de många och utdragna överprövningsprocesserna. Det är fråga om totalt fem överprövningsprocesser, vilken var och en och

tillsammans utgör en för Regionerna helt oförutsebar situation. Brådskan har till stor del berott på den långa överprövningsprocess som Apotekstjänst har fört mot beslutet att avbryta Konkurrensutsättning 6, vilken Regionerna inte har kunnat förutspå. Efter genomförd upphandling tilldelades Apotekstjänst kontraktet. Det framkom därefter att ett fel uppkommit vid annonseringen på grund av en teknikalitet och upphandlingen avbröts. Apotekstjänst ansökte då om överprövning av avbrytandebeslutet vilket ledde till en process i förvaltningsdomstolarna som tog slut först två år efter det att upphandlingen annonserades (se slutligt beslut från HFD i mål 3048-21 m.fl. den 29 september 2021). Efter processens slut kunde Konkurrensutsättning 7 omgående annonseras den 22 oktober 2021.

Apoteket ansökte om överprövning av Konkurrensutsättning 7 och förvaltningsrätten biföll ansökan den 29 juli 2022 (Förvaltningsrättens i Uppsala mål 7622-21 m.fl.). Det blev då nödvändigt för Regionerna att ingå det direktupphandlade Kontraktet med Apotekstjänst. Apotekstjänst har alltsedan 2012 varit dosleverantör hos Regionerna och kunde således påbörja leveranserna direkt efter avtalstecknande. För övriga leverantörer skulle det krävas en implementeringstid innan leveranser skulle kunna påbörjas, vilket patientsäkerheten inte medgav. Eftersom Regionerna har ett trängande behov av att kunna erbjuda kontinuerlig leverans av dosdispensering och dosexpediting till patienterna, beslutade Regionerna att förlänga tidigare upphandlande leverantörsavtal med Apotekstjänst. Det följer av praxis, exempelvis HFD 2019 ref. 65, att nämnda omständigheter innebär att det föreligger synnerligen brådska eller synnerliga skäl att ingå ett direktuphandlat avtal.

Regionerna hade inte kunnat annonsera och genomföra en ny upphandling med avtalsstart den 1 oktober 2022 under tiden som Konkurrensutsättning 6 överprövades. En upphandlande myndighet ska avvakta domstolens överprövning innan den ingår kontrakt, alternativt göra om eller rätta upphandlingen (se prop. 2021/22:5 s. 159). Om Regionerna skulle genomföra en ny upphandling innan lagakraftvunnen dom kan det innebära ett kringgående av reglerna om förlängd avtalspär (jfr. 16 kap. 8 § LUK och 20 kap. 8 § LOU), vilket i sin tur kan medföra ogiltigförklaring av det tecknade avtalet.

Regionerna har således varit förhindrade att genomföra en ny upphandling under tiden som upphandlingen var föremål för prövning hos förvaltningsdomstolarna.

Brådskan att ingå Kontraktet kan således inte tillskrivas Regionerna. Eftersom dosering av läkemedel är livsnödvändigt för patienterna har det inte varit möjligt för Regionerna att riskera ett avbrott i leveranserna. Anskaffningen har varit absolut nödvändig. Det har följaktligen förelegat sådana skäl att direktupphandlingen har varit tillåten, särskilt mot bakgrund av att det direkttilldelade avtalet endast har varit en temporär lösning i avvaktan på att en annonserad upphandling kan slutföras.

Under alla förhållanden torde det vara ostridigt i målet att anskaffningen har varit nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, eller har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas. Regionerna har således haft rätt att genomföra direktupphandling i enlighet med 19 a kap. 6 § LOU. Denna bestämmelse måste även beaktas vid en tolkning av vad som anses vara synnerliga skäl enligt 15 kap. 6 § LUK.

Närmare om Svensk dos har lidit skada

Beträffande skadestånd på grund av upphandlingsfel har Högsta domstolen i rättsfallen NJA 2000 s. 712 och NJA 2016 s. 369 uttalat att det både vid direktupphandling och annan upphandling är den skadelidande som ska styrka skadans storlek samt att det finns orsakssamband mellan upphandlingsfelet och skadan. Det är således Svensk dos som ska visa att det skulle ha kunnat lämna anbud i en hypotetisk upphandling samt haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

7-klövern utgör med sina cirka 55 000–60 000 patienter ett av de största upphandlingsklustren och de upphandlingar som Regionerna genomför motsvarar cirka 20–25 procent av hela Sveriges dosdispenserings- och dosexpedieringsbehov. För en ny leverantör medför det en betydande produktionsökning att vinna en sådan upphandling. För att kunna ta över ett så stort patientunderlag måste en ny leverantör

sannolikt investera i ny produktionsutrustning, bygga om eller anskaffa lokaler, samt rekrytera och utbilda personal. Detta görs under den s.k. implementeringstiden, det vill säga tiden från kontraktstecknande till kontraktsstart. Att leverantören har tillräcklig kapacitet på plats vid avtalsstart är en nödvändig förutsättning för att tjänsten ska kunna utföras på ett patientsäkert sätt och i enlighet med Regionernas höga krav.

Regionerna har mot bakgrund av föreliggande behov, överprövningar som förhindrat nya upphandlingar, patientsäkerhet samt tidigare och gällande kontrakt uppställt krav på viss maximal implementeringstid, vilken har varierat mellan cirka 5,5 månader och cirka 11 månader. Varje enskild upphandling genomförs med beaktande av rådande omständigheter så som pågående eller avslutade överprövningar samt hur brådskande behovet av dosdispenseringstjänster är. Implementeringstiden måste inte överstiga 5,5 månader. Det är dock möjligt att uppställa en tid om 4 månader inom vilken leverantörerna måste kunna förväntas leverera (se HFD 2012 ref. 48 I).

Svensk dos ansökte den 27 augusti 2019 om överprövning av Konkurrensutsättning 5. Som grund för ansökan om överprövning anförde Svensk dos att implementeringstiden om 5,5 månader var för kort för att Svensk dos skulle ha möjlighet att lägga anbud. Krav på en lång implementeringstid har även gjorts av Svensk dos i Konkurrensutsättning 7 där bolaget har ombett Regionerna att ”senarelägga avtalsstart så att en ny leverantör ges minst 12 månaders framförhållning för att etablera tjänsten”. Övriga leverantörer på marknaden, Apoteket och Apotekstjänst, klarar av kortare implementeringstider än 12 månader för nya kontrakt.

I upphandlingar av dosdispensering och dosexpediering sker tilldelning av kontrakt i princip uteslutande mot bakgrund av dosleverantörernas offererade dospeng. Det finns således ett direkt samband mellan tilldelning av kontrakt, eller en realistisk möjligheten att vinna ett kontrakt, och offererad dospeng. Sedan 2011 har de offererade priserna på dosmarknaden blivit allt lägre. Svensk dos ligger sedan 2019 högst i pris bland de tre konkurrerande dosleverantörerna. Svensk dos har i två upphandlingar genomförda av Stockholms Läns Landsting, Region Gotland och

Region Sörmanland/Västmanland under 2017 offererat ett pris om 0 kr respektive minus 0,13 kr. I en upphandling genomförd av Kalmar länslandsting under 2019 offererade Apoteket minus 0,38 kr. I en upphandling genomförd av Region Halland och Västra Götalandsregionen offererade Apoteket minus 0,53 kr och Svensk dos minus 0,18 kr. I Region Skånes upphandling under 2020 offererade Apotekstjänst minus 0,41 kr, Apoteket minus 0,17 kr och Svensk Dos minus 0,32 kr.

Mot bakgrund av ovan nämnda anbudspriser kan konstateras att det hade krävts ett anbudspris om i vart fall minus 0,54 kr för att en leverantör skulle ha haft en chans att tilldelas Kontraktet. Det är inte sannolikt att Apoteket eller Apotekstjänst skulle ha lämnat ett väsentligt lägre pris än minus 0,54 kr. Det kan konstateras att Svensk dos under perioden mellan 2017 och 2019 offererat priser mellan noll kronor och minus 0,13 kr. I målet är upplyst att Svensk dos under en upphandling nära nu aktuell avtalstid har lämnat anbud på dospeng som är väsentligt lägre. Den upphandlingen avsåg dock 3- och 4-klövern. Enligt Svensk dos egna uppgifter är deras senast erbjudna dospeng i upphandling för 7-klövern minus 0,19 kr. Det framstår därför som synnerligen osannolikt att Svensk dos skulle ha kunnat offererat ett pris som hade varit konkurrenskraftigt i förhållande till övriga aktörer.

Vidare har Svensk dos inte vunnit en enda av de tio konkurrensutsatta upphandlingar som Regionerna och övriga regioner i Sverige genomfört efter år 2017. De dostjänstkontrakt Svensk dos för närvarande har med regioner är direktupphandlade. Svensk dos har visserligen tilldelats kontrakt i tre upphandlingar genomförda av Regionerna. Dessa tilldelningsbeslut har dock överprövats och domstolen har funnit att Svensk dos inte skulle ha tilldelats kontrakten. Svensk dos har således aldrig tecknat avtal med Regionerna och i slutändan aldrig vunnit några av kontrakten. Det kan därmed konstateras att av samtliga sju upphandlingar genomförda av Regionerna har Svensk dos inte vunnit en enda.

Svensk dos har visserligen under 2023 vunnit en upphandling avseende 3-klövern. Regionerna bestrider dock att Svensk dos tilldelning enligt 3-klövernupphandlingen

visar att Svensk dos haft en realistisk möjlighet att vinna ett hypotetiskt upphandlat kontrakt av 7-klövern. Kontraktet för 3-klövern avser ett betydligt mindre patientunderlag och mindre geografisk yta jämfört med 7-klövern. 3-klövern består av Region Sörmland, Värmland och Örebro län med ett sammanlagt patientunderlag om cirka 24 000 patienter. 7-klövern består av Region Uppsala, Region Dalarna, Region Gävleborg, Region Sörmland, Region Värmland, Region Västmanland och Region Örebro län med ett sammanlagt patientunderlag om cirka 55 000–60 000 patienter. Ett kontrakt med 7-klövern ställer således avsevärt högre krav på dosleverantören att under implementeringstiden formera sin verksamhet för att klara av att leverera volymerna som krävs. Svensk dos hade inte klarat av att göra detta eftersom bolaget genomgående har efterfrågat minst 12 månaders implementeringstid för att kunna leverera tjänsten.

Svensk dos tilldelning av kontraktet med 3-klövern styrker Regionernas uppfattning att bolaget inte haft en realistisk möjlighet att vinna ett upphandlat kontrakt av 7-klövern. Tilldelningen visar att det krävs mer än ett halverat patientunderlag jämfört med 7-klövern för att Svensk dos ska kunna konkurrera med Apotekstjänst och Apoteket. Detta blir särskilt tydligt eftersom Svensk dos tilldelades kontraktet med 3-klövern och inte med 4-klövern, trots att Svensk dos offererade samma pris i båda upphandlingarna.

Vid en genomgång av Svensk dos årsredovisningar från de senaste sex åren framgår att det inte är tillfälligheter som gjort att Svensk dos inte har vunnit några upphandlingar. Underlaget indikerar att Svensk dos haft betydande svårigheter att hantera även ökad produktion på ett lönsamt sätt och att Svensk dos varken haft förmåga eller incitament att avge så låga anbud som krävs för att erhålla kontrakt.

Vidare ska framhållas att Konkurrensutsättning 7 är jämförbar med ett hypotetiskt upphandlat kontrakt motsvarande Kontraktet. Tiden för Kontraktet sammanfaller med Konkurrensutsättning 7 avseende perioden den 1 september 2022 till och med den 30 september 2025 med förlängning som längst till och med den 31 augusti 2026. Svensk

dos lämnade anbud i Konkurrensutsättning 7 men kom på andra plats på grund av att den dospeng, om minus 0,19 kr, som bolaget erbjöd var för hög. Apoteket ansökte om överprövning och vann vid förvaltningsrätten. Svensk dos överklagade inte upphandlingen. Upphandlingen visar med tydlighet att Svensk dos inte haft en realistisk möjlighet att erhålla ett hypotetiskt upphandlat kontrakt motsvarande Kontraktet genom erbjudande av en dospeng om minus 0,19 kr. Svensk dos ifrågasättande av relevansen av Regionernas jämförelse med Konkurrensutsättning 7 framstår som inkonsekvent eftersom Svensk dos baserat sin skadeberäkning på sitt offererade pris i den upphandlingen.

Sammanfattningsvis har Svensk dos inte vunnit en enda av de konkurrensutsatta upphandlingar som Regionerna och övriga regioner i Sverige genomfört efter år 2017 och saknar kapacitet att påbörja ett nytt upphandlat kontrakt inom den tid som övriga aktörer klarar av. Svensk dos har dessutom alltsedan 2019 legat högst i pris av de tre konkurrerande leverantörerna. Det är således inte sannolikt att Svensk dos hade kunnat vinna en annonserad upphandling och under alla förhållanden inte med 33,3 procents sannolikhet. Svensk dos har således inte haft en realistisk möjlighet att erhålla Kontraktet. Det är därmed visat att det, även om upphandlingsfel enligt LUK eller LOU skulle anses föreligga, inte finns något orsakssamband mellan Regionernas direktupphandling av Kontraktet och Svensk dos påstådda skada. Grund för skadestånd föreligger således inte.

Närmare om skadans storlek

Utgångspunkten vid beräkningen av ett framtida skadestånd är att den skadelidande parten ska försättas i samma ekonomiska läge som om den skadegörande handlingen inte skett. Svensk dos synes som utgångspunkt för sin skadeberäkning jämfört ett hypotetiskt förlopp med ett verkligt händelseförlopp (den s.k. differensläran). Högsta domstolen har klargjort att differensläran är en utgångspunkt för skadeståndsberäkning av framtida skada (se bland annat NJA 2016 s. 900). Vidare ska hänsyn bland annat tas till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se NJA 2000 s.712).

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, samt bedöma huruvida de uppskattade beloppen kan anses sannolika och skäligen utifrån Svensk dos historiska intjäning och den information som lämnats. Regionerna har hänvisat till BDO:s yttrande gällande beräkning och rimligt antagande kring Svensk dos påstådda skada och därtill anfört i huvudsak följande.

Regionerna kan inte vitsorda Svensk dos antaganden och det sätt på vilket skadan beräknats då det föreligger objektiva omständigheter som visar att de antaganden och grunder för beräkningen som använts inte är relevanta.

GT har beräknat att Svensk dos uteblivna vinst/resultatbortfall under beräkningsperioden om 19 månader är cirka 40 miljoner kr, vilket enligt BDO:s beräkningar motsvarar en rörelsemarginal på cirka 3,6 procent. Svensk dos har dock under åren 2014–2022 redovisat ett samlat rörelseresultat om endast 2,4 miljoner kr, vilket innefattar försäljning av dosdispensering och helförpackningar samt övrig försäljning. Vidare har Svensk dos genomsnittliga rörelsemarginal för de senaste fyra åren endast uppgått till cirka 0,023 procent. Detta visar att Svensk dos påstådda och beräknade resultatbortfall om 40 miljoner kr är osannolikt och orimligt högt. Inget har framkommit som visar att Svensk dos verksamhet skulle ha medfört en förbättrad lönsamhet såvida i målet aktuellt kontrakt erhållits.

I målet är klarlagt att Svensk dos under den aktuella beräkningsperioden har tappat Region Skåne, Region Stockholm och Gotland, samt Region Norrland, vilket sammantaget har utgjort cirka 90 procent av bolagets kontrakt för dosdispensering. Från den 1 juni 2023 har Svensk dos endast haft cirka 11 000 dospatienter att fördela sina kostnader på. Såsom Svensk dos uppgivit i tidigare mål mot Regionerna i Uppsala tingsrätt (jfr bl.a. mål nr T 7257-20 m.fl.) innebär verksamheten väsentliga stordriftsfördelar vilket gör att kostnaden per patient går ned kraftigt. Det kan således

antas att Svensk dos inte kommer ha förutsättningar eller förmåga att driva sin verksamhet med samma effektivitet som tidigare med anledning av sitt väsentligt minskande patientunderlag. De gemensamma kostnader som verksamheten kräver kommer således behöva slås ut på ett väsentligen färre antal patienter. GT:s antagande och beräkningar avseende årlig kostnad per patient är därmed felaktiga och vid mycket små justeringar i dessa antaganden uppkommer högst väsentliga skillnader i summan av påstått resultatbortfall. En ökning av omkostnaden per år och patient med 100 kr ger en total ökning under avtalsperioden med drygt 8,8 miljoner kr.

Vidare framgår av Svensk dos årsredovisning för 2022 att kostnader uppkommit i samband med avslut av avtalet med Region Skåne. Om det finns väsentliga kostnader som uppkommer vid avslut borde dessa tas in i den årliga kostnader per patient som används under beräkningsperioden och inte bara de år de faller ut i resultatberäkningen, vilket Svensk dos inte har gjort. Det kan således konstateras att Svensk dos inte tidigare gjort en korrekt kostnadsuppskattning för sina avtal och att kostnaden per patient således är för lågt angiven.

Svensk dos beräkningar har vidare baseras på en dospeng om minus 0,19 kr, vilket inte är en rimlig och relevant utgångspunkt. En dospeng av den storleken är inte konkurrenskraftig och utesluter att Svensk dos kan tilldelas något kontrakt. För att kunna vinna en upphandling krävs en betydligt lägre dospeng, vilket ger ett betydligt lägre resultatbortfall. En dospeng om minus 0,54 kr per patient och dygn minskar det påstådda resultatbortfallet med 11,3 miljoner kr. Av BDO:s beräkningar framgår att det krävs en dospeng om minus 1,43 kr respektive minus 1,64 kr, beroende på om helförpackningar och övrig försäljning räknas med, för att Svensk dos ska gå ”break-even” på ett hypotetiskt upphandlat kontrakt av 7-klövern.

Ett dosavtal omfattar endast dosdispensering och dosexpeditering, vilket innebär att det endast kan komma i fråga att Svensk dos, vid beräkningen av skada, får medräkna intäkter och kostnader som avser dosdispenseringen och dosexpeditering för de läkemedel som förpackas i dospåsen. Utebliven försäljning av ”helförpackningar” och

”övrigt” är så avlägsna skador att det inte omfattas av någon skadeståndsrättslig ersättningsrätt, vare sig enligt den s.k. normskyddsläran eller skyddsändamålsläran. Att Svensk dos inkluderar intäkter från helförpackningar och övriga intäkter i sina beräkningar medför därför ett felaktigt resultat.

Vidare måste bruttomarginalen, utifrån de dosavtal Svensk dos har haft historiskt, bedömas utifrån de förutsättningarna som gäller för respektive region. Svensk dos har i de tidigare processerna i Uppsala tingsrätt uppgett bolagets bruttovinstmarginal för direktleveranser för Region Stockholm och Gotland respektive Region Skåne. Skillnaden mellan regionerna är påtaglig vilket visar att man inte kan göra generella antaganden för de sju regionerna i detta mål. Därutöver kan också konstateras att bruttomarginal enligt GT generellt sett har en fallande trend.

Ovanstående analys gäller oaktat om Svensk dos skulle tilldelats kontraktet med 7-klövern under aktuell beräkningsperiod. I en hypotetisk situation där Svensk dos hade tilldelats kontraktet i målet hade omständigheterna varit följande. Svensk dos hade från och med den 1 oktober 2022 till den 31 januari 2023 haft cirka 135 000 patienter, eftersom man innan avslutet av avtalet med Region Skåne haft cirka 105 000 patienter och därefter tappat 30 000 patienter från Region Skåne och sedan fått ett tillskott på cirka 60 000 patienter från 7-klövern. Från den 1 februari 2023, då Svensk dos avslutade avtalet med Region Stockholm och Gotland, skulle Svensk dos haft cirka 97 000 patienter. Slutligen skulle Svensk dos efter den 1 juni 2023 i en hypotetisk situation endast haft cirka 71 000 patienter.

En tilldelning av 7-klöverns kontrakt under förevarande beräkningsperiod skulle således endast medföra ett högre patientantal för Svensk dos under perioden den 1 oktober 2022 till och med den 31 januari 2023 och då hade patientantalet endast varit cirka 35 000 högre jämfört med det genomsnittliga patientantalet för 2021. Kostnaden för en produktionsökning av den storleken under 4 månader torde knappast blivit lönsam. Därefter hade patientantalet minskat till 97 000 respektive 71 000 patienter, vilket understiger det patientantal som Svensk dos haft under tidigare år. Det skulle

därmed ha funnits färre patienter att fördela de fasta kostnaderna på. Att under dessa förhållanden göra gällande att det skulle generera en vinst om 40 miljoner kr är osannolikt, särskilt med beaktande av de kostnader som avslutet av avtalen med Region Stockholm och Gotland samt Region Norrland torde innebära.

Som nämnts ska överträdelsens karaktär även beaktas vid bedömningen av skadans storlek (se NJA 2000 s. 712). I förevarande fall föreligger förmildrande omständigheter. Leverantörerna på marknaden för dosdispensering och dosexpeditering har systematiskt begärt överprövning av i princip samtliga genomförda upphandlingar. Detta i förening med att dosmarknaden har varit föremål för förändring, samt att det förelegat oklarheter om vilka regler som ska tillämpas för dostjänster, har medfört att det förelegat betydande svårigheter att genomföra upphandlingar av dostjänster i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Att regioner nödgas direktupphandla tjänsten genom att förlänga befintliga kontrakt är således ett genomgående problem på marknaden. I Förvaltningsrättens i Göteborg mål 12649-20 konstaterades att det, med hänvisning till bland annat ett allmänintresse, förelåg förmildrande omständigheter.

Det ska vidare noteras att dosmarknaden tidigare varit sådan att leverantörerna erhållit flera kronor i dospeng, jämfört med dagens läge där leverantörer de facto betalar för att erhålla kontrakt. Det är emellertid inte Regionerna som har skapat denna i sig osunda utveckling, varför Regionerna inte heller kan bära något ansvar för en sådan ekonomisk skada hos en leverantör. Skadan är inte förutsebar för Regionerna och således inget Regionerna kan styra över.

Slutligen bestrider Regionerna Svensk dos påstående om att de underlåtit att efterpublicera upphandlingsresultatet i syfte att försvåra upptäckten av ingåendet av Kontraktet, samt att det skulle inverka vid bedömningen av påstådd överträdelsens karaktär. På dosmarknaden finns endast tre aktörer som har möjlighet att delta i en upphandling. Dessa aktörer är fullt medvetna om vilka upphandlingar som är på gång, varför betydelsen av en efterannons således är marginell i sammanhanget.

Närmare om jämkning

Rätten till skadestånd är beroende av att leverantören gör vad den kan för att undvika eller minska sin skada (se NJA 2018 s. 1127). Kravet medför att Svensk dos i förevarande fall ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Begränsningen ska utgå från hur en normal aktör i branschen skulle ha agerat. Ett annat vanligt sätt att beskriva skyldigheten för den skadelidandes agerande är att den ska handla ”ekonomiskt förnuftigt”. Att endast delta i upphandlingar på dosmarknaden är inte tillräckligt för att försöka begränsa sin skada.

Hovrätten har i RH 2010:48 konstaterat att begränsning av skada i upphandlingsmål innebär att den skadelidande måste ansöka om överprövning av de upphandlingsfel som leverantören får kännedom om. Högsta domstolen 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. Vidare framgår av NJA 2016 s. 369 att det anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol om en sådan prövning hade kunnat fylla en reell funktion. Hovrätten har i RH 2010:48 konstaterat att skadeståndet ska jämkas till noll kronor när det varit oaktsamt för den klagande parten att inte föra talan vid förvaltningsdomstol (jfr Göteborgs tingsrätts dom den 26 februari 2021 i mål T 11425-18 m.fl.).

I förevarande fall hade en överprövning fyllt en funktion genom att frågan huruvida LUK eller LOU är tillämpliga samt huruvida det skett en otillåten direktupphandling hade kunnat fastställas vid förvaltningsrätten innan skadeståndstalan på grund av en påstådd otillåten direktupphandling väcktes vid tingsrätten. Om ett förvaltningsrättsligt avgörande hade meddelats innebärande att en direktupphandling under förevarande omständigheter står i strid med upphandlingsrätten hade Regionerna kunnat påbörja en konkurrensutsättning tidigare och därigenom inskränkt förlängningsperioden eller undvikit ytterligare förlängning av befintligt kontrakt. Eftersom prövning av en upphandling i första hand ska ske genom en förvaltningsprocess hade det enligt

Regionernas uppfattning varit en lämplig ordning som dessutom hade varit betydligt mindre kostnadsdrivande än nuvarande process.

Svensk dos har dock inte utnyttjat möjligheten att överpröva ett avtals giltighet i enlighet med 16 kap. 13 § LUK eller 20 kap. 13 § LOU och får därför anses ha agerat vårdslöst. Svensk dos har stor erfarenhet av överprövningsärenden och det har inte funnits någon anledning att underlåta att föra talan i förvaltningsdomstol. Det är inte rimligt, eller förenligt med grundtanken med det upphandlingsrättsliga sanktions-systemet, att det faktum att direktupphandlande kontrakt av dosdispensering och dosexpediering generellt får bestå i anledning av ett viktigt allmänintresse skulle medföra att leverantörerna inte behöver föra en ogiltighetstalan vid förvaltningsdomstol.

Vidare har Svensk dos inte visat att bolaget har försökt få andra uppdrag, vilket hade varit ett normalt sätt att begränsa skadan. Svensk dos är oförhindrat att marknadsföra sig mot den aktuella patientgruppen och erbjuda såväl läkemedel i helförpackning som övriga varor i hela landet. Svensk dos har även kunnat direktförsälja dosläkemedel till patientgrupper inom Regionerna, i enlighet med det förfarande bolaget beskriver på sin hemsida. Därtill har Svensk dos varit medvetet om att det direkttilldelade Kontraktet ingåtts och således haft tid till sitt förfogande för att försöka begränsa sin skada.

Slutligen bör skadeståndet jämkas eftersom Regionerna inte haft rådighet över de många och långdragna överprövningsprocesserna som de tre aktörerna på dosmarknaden inlett, samt då det föreligger förmildrande omständigheter. Leverantörernas överklaganden och domstolarnas långa handläggningstider har medfört att Regionerna inte kunnat slutföra ett annonserat upphandlingsförfarande sedan 2016. Ett eventuellt skadestånd ska därmed jämkas till noll.

UTREDNINGEN I TINGSRÄTTEN

På **Svensk dos** begäran har partsförhör under sanningsförsäkran hållits med *André Sjöblom*, Commercial Manager Dos och extern firmatecknare på Svensk dos, och vittnesförhör hållits med *Mats Fagerlund*, Head of Advisory på Grant Thornton.

På **Regionernas** begäran har vittnesförhör hållits med *Thomas Lindqvist*, före detta vice ordförande läkemedelskommittén Region Uppsala, pensionerad leg. apotekare och farm. dr, vårdkvalitetsenheten hos Region Uppsala, *Anna Thörn*, farmaceut, Läkemedelscentrum, Hälso- och sjukvårdsförvaltningen, Universitetssjukhuset i Örebro, 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 enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen.

DOMSKÄL**LUK är tillämplig**

Den första frågan tingsrätten har att ta ställning till är vilket regelverk, om något, som är tillämpligt på Regionernas direktupphandling av Kontraktet.

Svensk dos har i första hand gjort gällande att LUK och i andra hand att LOU är tillämplig på direktupphandlingen av Kontraktet. Regionerna har gjort gällande att direktupphandlingen av Kontraktet varken omfattas av LOU eller LUK.

Tingsrätten konstaterar inledningsvis att det följer av Kontraktet att leverantören åtar sig att leverera dosdispensering och dosexpediering av läkemedel för öppenvård i enlighet med Kontraktet och det förfrågningsdokument som legat till grund för upphandlingen, Konkurrensutsättning 7, samt de villkor som framgår av antaget anbud. I förfrågningsdokumentet anges att leverantören ska leverera dosdispenserade läkemedel och beställda helförpackningar, samt om önskemål finns, erbjuda direktleveransavtal i enlighet med kraven i upphandlingsunderlaget. Vidare anges i förfrågningsdokumentet att den tjänst som efterfrågas endast utgörs av ensidiga förpliktelser från leverantörens sida och att den därför inte omfattas av upphandlingsskyldighet.

Rättsliga utgångspunkter

Enligt 1 kap. 13 § LUK avses med *koncession* ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en koncessionshavare där kontraktet utgör antingen en byggkoncession eller en tjänstekoncession. Vidare krävs att ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, samt att kontraktet innefattar att en verksamhetsrisk övertas av koncessionshavaren.

Med *verksamhetsrisk* avses enligt 1 kap. 22 § LUK efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda. Av 1 kap. 23 § LUK följer att 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.

I mål C-367/19 (Tax-Fin-Lex) konstaterade EU-domstolen att uttrycket *med ekonomiska villkor* syftar på ett kontrakt varigenom varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan, och att den ömsesidigt förpliktande karaktären hos ett avtal således utgör ett huvudkännetecken för ett offentligt kontrakt. Vidare konstaterade domstolen att även om motprestationen inte nödvändigtvis måste bestå i utbetalning av en penningssumma innebär den ömsesidigt förpliktande karaktären att det skapas rättsligt bindande skyldigheter för vardera parten i avtalet vars fullgörande måste kunna åberopas inför domstol (se p. 25–27 i domskälen).

EU-domstolen konkluderade därefter att ett avtal genom vilket en upphandlande myndighet juridiskt sett inte är skyldig att tillhandahålla någon prestation i utbyte mot den prestation som dess medkontrahent har åtagit sig att utföra inte omfattas av begreppet kontrakt med ekonomiska villkor. Vidare konstaterade domstolen att omständigheten att tilldelningen av kontraktet skulle kunna ha ett ekonomiskt värde för anbudsgivaren, genom att anbudsgivaren ges tillgång till en ny marknad eller kan erhålla referenser, är alltför oberäknelig och kan följaktligen inte räcka för att kontraktet ska kvalificeras som ett kontrakt med ekonomiska villkor (se p. 27 och 28 i domskälen).

Gällande kravet på att kontraktet innefattar att en *verksamhetsrisk* övertas av *koncessionshavaren* har EU-domstolen i mål C-206/08 (Eurawasser) uttalat att det är nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en

betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, även om den risk som den upphandlande myndigheten bär är mycket begränsad, för att kravet på överföring av verksamhetsrisk ska anses uppfyllt (se p. 77 i domskälen).

Tingsrättens bedömning

Det är ostridigt att ersättningsmodellen i dostjänstekontrakt, såsom Kontraktet, är utformad så att leverantören i första hand får betalning för dostjänsten från personerna i de aktuella regionerna som nyttjar dostjänsten, de s.k. dospatienterna. De betalar för läkemedlen upp till högkostnadsskyddet. Därutöver får leverantören ersättning från E-hälsomyndigheten för de belopp som överskrider patienternas högkostnadsskydd. E-hälsomyndigheten debiterar sedan regionerna. Regionerna får i sin tur täckning för kostnaderna genom statsbidrag. Utöver detta tillkommer dospengen. Dospengen utgör endast en mindre del av de intäkter som dostjänsten genererar och som leverantören räknar med inför en upphandling. På senare tid har utvecklingen på dosmarknaden gått mot att allt lägre dospeng offereras av leverantörerna. Numera offereras inte sällan negativa priser, vilket innebär att leverantören betalar regionerna för att få tillhandahålla dostjänster.

Genom vad som förevarit är utrett att leverantören vid tilldelning av kontrakt avseende dostjänster, Kontraktet inbegripet, får tillgång till patientuppgifter till de dospatienter som är bosatta i de aktuella regionerna. Leverantören knyts dessutom till dessa patienter i det digitala förskrivningssystemet Pascal, vilket innebär att leverantören är förhandsvald som dosleverantör när läkare i systemet förskriver dosläkemedel. Leverantören får tillgång till patientuppgifter samt kopplas till dospatienterna genom att migrering sker efter det att en upphandling har avslutats. Av utredningen kan vidare slutsatsen dras att Regionernas deltagande i arbetet med migrering är en nödvändig förutsättning för att den vinnande leverantören ska kunna fullgöra sin avtalade skyldighet att leverera dostjänster.

Till skillnad från förhållandena i Tax-Fin-Lex har Regionerna således varit skyldiga att tillhandahålla motprestationer. Migreringen och rätten att utföra dosdispenseringen har

inneburit ett ekonomiskt värde för leverantören. Kontraktet är därför ett kontrakt med ekonomiska villkor (jfr bl.a. Kammarrättens i Stockholm dom den 3 maj 2021 i mål nr 6763-20 m.fl.).

Av utredningen framgår vidare att leverantören får en rätt att utnyttja den egna prestationen genom att debitera patienterna. Även om ingen dospeng erläggs av Regionerna innebär Kontraktet att leverantören får intäkter genom bland annat försäljning av dosläkemedel. Den ersättning som leverantör kan förväntas få är således kopplad till rätten att utnyttja den upphandlade tjänsten på det sätt som krävs enligt 1 kap. 13 § LUK.

Såvitt gäller frågan om övertagande av verksamhetsrisk gör tingsrätten följande överväganden. Av utredningen framgår att leverantören varken garanteras försälja visst värde eller viss volym. Med hänsyn till detta samt med beaktande av den ersättningsmodell som redovisats ovan får en betydande del av den risk som Regionerna skulle löpa om de själva utförde tjänsten anses föras över på leverantören. Kontraktet innefattar därför en sådan överföring av verksamhetsrisk som avses i 1 kap. 13 § LUK. Omständigheten att Regionerna tidigare inte har bedrivit verksamheten medför inte någon annan bedömning (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 3 maj 2021 i mål nr 6763-20 m.fl.).

Sammanfattningsvis anser tingsrätten att Kontraktet är ett avtal med ekonomiska villkor, att ersättningen för utförandet av dostjänsten kopplad till rätten att utföra tjänsten samt att Kontraktet innefattar en överföring av verksamhetsrisk. Det är alltså frågan om en tjänstekoncession för vilken LUK är tillämplig.

Direktupphandlingen var otillåten

Av 8 kap. 1 § LUK följer att en upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession ska informera om detta genom att annonsera upphandlingen. Enligt 8 kap. 3 § LUK får en koncession tilldelas utan föregående annonsering, en s.k. direktupphandling, om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss

leverantör på grund av (1) att syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation, (2) att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller (3) skyddet av ensamrätt. I de två sistnämnda fallen får undantaget endast tillämpas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. En upphandlande myndighet får enligt 8 kap. 4 § LUK även tilldela en koncession utan föregående annonsering om det vid ett förfarande med annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud.

Upphandlingar vars värde understiger ett visst tröskelvärde regleras särskilt i 15 kap. LUK (se 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § LUK). Enligt 15 kap. 5 § LUK ska en upphandlande myndighet som avser att upphandla en koncession som understiger tröskelvärdet informera om sin avsikt genom en förhandsannons. I 15 kap. 6 § första stycket LUK anges att direktupphandling är tillåten om värdet av koncessionen understiger fem procent av tröskelvärdet, punkten 1, om förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, punkten 2, eller om det finns synnerliga skäl, punkten 3. Det är ostridigt att tröskelvärdet för koncessioner är 55 991 099 kr och att fem procent av tröskelvärdet, den s.k. direktupphandlingsgränsen, uppgår till 2 799 554 kr.

Värdet av en koncession ska enligt 5 kap. 2 § LUK uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet varor som följer med sådana tjänster. I 5 kap. 5 § LUK anges att värdet ska uppskattas med en objektiv metod samt att vid uppskattningen ska, i tillämpliga fall, hänsyn tas till bland annat värdet av varje form av options- och förlängningsklausul i fråga om koncessionens varaktighet, värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av de upphandlande myndigheterna förutsatt att de är nödvändiga för att utföra tjänsterna, samt intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen. Enligt 5 kap. 3 § LUK ska uppskattningen avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Det framgår av förfrågningsdokumentet att det totala värdet för enbart dosdispenserade läkemedel under avtalsperioden (2022–2026) uppgår till 2,3 miljarder kr. Kontraktets värde – som bör bedömas utifrån en avtalsperiod om 19 månader och således uppgå till cirka en tredjedel av det totala värdet – överskrider tröskelvärdet om 55 991 099 kr. Enligt tingsrättens mening är undantagsreglerna i 15 kap. 6 § LUK därför inte tillämpliga. Det är inte heller fråga om någon sådan situation som enligt 8 kap. 3 och 4 §§ LUK kan grunda rätt till direktupphandling. Regionerna har alltså varit skyldiga att annonsera upphandlingen av Kontraktet i enlighet med 8 kap. 1 § LUK. Genom att upphandla Kontraktet utan föregående annonsering har Regionerna i strid mot LUK genomfört en otillåten direktupphandling.

Regionerna har hävdatt att undantagen i 15 kap. 6 § första stycket 1 och 3 LUK är tillämpliga. Parterna har också argumenterat i denna fråga. Tingsrätten kan emellertid konstatera att Kontraktets värde vida överstiger direktupphandlingsgränsen. Enligt tingsrättens bedömning har inte heller synnerliga skäl för direktupphandling förelegat. Även med tillämpning av 15 kap. 6 § LUK har direktupphandlingen således varit otillåten.

Svensk dos har rätt till skadestånd med yrkat belopp

Rätt till skadestånd

Av 16 kap. 20 § första stycket LUK följer att en upphandlande myndighet som inte har följt LUK ska ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör. En förutsättning för att en leverantör ska anses ha rätt till skadestånd är således att denne har lidit skada till följd av upphandlingsfelet. I bestämmelsens andra stycke anges att rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna LUK menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

Högsta domstolen har i flera avgöranden uttalat sig om beviskravet för att leverantören lidit skada till följd av påstått upphandlingsfel. I förevarande fall är främst NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349 av betydelse. I det förstnämnda fallet uttalade Högsta domstolen att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att denne förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att skadestånd ska utgå med ett högre belopp än motsvarande de kostnader som leverantören kan ha haft. Därtill uttalade Högsta domstolen att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp. Högsta domstolen anförde att en sådan princip lämnar utrymme för att beakta om också andra leverantörer än den som väckt talan måste bedömas ha haft goda möjligheter att erhålla kontraktet.

I NJA 2007 s. 349 klargjorde Högsta domstolen att ersättning till leverantören bör utgå i form av det positiva kontraktsintresset när en upphandling har annonserats. Gällande situationen att beställaren inte har infordrat något anbud uttalade Högsta domstolen att leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och som därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet bör kunna få skadestånd. Högsta domstolen klargjorde att ett sådant skadestånd kan behöva uppgå till mer än nedlagda kostnader, varför en skönsässig bedömning i enlighet med vad domstolen angav i NJA 2000 s. 712 är påkallad. Högsta domstolen framhöll att det inte kan krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören ska kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han haft.

Som tidigare konstaterats är det ostridigt att Regionerna har ingått Kontraktet med Apotekstjänst genom direkttilldelning. Det har vidare ålegat Regionerna att annonsera upphandlingen av Kontraktet i enlighet med huvudregeln i LUK. Regionernas underlåtenhet att annonsera upphandlingen utgör således ett brott mot LUK och är skadestandsgrundande (16 kap. 20 § LUK).

Regionerna har i förevarande fall inte infordrat några anbud innan kontraktet har tilldelats. Det krävs därför att Svensk dos visar att bolaget *sannolikt skulle ha lämnat ett anbud* och därvid skulle ha haft en *realistisk möjlighet att erhålla kontraktet* för att ha rätt till skadestånd.

Tingsrätten gör i denna del följande överväganden.

Det är utrett att Svensk dos under flera år har varit och alltså är en av tre aktörer på dosmarknaden. Vidare har framkommit att Svensk dos historiskt sett har lämnat anbud i samtliga upphandlingar av dostjänster. Det är därför sannolikt att Svensk dos skulle ha lämnat anbud om Regionernas upphandling av Kontraktet hade annonserats.

Det är vidare ostridigt att Svensk dos har vunnit upphandlingar på dosmarknaden, däribland en upphandling genomförd av 3-klövern i december 2022. Svensk dos har vid flera tillfällen tilldelats kontrakt i upphandlingar genomförda av 7-klövern, även om kontrakten, efter att upphandlingarna överprovats, har tilldelats andra leverantörer.

Av vad som framkommit i målet anser tingsrätten det utrett att Svensk dos tidigare har varit en av de största aktörerna på marknaden sett till antalet dospatienter och att bolaget således har haft kapacitet att skala upp sin produktion i takt med att det har vunnit upphandlingar. Det faktum att Svensk dos på senare tid har förlorat kontrakt avseende vissa regioner påverkar inte bedömningen av om bolaget skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla Kontraktet vid en korrekt genomförd upphandling. Vidare anser tingsrätten det utrett att Svensk dos vid upphandlingar av dostjänster genomförda under åren 2019 och 2020 har offererat lägre dospeng än annan leverantör, låt vara att bolaget inte har offererat lägst dospeng.

Utredningen ger sammanfattningsvis vid handen att Svensk dos skulle ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas Kontraktet om Regionerna hade genomfört en upphandling i enlighet med LUK. Svensk dos är således berättigad till skadestånd på grund av Regionernas överträdelse av LUK.

Skadans storlek

I enlighet med ovannämnda praxis ska ersättning utgå med ett uppskattat skäligt belopp, vilket ska fastställas genom en skönsmässig bedömning där hänsyn tas till bland annat överträdelsens karaktär och utsikter till vinst.

Vad gäller *överträdelsen karaktär* konstaterar tingsrätten att redan omständigheten att det rör sig om en otillåten direktupphandling medför att överträdelsen är att anse som allvarlig. Detta eftersom en otillåten direktupphandling innebär att vissa leverantörer helt förtas möjligheten att konkurrera om kontraktet. En otillåten direktupphandling träder således de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, transparens och öppenhet förnär (jfr. 4 kap. 1 § LUK).

Tingsrätten konstaterar i detta sammanhang även följande. Apoteket ansökte om överprövning av Konkurrensutsättning 7. Förvaltningsrätten beslutade den 29 juli 2022 att upphandlingen skulle göras om (Förvaltningsrättens i Uppsala mål nr 7622-21 m.fl.). Som skäl för beslutet angav förvaltningsrätten att upphandlingen stred mot LUK då Regionerna i förfrågningsdokumenten hade angett att upphandlingen inte omfattades av upphandlingsskyldigheten i LUK. Skälet till att upphandlingen fick göras om var således att Regionerna hade begått ett upphandlingsfel. Vad gäller upphandlingarna som föregått Konkurrensutsättning 7 har Regionerna efter beslut från förvaltningsdomstolar behövt göra om Konkurrensutsättning 2, 3 och 5. I samtliga fall har skälet till förvaltningsdomstolarnas beslut varit att upphandlingsfel begåtts av Regionerna. Vidare har Regionerna fattat beslut om att avbryta Konkurrensutsättning 4 på grund av att det under anbudstiden inkommit invändning mot att upphandlingen inte var ekonomiskt kalkylerbar. Regionerna har dessutom avbrutit Konkurrensutsättning 6 efter att det framkommit att upphandlingen inte hade publicerats på rätt sätt.

Regionerna har gjort gällande att de inte hade kunnat genomföra en ny upphandling med avtalsstart den 1 oktober 2022 under tiden som Konkurrensutsättning 6 överprövades, eftersom det hade kunnat innebära ett kringgående av regeln om

förlängd avtalsspärr i 16 kap. 8 § LUK. Enligt tingsrättens mening är nämnda bestämmelse tillämplig om en ansökning om överprövning av en *upphandling* har gjorts. I målet är ostridigt att Regionerna beslutade att Konkurrensutskottet 6 skulle avbrytas. Apotekstjänst ansökte därefter om överprövning av Regionernas avbrytandebeslut. Det var således inte fråga om en överprövning av en upphandling. Det nu sagda innebär att Regionerna inte var förhindrade att genomföra en ny upphandling under tiden som överprövningsprocessen avseende avbrytandebeslutet pågick.

Som redogjorts för ovan har Regionerna vid upprepade tillfällen misslyckats med att genomföra upphandlingar av dostjänster i enlighet med upphandlingsreglerna. Mot denna bakgrund framstår det som särskilt anmärkningsvärt att Regionerna i förfrågningsunderlaget till Konkurrensutskottet 7 uttryckligen angett att upphandlingen inte omfattas av LOU eller LUK (jfr 4 kap. 2 § LUK). Regionerna har inte heller efterannonserat upphandlingen av Kontraktet. Det finns därför all anledning att se allvarligt på överträdelsen.

Vid bedömningen av Svensk dos *utsikter till vinst* bör i enlighet med vad parterna anfört utgångspunkt tas i den s.k. differensläran, dvs. skillnaden mellan ett hypotetiskt och verkligt händelseförlopp. Parterna har dock olika uppfattning om vilka antaganden som ska ligga till grund för beräkningen.

Av förfrågningsdokumentet framgår att leverantören ska leverera dosdispenserade läkemedel och beställda helförpackningar, samt om önskemål finns erbjuda direktleveransavtal i enlighet med kraven i upphandlingsunderlaget. Såväl intäkter från försäljning av dosläkemedel som intäkter från försäljning av helförpackningar och övriga intäkter bör därför beaktas vid beräkningen av Svensk dos resultatbortfall.

Svensk dos har – även med beaktande av vad Regionerna i denna del anfört – genom GT:s sakkunnigutlåtanden presenterat en alltigenom övertygande utredning till stöd för beräkningen av bolagets resultatbortfall. Mats Fagerlund har dessutom bekräftat,

försvarat och närmare redogjort för sina slutsatser i utlåtandet på sådant sätt att hans beräkningar bör tjäna som utgångspunkt för bedömningen av Svensk dos resultatbortfall.

Vid bedömningen av Svensk dos utsikter till vinst ska även beaktas om andra leverantörer haft goda möjligheter att erhålla kontraktet (jfr ovan nämnda rättsfall). Mot bakgrund av vad som upplysts om dosmarknaden och antalet leverantörer ska Svensk dos därför få tillgodogöra sig endast 1/3 av resultatbortfallet. Det är också den syn som bolaget själv anlagt. Svensk dos har dessutom gjort ett skönsmässigt avdrag om drygt 3 miljoner kr, ner till det yrkade beloppet om 10 miljoner kr. Det nu sagda innebär sammantaget att Svensk dos utsikter till vinst – med hänsyn tagen till den försiktighet som i allmänhet är påkallad vid bedömningen av ett hypotetiskt förlopp – får anses ligga tämligen nära det yrkade beloppet.

Mot bakgrund av överträdelsen allvarliga karaktär samt Svensk dos utsikter till vinst finner tingsrätten vid en skönsmässig bedömning att det av Svensk dos yrkade skadeståndet om 10 miljoner kr är skäligt. Svensk dos har gällande fördelningen av det yrkade beloppet utgått från patientantal tillhandahållna av Regionerna. Även med beaktande av den uppgift som framkommit vid huvudförhandlingen – att Svensk dos i begränsad omfattning försäljer dostjänster till privata vårdgivare – finns det inte skäl att frånga den fördelning som Svensk dos har angett.

Frågan om jämkning av skadeståndet

Rätten till skadestånd på grund av upphandlingsfel är i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer beroende av att leverantören gör vad den kan för att undvika eller minska sin skada (se NJA 2018 s. 1127). Kravet innebär att den skadelidande ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Det är den skadeståndsskyldige parten som har bevisbördan för att den skadelidande hade kunnat vidta åtgärder som skulle ha begränsat skadan samt att den skadelidande borde ha insett att denna möjlighet förelåg (se NJA 2017 s. 9).

Högsta domstolen konstaterade i NJA 2016 s. 369 att det ofta kan anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel om en sådan prövning hade kunnat fylla en reell funktion. Högsta domstolen uttalade att en överprövningsprocess visserligen ofta är förenad med kostnader som inte ersätts där och att betänksamhet mot att initiera en sådan process även kan föreligga av andra skäl. Högsta domstolen framhöll dock att begära överprövning inte i allmänhet kan anses utgöra en betydande olägenhet, vara alltför betungande och inte heller ligga vid sidan av en normalt bedriven affärsverksamhet.

Regionerna har anfört att skadeståndet ska jämkas till 0 kr och har som skäl för jämkning angett att Svensk dos inte har utnyttjat möjligheten att överpröva ett avtals giltighet i enlighet med 16 kap. 13 § LUK och får därför anses ha agerat vårdslöst. Därtill har Regionerna anfört att Svensk dos inte har visat att bolaget har försökt få andra uppdrag, vilket hade varit ett normalt sätt att begränsa skadan. Vidare har Regionerna som skäl för jämkning anfört att det föreligger förmildrande omständigheter då leverantörernas överprövningar och domstolarnas långa handläggningstider har medfört att Regionerna inte kunnat slutföra ett annonserat upphandlingsförfarande sedan 2016.

Det står klart att Svensk dos inte har begärt överprövning av Kontraktets giltighet. Svensk dos har dock, med hänvisning till tillämplig underrättspraxis, anfört att det inte har varit vårdslöst att inte begära en överprövning. Enligt bolaget hade en överprövning inte fyllt en reell funktion eftersom Kontraktet med all säkerhet skulle ha fått bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Svensk dos har också framhållit att Apoteket begärde överprövning av Konkurrensutsättning 7 innan Apotekstjänst tilldelades Kontraktet. En överprövningsprocess pågick således redan när Regionerna genomförde den otillåtna direktupphandlingen av Kontraktet. Mot bakgrund av nu nämnda omständigheter har Regionerna inte visat att Svensk dos förfarit oaktsamt genom att inte initiera en överprövningsprocess.

Vad gäller frågan om Svensk dos skäligen bort vidta några andra åtgärder för att begränsa sin skada konstaterar tingsrätten följande. Det är utrett att Svensk dos har deltagit i samtliga upphandlingar på dosmarknaden och att bolaget därutöver har börjat erbjuda privata vårdgivare dosdispenseringstjänster. Som tingsrätten tidigare konkluderat ges den vinnande leverantören genom Kontraktet tillgång till patientuppgifter samt kopplas digitalt till dospatienterna. Av André Sjöbloms uppgifter, vilka tingsrätten inte finner anledning att ifrågasätta, framgår att det i praktiken inte är möjligt att ta marknadsandelar från den leverantör som tilldelas ett kontrakt som det nu aktuella. Regionerna har följaktligen inte visat att Svensk dos bort vidta andra skadebegränsande åtgärder.

I linje med vad tingsrätten konstaterat ovan om Regionernas upprepat misslyckade upphandlingar kan vad Regionerna anfört om förmildrande omständigheter inte påverka skadeståndet i sänkande riktning.

Sammanfattningsvis har Regionerna inte visat att det finns skäl att jämka skadeståndet. Skadestånd ska således utgå med det belopp och enligt den fördelning som Svensk dos har yrkat.

Rättegångskostnader

Av 18 kap. 1 § rättegångsbalken följer att den förlorande parten som huvudregel ska ersätta den vinnande partens rättegångskostnad. Om det i målet finns flera yrkanden och parterna är att anse som ömsom vinnande och förlorande ska parterna dock enligt 18 kap. 4 § rättegångsbalken bära sina egna rättegångskostnader, alternativt kan parts skyldighet att ersätta den andres rättegångskostnad jämkas. Av praxis från Högsta domstolen följer att regeln i 18 kap. 4 § rättegångsbalken endast avser utgången i parternas yrkanden i huvudsaken (se NJA 2016 s. 87).

Med hänsyn till utgången i målet ska Regionerna som utgångspunkt ersätta Svensk dos rättegångskostnader. Regionerna har anfört att det vid fördelningen av rättegångskostnaderna ska beaktas att viss del av den yrkade ersättningen är hänförlig

till de frågor om edition som har förekommit under målets handläggning. Tingsrätten konstaterar att nämnda editionsfrågor inte utgör del av huvudsaken och att utgången i dessa frågor således, i enlighet med ovan nämnda praxis från Högsta domstolen, inte utgör skäl att frångå huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken.

Regionerna har överlämnat till tingsrätten att bedöma skäligheten av Svensk dos yrkade rättegångskostnader.

Vad Svensk dos har yrkat utgör enligt tingsrätten skälig ersättning för tillvaratagande av Svensk dos rätt. Regionerna ska således ersätta Svensk dos med yrkat belopp. Rättegångskostnaderna ska fördelas på respektive region på det sätt som framgår av domslutet.

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

Överklagande, ställt till Svea hovrätt, inges till tingsrätten senast den 5 april 2024.

Wilhelm Rönnqvist

Maria Wetterstrand

Oskar Nyqvist



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.