

**SÖKANDE**

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097

Ombud: Advokat Einar Wanhainen  
Calissendorff Swarting Advokatbyrå KB**MOTPARTER**

1. Region Västerbotten
2. Region Norrbotten
3. Region Västernorrland
4. Region Jämtland Härjedalen

Ombud för 1-4: Advokat Jan Stålhandske  
Advokatfirman Oebergs AB

5. Svensk dos AB, 556869-9143

Ombud: Advokaterna Olof Larsberger och Carl Norén  
Kastell Advokatbyrå AB**SAKEN**Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling -  
LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**Förvaltningsrätten avslår ansökan.  

---

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

I en samordnad ramavtalsupphandling infordrade Västerbottens läns landsting (numera Region Västerbotten), på uppdrag av Region Norrbotten, Region Västernorrland och Region Jämtland Härjedalen, anbud avseende Dosdispensering av läkemedel.

Samtliga regioner (regionerna) meddelade egna tilldelningsbeslut varigenom Svensk Dos AB (Svensk Dos) antogs som leverantör. Två separata avtal tecknades, ett för Västernorrland och ett gemensamt för övriga regioner.

I ansökan till förvaltningsrätten yrkar **Apotekstjänst Sverige AB** (Apotekstjänst) att rätten ska ogiltigförklara nya avtal som uppkommit mellan regionerna och Svensk Dos genom att regionerna tolererar att Svensk Dos inte följer krav om förpackningsstorlek och periodens vara.

**Regionerna** motsätter sig bifall till ansökan. I första hand yrkas att ansökan ska avslås och i andra hand, om påstådda avvikelser bedöms föreligga, att ansökan ska avvisas då nya avtal i så fall uppkommit före den 12 januari 2018 och ansökan därmed är för sent inkommen. Vidare yrkar regionerna att avtalen, för det fall förvaltningsrätten finner att det finns grund för att ogiltigförklara dem, ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

**Svensk Dos** motsätter sig bifall till ansökan; i första hand yrkas att ansökan ska avslås och i andra hand att ansökan ska avvisas då ansökan under alla omständigheter kommit in för sent.

Förvaltningsrätten har hållit muntlig förhandling i målen. Vid förhandlingen har vittnena André Sjölund, Svensk Dos, Yvonne Nilsson, Region Väster-

botten och Karin Lindgren, Region Jämtland Härjedalen, hörts. De två förstnämnda vittnesförhören har åberopats av Apotekstjänst och det tredje av regionerna. Samtliga förhör har hållits under ed.

## **PARTERNAS SKRIFTLIGA ANFÖRANDEN**

### **Apotekstjänst**

Svensk Dos följer inte avtalets bestämmelser om att expediera periodens vara och den tablett som är billigast. Regionernas underlåtenhet att följa upp efterlevnaden av avtalet i dessa avseenden innebär att regionerna genom medveten underlåtenhet tillåter Svensk Dos att expediera andra varor och läkemedel ur andra förpackningar än som följer av avtalet. Det får anses utgöra en ändring av avtalet. Eftersom det är mycket ekonomiskt fördelaktigt för Svensk Dos att inte expediera enligt avtalet utgör regionernas underlåtenhet att följa upp att avtalet följs en väsentlig ändring av avtalet.

Svensk Dos har inte följt skall-kravet avseende periodens vara (krav 11.7) och inte heller skall-kravet att sälja läkemedel ur den förpackning som ger billigaste enhetspris (krav 11.8).

#### *Krav 11.7*

Följ de lagar som gäller för dosapotek när det gäller utbyte till periodens vara. Utbyte ska följa TLVs lista över periodens vara för dosförpackning.

Med anledning av de frågor som ställdes under anbudsförfarandet justerades kravet så att andra meningen i krav 11.7 utgick.

#### *Krav 11.8*

Vid samma läkemedelsprodukt nyttja förpackning med lägsta styckepris per doseringsenhet för sortimentet som dosdispenseras, undantag kan ske i samråd med sortimentsrådet.

Den sortimentslista som Svensk Dos publicerar på sin hemsida avspeglar de läkemedel som företaget säljer. Svensk Dos publicerar en sådan sortimentslista varje månad. Syftet bakom sortimentslistan är att vårdpersonalen ska veta vilka läkemedel som kan förskrivas. Apotekstjänst har gjort jämförelser mellan Svensk Dos sortimentslista och förteckningar över periodens vara från Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket (TLV). Denna jämförelse ger vid handen att Svensk Dos i allt väsentligt inte följer periodens vara eftersom periodens vara inte återfinns i sortimentsförteckningen.

Redan Apotekstjänsts utredning visar att Svensk Dos inte har följt Periodens vara. Att medvetet strunta i om ett för leverantören ekonomiskt betungande krav följs, utgör en konkludent ändring av avtalet. Det är att jämställa med att underlåta kontroll av fakturering och medvetet medge överfakturering.

Det förhållandet och att regionerna nu deklarerar att de inte avser att utreda och beivra att avtalet inte följs i denna del, trots att det föreligger utredning som visar att Svensk Dos inte följer avtalet, är en väsentlig ändring av avtalet då Svensk Dos därigenom ges en mycket stor fördel.

Svensk Dos har inte valt den förpackningsstorlek som ger billigaste enhetspris. Om regionerna hade gjort ett försök att förstå den statistik som Apotekstjänst hänvisar till borde de ha förstått att Svensk Dos inte följer periodens vara eller kravet på förpackningsstorlek.

Skillnaden i pris mellan olika förpackningsstorlekar är betydande. Det apotek som expedierar ur en förpackning som ger ett högre enhetspris kan tjäna miljontals kronor om det är fråga om läkemedel som säljs i stora volymer t.ex. Alvedon. Kostnaderna för att följa periodens vara är också mycket betydande. Det är därmed fråga om väsentliga ändringar.

Ett ytterligare exempel på avvikelse kan ges. Enligt TLV:s lista över Periodens vara ska Bisoprolol Teva förpackningsstorleksgrupp T23 med en kostnad per tablett på 0,57 kr användas. Svensk Dos har i sin egen sortimentslista angett att de under juli 2018 använt Bisoprolol Sandoz, dvs. en annan produkt. Användningen strider mot krav 11.7 eftersom Svensk Dos inte använder periodens vara. Det strider också mot krav 11.8 eftersom Svensk Dos inte använder billigaste periodens vara oavsett förpackningsstorleksgrupp. Svensk Dos kan inte ha expedierat något annat preparat eftersom det inte är möjligt att förskriva andra produkter än de som finns på sortimentslistan. Ett offentliggörande av statistiken från E-hälsomyndigheten skulle visa om avtalet efterlevs eller ej vad avser periodens vara och lägsta pris.

Regionerna har i Frågor och svar klart angett och krävt att periodens vara ska följas utan undantag. Apotekstjänst tog kravet seriöst. Om regionerna medger undantag är det alltså en väsentlig förändring av avtalet. De undantag som regionerna hänvisar till kan under alla förhållanden inte förklara avvikelserna. Det läkemedel som tagits som exempel ovan och som Svensk Dos enligt avtalet skulle använda har brytningstillstånd och lång hållbarhet och kan inte förklara avvikelsen. Leverantören av periodens vara garanterar tillgänglighet. Såvitt Apotekstjänst vet kan ingen av Svensk Dos avvikelser förklaras med bristande tillgänglighet. Regionerna har inte krävt att olika styrkor av samma substans ska tas från samma tillverkare. Det är därför inte ett skäl för att frångå skall-kraven.

Regionerna synes vara av uppfattningen att de kan ställa upp krav som sedan inte följs upp. Denna uppfattning delas inte av Upphandlingsmyndigheten.

*Avvisningsyrkandet*

Regionernas invändning att om avtalsförändring skett skulle den ha tolererats och ägt rum mer än sex månader innan ansökan kan lämnas utan avseende. Invändningen går på tvärs med beskedet från regionerna om att inga avvikelser förekommit. Apotekstjänst gör gällande att tidpunkten för när en förändring av avtalet får anses ha skett inte har inträffat mer än sex månader före ansökan om ogiltigförklaring gjordes.

Prövningsramen för ansökan om ogiltighet kan vidare mycket väl omfatta omständigheter som inträffat efter det att ansökan ingavs och yrkandet kan justeras. Omständigheter som inträffat efter ansökan ingavs kan alltså åberopas så länge det görs innan förvaltningsrätten prövat målet. Det är alltså inte så att Apotekstjänst behövde göra en ny ansökan om ogiltighet för att justera yrkandet på grund av omständigheter som inträffat efter det att ansökan om ogiltighet ingavs.

**Regionerna**

Apotekstjänsts ansökan baseras på antaganden. Några bevis för påståendena har inte presenterats. Den sortimentslista som Apotekstjänst hänvisar till bygger också på antaganden. Listan utgör ett ”förmodat sortiment” och avser således inte de befintliga ramavtalen mellan regionerna och Svensk Dos.

Det går inte att av den läkemedelsstatistik som regionerna för att utläsa exakt när alla köp skett och de exakta omständigheterna som gällde då och som föranledde att en viss vara användes just då. De exakta omständigheterna bakom varje köp är komplexa och det skulle kräva en omfattande utredning vid sidan om statistiken för att kontrollera det Apotekstjänst påstår. Det gäller vilken vara som var periodens vara vid tidpunkten för köpet, men också om periodens vara hade brytningstillstånd, om periodens vara var slut eller restnoterad vid köpet och leverantören därför valde en annan vara. Det

kan vidare vara att hållbarheten inte är tillräckligt lång på periodens vara eller att läkaren förskrivit ett läkemedel som inte får bytas. Det kan också förekomma att en dos består av två olika styrkor av samma substans från en viss tillverkare varvid det kan förekomma att även den tredje styrkan av substansen tas från samma tillverkare.

Inte heller vad gäller förpackningsstorlek går det att av statistiken utläsa exakt när alla köp skett och de exakta omständigheterna som gällde då och som föranledde varför en viss förpackningsstorlek användes just då eller om en viss förpackning var slut vid köpet. Det kan också vara så att ett läkemedel köpts i syfte att få en helförpackning, bl.a. till patienter som tar exempelvis Alvedon vid behov eller om det rör sig om leverans till särskilda boenden som har läkemedelsrum och doserar själva i viss utsträckning. Avvikelse av förpackningsstorlek kan vidare förekomma till följd av att det inte finns så stor volym av periodens vara att det räcker till alla kunder

För att få ett begrepp om omfattningen av antalet doser är det, enligt statistik från augusti 2018, 22 000 patienter som dosdispenserats i norra regionen. Sedan mars 2018 har 238 olika substanser dosdispenserats.

Analys av avtalen sker inte regelbundet eftersom regionernas fokus läggs på redovisning och uppföljning av omständigheter av betydelse för patientsäkerheten, såsom avvikelser och leveranssäkerhet. Vad gäller efterlevnad av lagen om läkemedelsförmåner har regionerna förlitat sig på den tillsyn som bedrivs av vederbörande myndighet.

Regionerna har således inte noterat, accepterat eller tolererat påstådda förändringar av ramavtalen. Det kan heller inte sägas att en förändring av ramavtalen skett som uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i de ursprungliga ramavtalen och följaktligen visar på en avsikt

från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (jfr målet Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, p. 34).

#### *Avvisning*

Det krävs att Apotekstjänst lyckas visa att nya ramavtal uppstått, dvs. att Svensk Dos inte följt ramavtalen ifråga om periodens vara och förpackningsstorlek och att regionerna tolererat detta.

Om förvaltningsrätten skulle finna att det skett sådana förändringar, som också tolererats av regionerna, som innebär att nya ramavtal uppkommit, så har dessa förändringar uppkommit redan före den 12 januari 2018, vilket även varit känt för Apotekstjänst före den 12 januari 2018. Apotekstjänst ansökan inkom den 12 juli 2018, vilket är mer än sex månader från det att avtalet slöts varför ansökan ska avvisas.

Skulle Apotekstjänsts teorier stämma är det sannolikt att agerandet inletts redan när avtalet började gälla den 1 februari 2017 eller mycket kort tid därefter. Som framgår av bifogad e-postkorrespondens har Apotekstjänst redan i september 2017 efterfrågat och erhållit avvikelserapporter. De förhållanden som Apotekstjänst grundar påståendet om att ett nytt ramavtal slutits på var alltså – om de inträffat – kända för Apotekstjänst redan i september 2017.

Argumentationen om att regionerna förstått och accepterat att Svensk Dos avviker från kraven tidigast då regionerna tog del av ansökan innebär att nya ramavtal inte hade uppkommit då ansökan ingavs.

#### **Svensk Dos**

De ramavtal som gäller mellan Svensk Dos och regionerna har inte ändrats. För det fall att förvaltningsrätten skulle finna att ramavtalen har ändrats har en sådan ändring i vart fall inte varit väsentlig. För det fall rätten skulle



finna att ramavtalen har ändrats på så sätt att nya ramavtal uppkommit har Apotekstjänsts ansökan under alla omständigheter inte kommit in till domstolen inom sex månader från det att de nya ramavtalen slöts varför ansökan i så fall ska avvisas.

Det kan konstateras att det inte finns någon skriftlig ändring eller justering av något av villkoren i ramavtalen. Vidare är Svensk Dos och regionernas gemensamma uppfattning att tillämpningen av ramavtalen inte utgör någon förändring av något av villkoren i ramavtalen. De aktuella villkoren, krav 11.7 och 11.8 i upphandlingsdokumentens bilaga Ska-krav, följs av Svensk Dos.

Vad gäller krav 11.7 är innebörden av kravet inte helt tydlig och kravet inte helt anpassat till den tjänst som upphandlas, maskinell dosdispensering. Bristerna är dock inte av den art att det funnits skäl för ingripande enligt LOU.

Dosapoteken har ibland inte möjlighet att expediera periodens vara, exempelvis om brytningstillstånd saknas, eller att ställa om dosmaskinen till periodens vara i tid. Detta har inte föranlett något ingripande från TLV som uppenbarligen insett att det inte är möjligt att ingripa. Det har således utvecklats en fast praxis rörande tillämpningen av bestämmelserna om periodens vara för dosapotek. Det är med beaktande av denna praxis som kravet måste tolkas. Svensk Dos levererar helt i enlighet med den fasta praxis som utvecklats. Det finns inget krav på att leverantören undantagslöst ska följa periodens vara. Detta måste också Apotekstjänst ha förstått. Tillämpningen har varit förutsebar och i enlighet med kravet.

Innebörden av krav 11.8 är inte heller helt tydlig. Kravets ordalydelse är den självklara utgångspunkten vid avtalstolkning. Det måste beaktas att kravet anger ”förpackning” och inte ”förpackningsstorlek”. Av kravet går alltså inte att utläsa att leverantören skulle vara skyldig att välja en viss förpackningsstorlek vid dosdispensering. Denna tolkning ligger i linje med den fasta praxis som utvecklats genom TLV och Nya Apoteksmarknadsutredningen.

Innebörden av kravet är att när en läkemedelsprodukt av viss styrka och förpackningsstorlek ska expedieras, ska den produkt som har det lägsta styckepriset per doseringsenhet väljas. Detta tillförsäkras i praktiken genom krav 11.7. Genom att periodens vara som huvudregel kommer att vara den vara som expedieras, nyttjas i praktiken förpackningen med lägsta styckepris per doseringsenhet i de fall det är möjligt.

Som regionerna har anfört kan det inte uteslutas att annan än periodens vara med annan förpackningsstorlek levererats, utan att detta innebär något avsteg från ramavtalen eller strider mot lagen om läkemedelsförmåner.

Vid avgörandet av om regionernas och Svensk Dos tillämpning av ramavtalen uppvisar skillnader i förhållande till villkoren i ramavtalen, måste beaktas att krav 11.8 innehåller en möjlighet till undantag. Detta visar att potentiella leverantörer haft möjlighet att förutse att huvudregeln i kravet (att leverantören vid samma läkemedelsprodukt ska nyttja förpackning med lägsta styckepris per doseringsenhet för sortimentet som dosdispenseras) inte nödvändigtvis kommer att tillämpas fullt ut. Tillämpningen av ramavtalen i detta avseende har därför under alla omständigheter varit förutsebar för alla rimligt informerade och omsorgsfulla potentiella anbudsgivare.

*Avvisningsyrkandet*

Om förvaltningsrätten skulle anse att ramavtalen ändrats på så sätt att nya avtal uppkommit har under alla omständigheter den avvikande tillämpningen av ramavtalen i så fall skett från inledningen av avtalstiden och i vart fall långt före den 11 januari 2018. Svensk Dos har tillämpat ramavtalen på ett konsekvent sätt sedan avtalsstart och frågor om tillämpningen av ramavtalen har därtill löpande diskuterats mellan regionerna och Svensk Dos. Ett exempel på detta finns i bifogade minnesanteckningar från ett möte den 9 juni 2017 då dåvarande farmaciechefen beskrivit hur Svensk Dos bedriver sitt sortimentsarbete. Av beskrivningen har framgått att Svensk Dos själv kan välja vilken förpackningsstorlek som används men att den förpackning som expedieras ska vara periodens vara i den mån detta är möjligt. Regionerna har varit införstådda med detta.

Eftersom något nytt ramavtal med nya villkor till följd av avtalstillämpningen inte kan ha uppstått efter den 11 januari 2018, har Apotekstjänsts ansökan under alla omständigheter inkommit till förvaltningsrätten för sent.

## **PARTERNAS MUNTliga ANFÖRANDEN**

### **Apotekstjänst**

Både utifrån vad som framkommit tidigare och vad som sagts under förhandlingen - Svensk Dos levererar inte den billigaste tabletten. Vidare har vittnet från Svensk Dos medgett att man inte följer periodens vara. Kravet avseende periodens vara är tydligt. Lagen skulle följas, inte praxis. Omfattningen av avvikelserna är stor. Svensk Dos opererar inte enligt villkoren i underlaget. Avseende bägge kraven har Apotekstjänst lett i bevisning att väsentlig avvikelse föreligger. Det är fullt möjligt för regionerna att följa upp kraven. Genom att inte göra det och hålla sig ovetande har regionerna tillåtit väsentlig ändring av avtalen.

### **Regionerna**

Det krävs väsentlig avvikelse från kraven. Om enstaka avvikelser förekommit är det både ursäktligt och avtalsenligt. Därutöver krävs att det finns en gemensam partsvilja. Det finns inget som tyder på det. I vart fall har regionerna inte accepterat förändring av avtalen. Regionerna har inte noterat någon avvikelse, vilket skulle ha märkts åtminstone avseende kostnadsbild. Avtalen bör bestå även med tvingande hänsyn till allmänintresse. Ett snabbt byte av leverantör skulle utgöra en stor fara för patientsäkerheten.

### **Svensk Dos**

Innebär avtalet att Svensk Dos undantagslöst måste följa periodens vara och inte får välja förpackningsstorlek? En sådan tolkning står i strid mot branschpraxis. Det stämmer inte att vittnet från Svensk Dos medgett att avtalet inte följs. Han har förklarat varför man vid vissa tillfällen inte kan expediera periodens vara. När det varit praktiskt möjligt har man gjort det, när det inte gjorts har det inte varit möjligt. Om förvaltningsrätten skulle finna att ändring av avtalen skett – är den väsentlig? Man får då beakta att priset för tjänsten inte ändrats, det är inte fråga om någon ändring av den ekonomiska balansen.

### **VITTNESFÖRHÖREN**

#### **André Sjöblom, tidigare farmaceut vid Svensk Dos**

Enligt avtalet ska de följa lagar och regler. De har valt förpackningsstorlek som följer periodens vara och därmed har lägst förpackningspris inom det förpackningsstorleksklustret. Det förekommer att de inte expedierar periodens vara. Det finns flera olika anledningar till det. Det är inte alltid tillämpligt i full utsträckning, t.ex. om brytningstillstånd saknas. Det kan även vara för att få samma tillverkare i flera olika styrkor av samma preparat,

detta för att underlätta omregistrering vid restnotering. Det är vidare svårigheter med kanistrar som måste vara anpassade för tabletten. Avtalet har tillämpats på samma sätt sedan start.

**Yvonne Nilsson, läkemedelsstrateg vid Region Västerbotten**

Krav 11.8 innebär att leverantören ska välja den förpackning som är billigast och som man kan dosdispensera. Om största burken är billigast bör man ta den. Med kravet ville de försäkra sig om att läkemedelskostnaderna inte skulle skena iväg. Hon har inte sett någon kostnadsökning.

**Karin Lindgren, läkemedelsstrateg och chef för läkemedelsenheten vid Region Jämtland Härjedalen**

Vad gäller läkemedelskostnaderna sticker de inte ut på något sätt, kostnaderna har inte dragit iväg. Hennes uppfattning är att Svensk Dos levererar enligt avtal.

**RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER**

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, trädde i kraft den 1 januari 2017. I förarbetena till lagen framgår att efter den 1 januari 2017 gjorda ändringar i kontrakt eller ramavtal ska bedömas enligt nya LOU, oavsett om kontraktet eller ramavtalet upphandlats enligt äldre LOU, se prop. 2015/16:195 s. 851. I förarbetena anges bl.a. följande: Enligt regeringens mening är det lämpligt att de nya bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal även tillämpas på befintliga kontrakt och ramavtal. Övergångsbestämmelserna är tillämpliga på själva upphandlingen och omfattar inte ändringar i det kontrakt eller det ramavtal som upphandlingen har resulterat i. Någon ändring av övergångsbestämmelserna är således inte nödvändig för att de nya lagarna ska tillämpas på befintliga kontrakt och ramavtal i detta avseende.

I målet aktuella avtal upphandlades under 2016, dvs. enligt äldre LOU, men började tillämpas 2017. Eventuella ändringar i avtalen har således gjorts efter det att nya LOU trädde i kraft. Detta innebär att förvaltningsrätten prövar målen utifrån nya LOU.

I 17 kap. 8 § LOU anges att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9 – 14 §§.

Enligt 17 kap. 14 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9 – 13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,
2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,
3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av leverantör.

I förarbetena till ovan angiven bestämmelse uttalas bl.a. följande (prop. 2015/16:195 s. 1132): Bestämmelsen innebär att ändringar som inte är väsentliga alltid är tillåtna. En ändring som inte är väsentlig behöver inte annonseras. Uppräkningen i andra stycket är exemplifierande och anknyter till EU-domstolens dom presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351 (jfr p. 35-37 och 40).

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Apotekstjänst menar att Svensk Dos vid tillämpning av ramavtal avseende dosdispensering av läkemedel inte uppfyller ställda skall-krav gällande periodens vara (krav 11.7) och nyttjande av förpackning med lägsta styckepris (krav 11.8) samt att detta är mycket ekonomiskt fördelaktigt för Svensk Dos. Apotekstjänst menar vidare att regionerna genom medveten underlåtenhet att följa upp avtalen tillåter Svensk Dos att avvika från avtalen varigenom det skett en väsentlig ändring av avtalen.

Vad gäller väsentliga förändringar konstaterar förvaltningsrätten att ifall villkoren i ett upphandlat kontrakt eller ramavtal under avtalstiden genomgår väsentliga förändringar kan det innebära att ett nytt avtal anses ha ingåtts. EU-domstolen uttalade i mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike bl.a. att ändringar som görs under löptiden ska anses utgöra en ny upphandling om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och visar på en avsikt från parterna att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.

Frågan i målen är således om det skett sådana förändringar jämfört med befintliga ramavtal att det uppkommit nya avtal som rätteligen borde ha upphandlats enligt LOU. För att kunna konstatera det ska först prövas om det förekommit avsteg från villkor i befintliga ramavtal och, om så är fallet, dessa avsteg medför betydande skillnader i förhållande till villkoren i befintliga ramavtal. Nästa fråga som uppkommer är om det i sådana fall funnits en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalen.

Det ankommer på Apotekstjänst, som hävdar att förändringar skett, att tydligt klargöra och visa på vilket sätt dessa förändringar skett. Det ankommer därefter på domstolen att pröva om ändringar, för det fall sådana visats, är väsentliga eller av annan anledning otillåtna.

Vad gäller krav 11.7 återges det under Apotekstjänsts (skriftliga) anförande, dock med den skillnaden att andra meningen togs bort av regionerna under upphandlingsförfarandet. Förvaltningsrätten anser att kravets innebörd inte är helt tydlig. Apotekstjänst synes mena att kravet ska tillämpas undantagslöst. Förvaltningsrätten anser dock att den omständigheten att det i kravet hänvisas till att lagar ska följas bör medföra att det blir en vanlig lagtolkning med hänsyn bl.a. till bedömningsutrymme och praxis.

Parterna i målen har beskrivit att det utvecklats en fast praxis gällande tillämpningen av bestämmelserna om periodens vara för dosapotek. Som förvaltningsrätten uppfattar denna praxis tillåts att andra varor än den som var periodens vara vid tidpunkten för köpet levereras, exempelvis när periodens vara saknar brytningstillstånd för maskinell dosdispensering eller är rest-noterad. Det har i målen framkommit att Svensk Dos även av andra anledningar än de angivna inte alltid levererar periodens vara, t.ex. på grund av svårigheter att anpassa kanistrar/kassetter vid byte av läkemedel. Förvaltningsrätten noterar att detta är en känd problematik vid dosdispensering och torde utgöra ett godtagbart skäl för avvikelse. De avvikelser som görs från periodens vara synes enligt förvaltningsrättens mening i allt väsentligt anses vara tillåtna utifrån den praxis som utvecklats. Det har således inte visats i målen att Svensk Dos inte skulle uppfylla kravet. Den omständigheten att Apotekstjänst inte fått tillgång till efterfrågad läkemedelsstatistik för att kunna utröna om så är fallet föranleder inte någon annan bedömning, bl.a. då det av sådan statistik inte framgår hur de exakta omständigheterna var vid varje enskilt tillfälle.

Vad gäller krav 11.8 återges även det under Apotekstjänsts (skriftliga) anförande. Inte heller innebörden av detta krav är enligt förvaltningsrättens mening helt tydlig. Avsikten med kravet synes vara att billigaste tablett, oavsett förpackningsstorlek, ska levereras. Det är också på det sättet Apotekstjänst menar att kravet ska förstås. Kravet kan emellertid även tolkas så att det



uppfylls genom att följa periodens vara och därmed ha lägst förpackningsstorlek inom det förpackningsstorleksklustret. Det är vidare tveksamt om kravet, utifrån den förmodat avsedda tolkningen, är förenligt med branschpraxis.

Apotekstjänst menar att Svensk Dos inte nyttjar förpackning med lägsta styckepris och att detta har stor ekonomisk betydelse för Svensk Dos. Vid den muntliga förhandlingen har uppgetts att Svensk Dos väljer förpackningsstorlek som följer periodens vara och därmed har lägst förpackningspris inom det förpackningsstorleksklustret. Förvaltningsrätten noterar att det, utifrån den förmodat avsedda tolkningen, därmed är osäkert om krav 11.8 alltid uppfylls då det kan finnas situationer då det finns billigare tabletter i andra förpackningsstorlekskluster. Omfattningen av eventuella avvikelser är dock oklar och vad som förts fram av Apotekstjänst är i huvudsak spekulationer. Förvaltningsrätten finner därför inte visat i målen att avvikelser skulle förekomma i någon betydande omfattning. Denna slutsats förstärks också av att avtalen tillämpats på samma sätt från avtalsstart och att regionerna inte upplevt någon betydande ökning av läkemedelskostnaderna.

Även om det skulle anses visat att Svensk Dos avvikit från den fasta praxis som utvecklats avseende periodens vara (krav 11.7) eller att avvikelser från krav 11.8 skulle ha förekommit i någon betydande omfattning finns i vart fall inte någon gemensam partsvilja att bortse från kraven. Under processen i förvaltningsrätten har nämligen inte framkommit annat än att regionerna förutsatt att kraven skulle efterlevas och att de också efterlevts. Apotekstjänst menar att regionernas underlåtenhet att följa upp efterlevnaden av avtalen i de avseenden som är aktuella i målen innebär en medveten underlåtenhet och att regionerna härmed skulle acceptera att kraven inte efterlevs. Förvaltningsrätten instämmer i att efterlevnad av ställda krav bör följas upp och att ställa krav som inte avses följas upp kan innebära att leverantörer inte kan konkurrera på lika villkor. Samtidigt är det upp till upphandlande

myndighet att identifiera och prioritera behov av uppföljning av olika typer av kontrakt, och regionerna har enligt förvaltningsrättens uppfattning redovisat hur kompetens och resurser använts för detta. Det är enligt förvaltningsrättens mening alltför långtgående att dra slutsatsen att eventuella avvikelser från kraven härigenom varit tillåtna.

På grund av det ovan anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Apotekstjänst visar att det gjorts sådana förändringar som strider mot bestämmelserna i 17 kap. 9 – 14 §§ LOU, kan ansökan inte bifallas. Apotekstjänsts ansökan om överprövning av avtals giltighet ska således avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Karin Granholm  
Rådman

Målen har föredragits av Christina Röckner



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

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

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten 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 ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.