



KLAGANDE

1. Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

2. Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097

Ombud: Advokat Einar Wanhainen
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Apoteket AB, 556138-6532

Ombud: Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 18 juni 2014 i mål nr 13215-13
och 2777-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar Apotekstjänst Sverige AB:s yrkande om muntlig
bevisning och avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom i fråga om ogiltig-
förklarande av avtalet den 30 juli 2013 (förskottsavtalet) och avslår
Apoteket AB:s ansökan om ingripande i den delen.

KONKURRENSVERKET	
2014 -12- 19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Kammarrätten förklarar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att avtalet den 26 november 2013 (tilläggsavtalet) har tillkommit efter en otillåten direktupphandling, men att det får bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse.

YRKANDEN M.M.

Västra Götalandsregionen (VGR) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Apoteket AB:s ansökan om ogiltigförklarande av tecknade avtal. VGR anför följande.

I första hand görs gällande att förskotts- och tilläggsavtalen inte utgör väsentliga förändringar av det ursprungligen upphandlade avtalet. I andra hand görs gällande att förskotts- och tilläggsavtalen utgör tillåtna direktupphandlingar enligt 15 kap. 3 § andra stycket, 4 kap. 5 § första stycket 3 och 4 kap. 8 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU.

Om förskotts- och tilläggsavtalen inte fick slutas utan föregående annonsering enligt reglerna i LOU, har skyldighet att tillämpa upphandlingsreglerna ändå inte förelegat vid ingående av avtalen, på grund av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. I vart fall finns tvingande hänsyn till allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU för tilläggsavtalet, varför detta avtal ska bestå även om förutsättningarna för ogiltighet skulle anses föreligga. VGR gör inte längre gällande att förskottsavtalet ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse. Förskottsavtalet är numera helt avräknat. Den situation som har föranlett såväl förskottsavtalet som tilläggsavtalet har varit extraordinär och det har förelegat sådana synnerliga skäl som avses i 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Avtalsperioden för Apotekstjänsts leverans påbörjades den 15 maj 2013 med full drift från den 15 juni 2013. För att få till en s.k. sömnlös övergång fortsatte det tidigare avtalet med Apoteket AB att gälla t.o.m. den 15 juni 2013.

Apotekstjänst Sverige AB yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Apoteket AB:s ansökan om ogiltigförklarande av tecknade avtal. Apotekstjänst yrkar också att få höra den muntliga bevisning som åberopades i förvaltningsrätten. Apotekstjänst anför följande.

Det är genom kapacitetsavtalet den 29 november 2012 som VGR förbundit sig att utge ersättning för Apotekstjänsts utökade åtagande. För att tilläggsavtalet ska anses som självständigt i förhållande till kapacitetsavtalet krävs att man kommer fram till att den ekonomiska balansen i kapacitetsavtalet förändrades genom tilläggsavtalet. Detta har inte skett eftersom kapacitetsavtalet gav en rätt till ersättning. Apotekstjänst åberopade i förvaltningsrätten muntlig bevisning rörande innehållet i kapacitetsavtalet. Detta yrkande avvisades. Att avvisa bevisningen utgör ett grovt rättegångsfel.

Förskottsavtalet innebär inte någon väsentlig förändring av det ursprungliga kontraktet utan enbart en tillfällig avtalsjämkning på grund av felaktiga förutsättningar. När det gäller tilläggsavtalet kan det ursprungliga avtalet inte anses rubbat, då parterna enbart träffat ett avtal där syftet var att reglera anspråken som grundats på avtalen och att en ny upphandling därför inte kan anses ha inletts.

Det har varit möjligt för VGR att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 8 § LOU, eftersom det inte är tekniskt möjligt att skilja den dispensering som sker på conveyor-brickor från det ursprungliga projektet på ett sätt så att detta kan upphandlas av någon annan än Apotekstjänst. En direktupphandling är i vart fall tillåten med hänsyn till

att det förelåg synnerlig brådska att träffa avtal enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU och synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Under alla omständigheter förelåg sådana tvingande hänsyn till allmän-
intresset att avtalen måste bestå även om förutsättningarna för ogiltighet var
uppfyllda.

Apoteket AB anser att överklagandena ska avslås och anför följande.

Det fanns inte några oklara eller felaktiga förutsättningar kring dos-
dispenseringsuppdragets omfattning eller innebörd. VGR har genom
förskotts- och tilläggsavtalen genomfört väsentliga förändringar av de
ursprungliga villkoren i upphandlingen.

Förskottsavtalet innebär i praktiken ett räntefritt lån. Summan 21,5 miljoner
kr är ansevärd och utgör en betydande ekonomisk lättnad för Apotekstjänst.
Förskottsavtalet förändrade den ekonomiska jämvikten i upphandlings-
kontraktet på ett sätt som inte var möjligt enligt det ursprungliga kontraktet.

Tilläggsavtalet innebär att Apotekstjänst erhöll mer ersättning än vad som
ursprungligen föreskrevs i upphandlingskontraktet. Den tillkommande
kronan per dosdygn i tilläggsavtalet innebär en höjning av priserna med
57 procent. Tilläggsavtalet utgör ett separat avtal i förhållande till
kapacitetsavtalet.

Den brådska som gav upphov till tilläggsavtalet var förutsebar för VGR,
eftersom Apotekstjänsts bristande ekonomiska förutsättningar var uppe till
diskussion flera månader före avtalsstart.

Situationen har inte på något sätt varit extraordinär utan beror i allt
väsentligt på VGR:s agerande eller brist på agerande. Det föreligger inte
synnerliga skäl. Artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens

funktionssätt kan inte användas för att medge undantag från annons-skyldigheten, eftersom denna skyldighet och dess undantag regleras på ett uttömmande sätt i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG. Genom införandet i svensk lag av detta direktiv har alla hänsyn som artikel 106.2 bygger på beaktats.

Under motsvarande omständigheter som i det här målet har Apotekstjänst genom förlikning tvingats betala tillbaka den extra ersättning som erhållits från landsting och kommuner i Dalarnas, Gävleborgs, Sörmlands, Uppsala, Värmlands, Västmanlands och Örebro län. Apotekstjänst har trots detta velat förlänga avtalet på de ursprungliga villkoren. Att patienter inom VGR skulle riskera att stå utan dosdispenserade läkemedel om avtalen ogiltig-förklaras får därför anses uteslutet. Eftersom det inte finns någon sådan risk finns det inte heller skäl att låta något av avtalen bestå.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bakgrund

Förvaltningsrätten förklarade både förskottsavtalet den 30 juli 2013 och tilläggsavtalet den 26 november 2013 ogiltiga. VGR och Apotekstjänst överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten. Apoteket AB yrkade att tilläggsavtalet inte skulle få fullgöras i avvaktan på kammarrättens slutliga avgörande. Kammarrätten avslog yrkandet med motiveringen att ett förbud att fullgöra avtalet skulle innebära en stor risk för uppehåll i leveransen av dosdispenserade läkemedel, vilket i sin tur skulle innebära en hälsorisk för 35 000 berörda patienter. Apoteket AB överklagade kammarrättens beslut till Högsta förvaltningsdomstolen som inte meddelade prövningstillstånd, mål nr 4255-14 och 4256-14.

Förvaltningsrätten avslog i ett underhandsbeslut den 11 april 2014 Apotekstjänsts yrkande om muntlig förhandling.

Ansökan i rätt tid och väsentliga förändringar

Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten både i frågan om Apoteket AB:s ansökan kommit in i rätt tid och i frågan om huruvida förskotts- och tilläggsavtalen innebär väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga kontraktet. Det finns därför inga hinder mot att pröva frågan om ogiltighetsförklaring av förskotts- och tilläggsavtalen.

Den omständigheten att ett tillägg till ett ingånget avtal ur ett avtalsrättsligt perspektiv skulle kunna vara befogat, är utan betydelse för tillämpningen av LOU.

Tillåtna eller otillåtna direktupphandlingar

Förskottsavtalet

Förvaltningsrätten anför att Apotekstjänst fortsatt att leverera läkemedel även efter november 2012. Av utredningen framgår emellertid att Apotekstjänsts leveranser inleddes först den 15 maj 2013 och då med en månads övergångsperiod, under vilken både Apotekstjänst och Apoteket AB levererade läkemedel. Leveranserna hade dock pågått endast under knappt två månader när Apotekstjänst påtalade likviditetsbrist.

Vidare bedömer förvaltningsrätten att VGR får anses ha varit medvetna om påstådda likviditetsproblem sedan åtminstone november 2012 då kapacitetsavtalet tecknades. Kammarrätten anser att det inte går att dra så långtgående slutsatser av kapacitetsavtalet eller de omständigheter som föranledde avtalet. Även om Apotekstjänst inte har ansett sig få fullgod ersättning för utförda tjänster, förekommer uppgifter om allvarliga likviditetsproblem först i juli 2013. Den 26 juli 2013 skickade Apotekstjänsts VD ett e-postmeddelande med innebörden att läkemedelsleveranserna skulle utebli från och med nästkommande vecka om inte en uppgörelse kom till stånd under dagen.

VGR har ett ansvar att tillhandahålla läkemedel. Även ett kortare avbrott i leveranserna av dosdispenserade läkemedel skulle kunna riskera hälsan hos de ungefär 35 000 patienter i Västra Götalandsregionen som är beroende av en stabil läkemedelsleverans. Det är inte sannolikt att uppdraget på så kort tid som en vecka hade kunnat överföras till en ny leverantör, bl.a. med hänsyn till IT-system, dataöverföring och att det var semestertider.

Med hänsyn till VGR:s vårdgivaransvar och den allvarliga risk för människors hälsa som ett avbrott i uppdraget skulle medföra, var det helt nödvändigt för VGR att garantera att läkemedelsleveranserna kunde fortsätta utan något uppehåll. Det var inte möjligt att genomföra en annonserad upphandling på den korta tid som stod till buds. Det kan inte heller bedömas ha varit möjligt för VGR att förutse en situation där leveranserna riskerade att utebli till följd av Apotekstjänsts likviditetsbrist. Det fanns i den exceptionella situationen grund för VGR att agera, varför det ingångna avtalet får ses som en tillåten direktupphandling. Förskottsavtalet ska därför inte förklaras ogiltigt.

Tilläggsavtalet

Både 4 kap. 5 § första stycket 3 och 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU, avseende undantag från skyldigheten att genomföra en upphandling genom annonserat förfarande, förutsätter att direktupphandlingen är föranledd av omständigheter som den upphandlande enheten inte hade kunnat råda över eller förutse. Mot bakgrund av omständigheterna kring kapacitetsavtalet och vad som kom fram i samband med det avtalet redan i november 2012, borde VGR ha kunnat förutse de omständigheter som senare låg till grund för tilläggsavtalet i november 2013. Eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget om uppdragets omfattning är också omständigheter som VGR råder över. Nämnade undantag är därför inte tillämpliga.

Med samma motivering anser kammarrätten att det inte heller fanns synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU för VGR att genomföra en direktupphandling utan föregående annonsering.

Att Apotekstjänst genom förlikning har tvingats att betala tillbaka ersättning som erhållits från andra landsting och kommuner har inte någon betydelse i det här målet.

Artikel 106.2 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten av tilläggsavtalet, som därmed utgör en otillåten direktupphandling.

Tvingande hänsyn till allmänintresse

Oklarheterna i förfrågningsunderlaget och sambanden dels mellan kapacitets- och tilläggsavtalet sinsemellan, dels mellan dessa avtal och det ursprungliga kontraktet, innebär svårigheter att överblicka konsekvenserna av att ogiltigförklara tilläggsavtalet. Det står inte heller klart att uppdraget på mycket kort tid kunde överföras till en ny leverantör, bl.a. med hänsyn till IT-system och dataöverföring. Även ett kortare avbrott i leveranserna av dosdispenserade läkemedel skulle kunna riskera hälsan hos de ungefär 35 000 patienter i Västra Götalandsregionen som är beroende av en stabil leverans. Tilläggsavtalet får därför bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse.

Muntlig bevisning

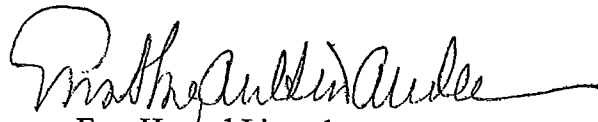
Av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), förkortad FPL, följer att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Rätten ska se till att inget onödigt förs in i målet. Överflödigt utredning får avvisas.

Enligt 9 § FPL ska kammarrätt och förvaltningsrätt hålla muntlig förhandling, om enskild som för talan i målet begär det samt förhandlingen inte är obehövlig och inte heller särskilda skäl talar mot det.


Apotekstjänst har yrkat muntlig bevisning och får därmed anses även ha yrkat muntlig förhandling. Med hänsyn till att förskottsavtalet bedöms vara en tillåten direktupphandling och att tilläggsavtalet får bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse, är det obehövt att hålla muntlig förhandling i kammarrätten. Yrkandet om muntlig bevisning ska avvisas och yrkandet om muntlig förhandling ska avslås.

Det finns inte heller skäl att anse att förvaltningsrättens beslut att avslå yrkandet om muntlig förhandling utgör ett grovt rättegångsfel.

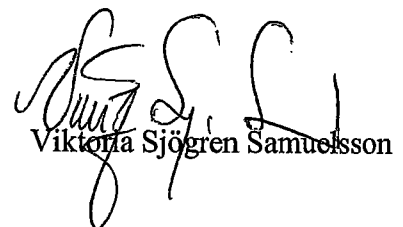
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Ewa Hagard Linander



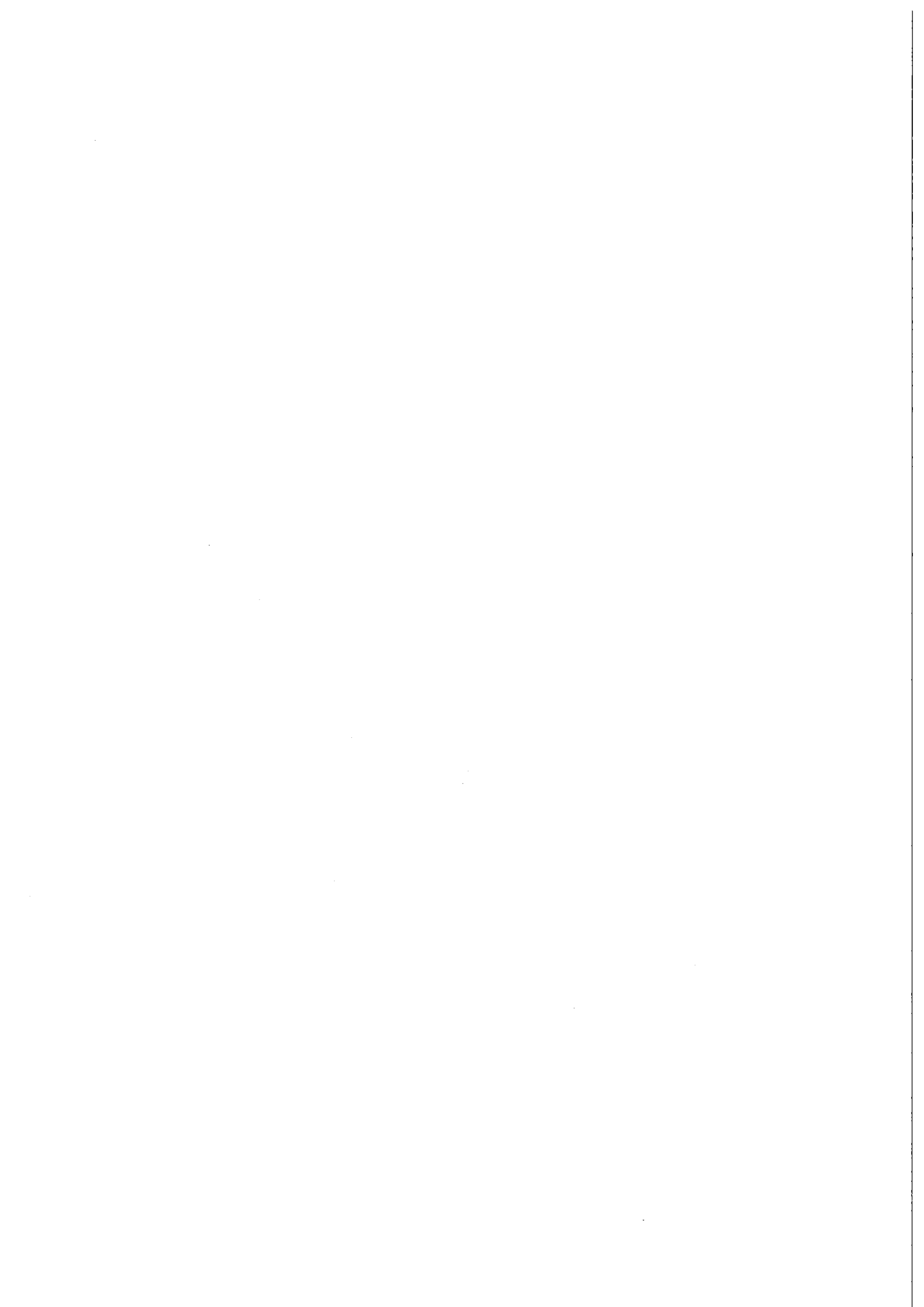
Anders Cedhagen
referent



Viktoria Sjögren Samuelsson



/Ann-Kristin Hansson





Bilaga A

SÖKANDE

Apoteket AB, 556138-6532
Box 3001
169 03 Solna

Ombud:

Lina Håkansson
Carl Bokwall
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

PART

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
Värdshusvägen
181 85 Lidingö

Ombud:

Einar Wanhainen
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Apoteket AB:s ansökan på så sätt att de avtal som ingåtts mellan Västra Götalandsregionen och Apotekstjänst Sverige AB den 30 juli 2013 (förskottsavtalet) och den 26 november 2013 (tilläggsavtalet) förklaras ogiltiga.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomförde under år 2012, tillsammans med Region Halland, en upphandling av tjänster som avsåg dosdispensering av läkemedel. Fyra anbud inkom i upphandlingen och den 1 juni 2012 meddelades tilldelningsbeslut i vilket Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) tilldelades kontraktet.

VGR har herefter träffat ytterligare avtal med Apotekstjänst i vilka parterna har kommit överens om vissa förändringar jämfört med de ursprungliga avtalen. Avtalen benämns nedan "kapacitetsavtalet" (från den 29 november 2012), "förskottsavtalet" (från den 30 juli 2013) och "tilläggsavtalet" (från den 26 november 2013).

Bakgrunden till *förskottsavtalet* är enligt avtalet att säkerställa leveransen av DOS-läkemedel till patienter under en övergångstid då Apotekstjänst fått tillfälliga likviditetsproblem i samband med uppstarten av leveransåtagandet till VGR. Överenskommelsen omfattar bl.a. att VGR utbetalar 21 500 000 kr till Apotekstjänst senast den 30 juli 2013 som ett förskott mot framtida leveranser.

Av *tilläggsavtalet* framgår bl.a. följande. Regionfullmäktige har den 26 november 2013 fattat beslut om att dosdispensering av läkemedel är en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt m.m. (EUF-fördraget). Det är angeläget att utförandet av tjänsten säkerställs och uppdraget är anförtrott Apotekstjänst. Apotekstjänst har krävt ytterligare ersättning för utökad brickläggning m.m. och extraordinära uppstartskostnader. Apotekstjänst har också krävt ersättning med hänvisning till att upphandlingen gjorts utifrån felaktiga förutsättningar avseende antal patienter och försäljningsvolym av läkemedel. VGR har inledningsvis bestridit ersättningskra-

ven. Efter förhandlingar har parterna kommit överens om att VGR ska utge extra ersättning till Apotekstjänst för varje DOS-dygn, ersättningsdoser, extra ordinationsfax, arbete med registerhållning samt en retroaktiv ersättning om 6 790 000 kr. Apotekstjänst förbinder sig genom avtalet att dosdispensera fler än 400 artiklar under avtalstiden och att utföra de tjänster som VGR utger ersättning för enligt avtalet samt övriga tjänster som bolaget krävt ersättning för.

Apoteket AB (Apoteket) har ansökt om överprövning av *förskottsavtalet* och *tilläggsavtalet* och yrkar att de ska ogiltigförklaras såsom ogiltiga direktupphandlingar. Apoteket anser att avtalen väsentligt förändrar förutsättningarna i det ursprungliga kontraktet och att ingen av de undantagssituationer som kan medföra att direktupphandling anses tillåten är för handen. Apoteket anser inte heller att det föreligger några tvingande hänsyn till ett allmänintresse som gör att avtalen, trots att de är ogiltiga, ska bestå.

VGR bestrider ansökan och menar att avtalen inte utgör väsentliga förändringar av det ursprungliga avtalet. I andra hand menar VGR att avtalen utgör tillåtna direktupphandlingar enligt 15 kap. 3 § LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det rör sig om otillåtna direktupphandlingar menar regionen att avtalen ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU.

Apotekstjänst har fått tillfälle att yttra sig i målet och i huvudsak anfört följande. Ansökan om överprövning av avtalets giltighet har gjorts för sent såvitt avser huvuddelen av de tjänster som reglerats i avtalet nämligen brickläggningen. Parterna har redan den 29 november 2012 träffat avtal som gett Apotekstjänst rätt till extra ersättning för felaktiga förutsättningar. Det förhållandet att avtalet mellan parterna måste fyllas ut utgör inte en otillåten direktupphandling utan är en följd av luckor i avtalet och förbiseenden i upphandlingen. När det gäller tilläggsavtalet är situationen i prin-

cip densamma som avser förskottsavtalet nämligen att det är en reglering på grund av att förutsättningarna avviker från de i förfrågningsunderlaget angivna.

Konkurrensverket har inkommit med yttrande i målet, framför allt avseende frågan om tolkning och tillämpning av artikel 106.2 i EUF-fördraget (Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt).

Förvaltningsrätten har den 11 april 2014 avslagit Apotekstjänsts yrkande om muntlig förhandling.

DOMSKÄL

1. Har Apotekets ansökan kommit in i rätt tid?

Tillämplig bestämmelse

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts (16 kap. 17 § första stycket LOU).

Parternas argumentation

Apoteket anför att även kapacitetsavtalet är en otillåten direktupphandling och ett otillåtet direktupphandlat avtal kan inte användas som grund för ett tilläggsavtal eller en avtalsförlängning. Tilläggsavtalet ska bedömas som ett separat avtal i förhållande till kapacitetsavtalet. Kapacitetsavtalet innehåller inga detaljer om ytterligare ersättning utan det är tydligt att detta förutsätter en ny överenskommelse. Tilläggsavtalet är också formulerat och undertecknat som en separat överenskommelse. Det är bara den första ersättningsposten i tilläggsavtalet (1 krona per dos-dygn) som har någon

koppling till kapacitetsavtalet. Övriga ersättningsposter utgör således helt nya överenskommelser.

Apotekstjänst har anfört att avtalet benämnt kapacitetsavtalet är det avtal som ger Apotekstjänst rätt till ersättning och att tilläggsavtalet därför inte kan förklaras ogiltigt. Tilläggsavtalet innebär bara att den ersättning som Apotekstjänst blivit berättigad till redan genom kapacitetsavtalet bestäms monetärt.

VGR ställer sig bakom vad Apotekstjänst framför om att det är genom kapacitetsavtalet som VGR förbundit sig att utge ersättning för Apotekstjänsts utökade åtagande och att det endast är storleken på ersättningen som bestämts genom tilläggsavtalet. Överenskommelsen om storleken på ersättningen kan inte anses utgöra ett självständigt upphandlingskontrakt i förhållande till kapacitetsavtalet. Det skulle bli en märklig konsekvens att ogiltigförklara endast ersättningens storlek om ett åtagande att utföra tjänsten kvarstår och dessutom en obestämd skyldighet att utge ersättning här för.

Förvaltningsrättens bedömning

Förskotts- och tilläggsavtalet är avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en fristående juridisk person, och därmed kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Apotekets ansökan om överprövning av avtalen har inkommit inom sex månader från det att avtalen slöts. Förvaltningsrätten anser att Apotekets ansökan om ogiltigförklaring av förskotts- och tilläggsavtalet har kommit in i rätt tid och att det inte finns några hinder mot att pröva frågan om ogiltigförklaring av dessa avtal, då de bedöms vara självständiga upphandlingskontrakt.

Frågor om otillåten direktupphandling

2.1 Utgör förskotts- och tilläggsavtalen väsentliga förändringar i befintligt kontrakt?

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (2 kap. 10 § LOU).

Med *offentlig upphandling* avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader (2 kap. 13 § LOU).

Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form (2 kap. 23 § LOU).

EU-domstolen har i mål C454/06 (Presstext) bl.a. uttalat att i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna ska ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (p. 34).

EU-domstolen anger vidare att en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (p. 35). En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (p. 37). Det är uppenbart att priset är ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt och man skulle riskera att åsidosätta principerna om insyn och likabehandling av anbudsgivare om ett sådant villkor ändrades under kontraktets löptid utan att det uttryckligen var tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet (p. 59 och 60).

I EU-domstolens dom Kommissionen mot Frankrike (C-337/98) konstaterade domstolen att ändringar av villkoren i ett upphandlat kontrakt under dess löptid utgör ett nytt upphandlingsförfarande om ändringarna uppvisar betydande skillnader i förhållande till de förhandlingar som förts tidigare och om de följaktligen visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet.

Parternas argumentation

Apoteket har i sin ansökan anfört bl.a. följande. Förskottsavtalet innebär att Apotekstjänst i stället för att få betalt i efterskott varje månad, såsom angetts i det upphandlade avtalet, har fått förskott på 21,5 mkr från VGR. Ett sådant förskott förändrar på ett väsentligt sätt förutsättningarna för utförandet av uppdraget såtillvida att den ekonomiska risken för leverantören minskar avsevärt. Eftersom förskottet innebär en klar ekonomisk fördel för Apotekstjänst jämfört med villkoren i det upphandlade kontraktet utgör förskottsavtalet en väsentlig förändring av det upphandlade avtalet. VGR

har därmed ingått ett nytt kontrakt med Apotekstjänst vilket inte har annonserats, dvs. en direktupphandling. Det finns inte några skäl att direktupphandla avtalet enligt 15 kap. 3 § och avtalet är således en otillåten direktupphandling som ska ogiltigförklaras.

Apoteket anför vidare bl.a. att tilläggsavtalet innebär att Apotekstjänst åtar sig att tillhandahålla tjänster till VGR och att det därmed utgör ett upphandlingskontrakt. Genom avtalet bestäms att ytterligare ersättning ska utgå till Apotekstjänst och det är därmed ingen tvekan om att det handlar om en väsentlig förändring. Eftersom inget av undantagen från annonseringsskyldigheten varit tillämpliga utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

VGR anför i yttrande bl.a. följande. Förskottsavtalet innebär ingen väsentlig förändring varken avseende slag eller omfattning av den tjänst som Apotekstjänst ska tillhandahålla enligt det ursprungliga avtalet. Avtalet innebär inte heller en förändring av den ersättning som VGR ska utge för den utförda tjänsten. Förskottsavtalet innebär endast att faktureringsrutinerna förändras (från efterskotts- till förskottsbetalning) under en begränsad tid. Den ekonomiska jämvikten i avtalet har alltså inte ändrats. Inte heller i övrigt innebär förskottsavtalet en väsentlig förändring av det ursprungliga kontraktet som medför en upphandlingsskyldighet för VGR.

Vidare anför VGR bl.a. följande avseende tilläggsavtalet. Efter att upphandlingen avslutats och avtal tecknats med Apotekstjänst framkom att dospatienterna i regionen hade en läkemedelsanvändning som översteg vad som hade räknats med vid tidpunkten för upphandlingen. Den upphandlade tjänsten motsvarade alltså inte VGR:s behov av dosdispenserade läkemedel. Det blev därför nödvändigt att ingå avtal om kompletterande tjänster och utge ersättning för Apotekstjänsts utökade produktionskapacitet samt rörliga kostnader. Avtalet är endast ett resultat av parternas förhandlingar

avseende hur det ursprungliga avtalet ska tolkas, det innebär inte att den ekonomiska jämvikten mellan parterna har rubbats.

Apotekstjänst anför bl.a. att frågan i målen inte är om en otillåten direktupphandling undan om en tillfällig avtalsjämkning på grund av felaktiga förutsättningar. Någon jämvikt är alltså inte rubbad. Den ekonomiska jämvikten rubbades på grund av att de ursprungliga förutsättningarna var felaktiga. Det är helt legitimt att överenskomma om justering av ett avtal när detta föranleds av förändrade förutsättningar och ändringen har stöd i nationell rätt. Syftet med ändringen av avtalet har sålunda stor betydelse för om justeringen ska ses som ett nytt avtal. Förändrade ekonomiska och tekniska förutsättningar kan utgöra grund för ändringar av ett avtal utan att ändringen för den skull anses vara en ny upphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt förvaltningsrättens mening utgör förskottsavtalet och tilläggsavtalet avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en fristående juridisk person, och därmed kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Sådana kontrakt omfattas enligt huvudregeln av upphandlingslagstiftningen och ska tilldelas i enlighet med de förfaranden som beskrivs i upphandlingsreglerna.

Ett avtal som på ett betydande sätt avviker från de förutsättningar som angetts under upphandlingen anses avvika från upphandlingen på ett sådant sätt att avtalet ska betraktas som en direktupphandling. I annat fall skulle dessa förutsättningar kunna kringgå, vilket skulle strida mot de grundläggande principer om transparens och likabehandling som bär upp reglerna om upphandling.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att förskottsavtalet, oavsett VGR:s resonemang om att ytterligare ersättning inte utbetalas, ska anses innebära en väsentlig förändring av det ursprungliga kontraktet. Avtalet innebär en ekonomisk lättnad för Apotekstjänst genom att ett förskott om 21,5 miljoner kronor utbetalas och att den ekonomiska risken för Apotekstjänst väsentligen minskar genom förskottsutbetalningen. Det kan vidare inte uteslutas att andra anbudsgivare hade formulerat sina anbud på ett annat sätt om det stått klart att en möjlighet till förskottsbetalning funnits. Förskottsavtalet kan därför anses bryta mot de grundläggande principerna i upphandlingslagstiftningen och därmed innebära en väsentlig förändring av villkoren i det ursprungliga avtalet i form av en ekonomisk lättnad vilket innebär att en ny upphandling får anses ha inletts.

Tilläggsavtalet innebär att Apotekstjänst erhåller ytterligare ersättning från VGR vilket får effekten att betalningen till Apotekstjänst ökar i förhållande till vad som bestämts i det ursprungliga kontraktet. Avtalet innebär vidare att Apotekstjänst mot ersättning åtar sig att tillhandahålla tjänster till VGR som inte omfattades av det ursprungliga kontraktet. Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för Apotekstjänst. Vid sådana förhållanden anser förvaltningsrätten att ändringen genom avtalet utgör en sådan ändring av villkoren i kontraktet att en ny upphandling får anses ha inletts.

2.2 Fick avtalen slutas utan föregående annonsering?

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om de aktuella avtalen kan anses vara tillåtna direktupphandlingar.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl (se 15 kap. 3 § LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (4 kap. 5 § 1 st 3 p. LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas (4 kap. 8 § 1 st 1 p. LOU).

Direktupphandlingar kan enligt 15 kap. 3 § LOU tillämpas i de fall då förutsättningarna för förhandlat förfarande i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda.

Direktupphandling kan slutligen användas även när det föreligger synnerliga skäl. Regeln är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering ger alltså inte rätt till direktupphandling. Direktupphandling är tänkt att användas som en undantagslösning, vilket är naturligt eftersom det förfarandet i praktiken innebär att konkurrens inte uppkommer. Det är myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande (prop. 2001/02:142 s. 99).

Punkten 3 i 4 kap. 5 § LOU tar sikte på extraordinära situationer, förutsatt att dessa inte berott på den upphandlande myndigheten och inte heller kunnat förutses av denna. För det första ska det vara absolut nödvändigt att tilldela kontrakt. Exempel på detta är vid upphandling av livsmedel till skolor och servicehus m.m., där ett upphörande av leveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors liv och hälsa (Kammarrättens i Göteborg dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446—1452-12). För det andra ska det vara frågan om synnerlig brådska som gör att det är omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Möjligheterna till att använda ett annonserat förfarande ska undersökas noggrant innan beslut om att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering tas, för att undvika att göra en otillåten direktupphandling. För det tredje ska brådskan inte vara orsakad av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Motsvarande bestämmelse till 4 kap. 5 § LOU finns i artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG. I beaktandesats 1 och 6 till detta direktiv anges att direktivet bygger på EU-domstolens rättspraxis respektive att ingenting i detta direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv eller att bevara växter, i

synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med fördraget.

Om en upphandlande myndighet under lång tid känt till de omständigheter som gjorde upphandlingen nödvändig har det inte förelegat synnerlig brådska om myndigheten kunnat tillämpa sig av ett påskyndat förfarande (jfr EU-domstolens mål Kommissionen mot Frankrike, C-107/92).

Bestämmelsen i 4 kap. 8 § LOU tar sikte på tilläggsanskaffningar på upphandlingar som tidigare gjorts. Sådana tillägg får anskaffas genom ett enklare förfarande. Ett exempel på att avsikten är att undantagsbestämmelserna ska tillämpas snålt är att vad som ska köpas är "absolut" nödvändigt för att kontraktet ska kunna fullföljas. Det räcker inte med att tilläggsanskaffningen är endast nödvändig. Tolkningen av undantaget ska vara restriktiv (prop. 2010/11:150 s. 451).

Förfarandet får användas när det gäller kompletterande tjänster som inte ingår i det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras och om de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet eller, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas. Kompletteringarna ska vara en följd av oförutsedda omständigheter.

Parternas argumentation

Apoteket har bl.a. anfört att det påstående att Apotekstjänst hamnat i likviditetsproblem inte är en sådan omständighet som utgör sådana synnerliga skäl som krävs för att genomföra en direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU. Apoteket menar att det saknas objektivet stöd för att Apotekstjänst

verkligen har haft likviditetsproblem eller att detta i den mån det förekommit varit allvarliga och på så sätt hotat patientsäkerheten. Även om Apotekstjänst skulle ha haft ekonomiska problem har det inte förelegat någon sådan synnerlig brådska som kunnat motivera en direktupphandling. Apotekstjänst har haft alternativa möjligheter att lösa sina ekonomiska problem och VGR hade i värsta fall kunnat upphandla en ny leverantör på interimsbasis tills ett nytt upphandlat kontrakt var på plats. VGR hade kännedom om Apotekstjänsts påstådda likviditetsproblem minst en månad före tecknandet av förskottsavtalet. De omständigheter som lett till den påstådda brådskan, dvs. Apotekstjänsts ekonomiska problem, har i vart fall blivit kända för VGR under uppdragets genomförande. Förskotts- och tilläggsavtalet är två separata avtal och ingick med fyra månaders mellanrum. De ska därför bedömas var för sig.

VGR synes inte ha gjort några egna efterforskningar varken avseende risken för inställda leveranser eller för Apotekstjänsts konkurs utan endast tagit bolagets ord för givet. Det stämmer inte att ett byte till en annan leverantör skulle behöva ta flera månader. Det finns leverantörer som kan ta över tjänsten på ett snabbt och patientsäkert sätt. Det ankommer inte på VGR att säkerställa att Apotekstjänst inte går i konkurs. VGR har inte producerat några konkreta bevis på att leveransen av läkemedel verkligen varit i fara om inte avtalen ingåtts. Som upphandlande myndighet är det VGR:s ansvar att säkerställa att den leverantör som antas har tillräcklig ekonomisk kapacitet för att fullgöra uppdraget. Läkemedelsområdet är ett helt nytt verksamhetsområde för såväl Apotekstjänst som dess bolagskoncern. Apotekstjänst är ett relativt nystartat bolag som saknar tidigare omsättning. Det är uppenbart att VGR varit medveten om Apotekstjänsts mycket begränsade ekonomiska kapacitet att genomföra uppdraget. Genom att trots detta anta bolagets anbud utan ytterligare ekonomisk säkerhet har VGR agerat vårdslöst på ett sådant sätt att synnerlig brådska inte kan göras gällande. Rimligtvis borde det även stå klart för var och en att ett förskott inte utgör

någon slutgiltig lösning på likviditetsproblemen baserade på ökade kostnader utan när förskottet använts kommer likviditetsproblemen tillbaka. Det första kravet på ytterligare ersättning från Apotekstjänst kom redan i slutet av 2012, ca sex månader innan avtalsstart.

Avseende tilläggsavtalet anför Apoteket fortsättningsvis följande. Undantaget för kompletterande tjänster är inte tillämpligt eftersom ersättningen utgör ytterligare ersättning för de tjänster som omfattades av den ursprungliga upphandlingen, dvs. tjänster som Apotekstjänst redan har en skyldighet att utföra. Tilläggsavtalet omfattar därför inte kompletterande tjänster. VGR:s behov och avsikt har hela tiden varit att upphandla ett helhetsåtagande avseende dosdispenseringen och ersättningen ska inkludera alla kostnader förknippade med denna. I kravspecifikationen anges att leverantören ska dosdispensera *minst* 400 preparat. VGR synes numera mena att det i det upphandlade uppdraget endast ingått att dispensera maximalt 400 preparat. Att VGR:s behov av dosdispensering omfattat fler än 400 preparat är något som VGR haft kännedom om. VGR:s tidigare agerande tyder också på att avsikten aldrig varit att tvistigheterna mellan VGR och Apotekstjänst skulle röra någon form av kompletterande tjänster och regionen har inledningsvis helt bestridit ersättningskraven. Att nu prata om ”kompletterande tjänster” kan inte ses som annat än en efterhandskonstruktion. Felaktiga anbudsförutsättningar är inte grund för att tillämpa undantaget för direktupphandling. VGR har köpt dosdispenseringstjänster under flera år och har haft möjlighet att säkerställa en heltäckande upphandling. VGR kan alltså inte åberopa att det varit fråga om oförutsedda omständigheter. Tilläggsavtalet är en fristående överenskommelse i förhållande till kapacitetsavtalet.

VGR har angående förskottsavtalet anfört bl.a. följande. Vid den aktuella tidpunkten fanns ingen annan leverantör som kunde tillhandahålla en fungerande tjänst tillräckligt snabbt. Det var absolut nödvändigt för VGR att

tilldela Apotekstjänst det aktuella kontraktet utan föregående annonsering och det förelåg synnerlig brådska. De omständigheter som lett fram till att det under sommaren 2013 fanns en överhängande risk för att Apotekstjänst inte skulle kunna tillhandahålla den upphandlade tjänsten (på grund av likviditetsproblem) är inte en omständighet som kunnat förutses av VGR. Med hänsyn till de omständigheter som anförts och för att kunna säkerställa patientsäkerheten förelåg det även synnerliga skäl för direktupphandling.

Enligt VGR:s bedömning avseende tilläggsavtalet har tilläggstjänsterna inte utan stora tekniska och ekonomiska olägenheter för myndigheten kunnat avskiljas från huvudförpliktelsen. Att genomföra en separat upphandling efter föregående annonsering hade inte varit möjligt. VGR kunde vid tiden för upphandlingen inte förutse att det under avtalstiden skulle uppstå ett behov av kompletterande tjänster för att samtliga patienter skulle få tillgång till sina läkemedel. Under hösten 2012 stod det klart att den upphandlade tjänsten inte motsvarade VGR:s behov av dosdispenserade läkemedel. Det var därför nödvändigt att ingå avtal om kompletterande tjänster. Under oktober 2013 lät Apotekstjänst meddela att om bolaget inte fick ersättning för sina merkostnader skulle verksamheten gå med ohanterliga förluster. Vissa ordinerade läkemedel skulle inte dosdispenserades över huvud taget om inte avtalet om tilläggstjänster fullgjordes. Den dosdispenserings-tjänst som Apotekstjänst tillhandahåller enligt det ursprungliga avtalet skulle således bli värdelös för VGR. VGR kunde inte förutse situationen då dessa svårigheter berodde på att marknaden inte tidigare varit konkurrensutsatt och det var svårt att erhålla nödvändig information från Apoteket, som tidigare hade varit ensam aktör på marknaden. VGR:s bedömning av Apotekstjänsts likviditet har varit korrekt med hänvisning till företrädare för Apotekstjänst. Det var inte praktiskt genomförbart att anlita någon oberoende part för att kontrollera uppgifterna. Bolaget hade inte haft intresse av att lämna uppgifter om likviditetsproblem till regionen om problemen

inte var reella. VGR har försökt påkalla Apotekstjänsts ekonomiska utfästelser i form av koncerngaranti och borgensåtagande och därmed uttömt möjligheterna att lösa situationen på annat sätt. Utifrån VGR:s erfarenhet av tidigare migreringar uppskattar regionen att en omställning till en annan leverantör och en säker leverans av dosdispenserade läkemedel tar flera månader. VGR ifrågasätter Apotekets beräknade uppstartstid om två veckor. Efter att upphandlingen avslutats och avtal tecknats stod det klart att parterna hade skilda uppfattning om Apotekstjänsts skyldigheter enligt avtalet. Enligt kravspecifikationen skulle bl.a. dosdispensering via s.k. conveyorbrickor enbart ske i undantagsfall och beställningar skulle i undantagsfall kunna ske via fax. Vid tiden för tilläggsavtalet hade VGR en läkemedelsanvändning som motsvarade ca 800 artiklar. Det har även framkommit att VGR:s behov av att kunna skicka beställningar via fax inte tillgodoses av tjänsten enligt det ursprungliga avtalet. Den kompletterande tjänst som VGR köpt är således inte identisk med den tjänst som leverantören ska tillhandahålla enligt det ursprungliga avtalet. Det går inte att särskilja de tjänster som ska tillhandahållas enligt det ursprungliga avtalet respektive tilläggsavtalet.

De avtalade tjänsterna har varit nödvändiga för att det ursprungliga avtalet ska kunna fullgöras. Den uppkomna brådskan har inte varit förutsebar och har inte heller legat inom VGR:s kontroll. Det får anses ligga i sakens natur att nya potentiella leverantörer saknar tidigare erfarenhet av den upphandlade tjänsten samt att verksamheten är nystartad när en tidigare monopolmarknad konkurrensutsätts första gången. Den sammantagna situationen för att det i vart fall förelåg synnerliga skäl. Det var fråga om en extraordinarie situation som uppkommit även utan konkurs av Apotekstjänst. Med hänvisning till patientsäkerheten måste det säkerställas att de uppgifter som ingår i dosdispenseringstjänsten vid varje tidpunkt kan fullgöras. Tilläggsavtalet utgör därför en tillåten direktupphandling enligt 15 kap. 3 § 2 st LOU jämförd med 4 kap. 8 § 1 st § p. LOU. Genom kapacitetsavtalet, date-

rat den 29 november 2012, förband sig VGR att utge ersättning för Apotekstjänsts utökade åtagande och det är endast storleken på ersättningen som bestämts genom tilläggsavtalet. Eftersom kapacitetsavtalet inte kan ogiltigförklaras kan inte heller ersättningens storlek angripas.

Apotekstjänst anför i huvudsak följande. Det framgick i förfrågningsunderlaget att leverantören skulle hålla en kapacitet som gör det möjligt att maskinellt eller i undantagsfall via conveyor-brickor dosdispensera minst 400 preparat. Anbudsgivarna gavs tillfälle att ställa frågor till regionerna och vice versa. VGR hade efter detta klart för sig vilken kapacitet Apotekstjänst hade. Apotekstjänst redovisade också hur man avsåg att finansiera sin verksamhet och den budget man hade. Det måste ha stått fullständigt klart för VGR att Apotekstjänst räknade på de förutsättningar som givits i förfrågningsunderlaget såväl för sin likviditetsplanering som för priset och därmed resultatet. Efter att avtal tecknats stod det klart för Apotekstjänst att regionernas läkemedelssortiment var långt större än de 400 preparat som Apotekstjänst åtagit sig att hålla kapacitet för. I anledning av detta träffade VGR och Apotekstjänst ett avtal om att Apotekstjänst bl.a. skulle erhålla mer betalt per dos-dygn utöver den tidigare avtalade ersättningen. Det fanns även flertalet andra komplikationer under uppstartsperioden. Om det skulle anses vara en kompletterande tjänst som inte ingick i det ursprungliga kontraktet har det varit möjligt för VGR att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 8 § LOU eftersom det inte är tekniskt möjligt att skilja den dispenserering som sker på conveyorbrickor från det ursprungliga projektet på ett sätt så att detta kan upphandlas av någon annan än Apotekstjänst. Detsamma gäller samtliga tjänster för vilka Apotekstjänst må ha erhållit retroaktiv ersättning och som Apotekstjänst ska erhålla framtida ersättning för.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i första hand att ta ställning till om VGR har visat att förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU varit uppfyllda, dvs. att det varit absolut nödvändigt att tilldela förskottsavtalet och tilläggsavtalet utan föregående annonsering, att synnerlig brådska gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande (med föregående annonsering) och att brådskan inte orsakats av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. VGR har angående Apotekstjänsts likviditetsproblem hänvisat till att VGR ställt upprepade frågor om bolagets möjligheter att erhålla banklån, lån från moderbolaget eller få utsträckt kredittid från läkemedelsgrossisterna. VGR fick svaret från Apotekstjänst att några alternativ inte var möjliga och VGR bedömde bolagets uppgifter som trovärdiga. Förvaltningsrätten anser inte att VGR visat att Apotekstjänsts likviditetsproblem varit av sådan art och grad att det varit absolut nödvändigt att ingå de aktuella avtalen. Inte heller att de eventuella likviditetsproblemen i så fall varit så allvarliga att det fanns en risk att tjänsten att leverera dosdispenserade läkemedel inte skulle kunna utföras.

Förvaltningsrätten ifrågasätter vidare att det uppkommit en sådan brådska för VGR som myndigheten inte kunnat förutse. Det har framkommit att VGR varit medvetna om Apotekstjänsts påstådda likviditetsproblem sedan åtminstone november 2012, då kapacitetsavtalet tecknades och det har sedan dröjt till juli 2013 innan förskottsavtalet tecknades. I EU-dömstolens dom Medipac (C-6/05) ansåg domstolen med hänsyn till folkhälsan att det var möjligt för sjukhus att "vidta alla nödvändiga tillfälliga åtgärder" för att anskaffa medicin. Detta var emellertid efter att ett ordinarie upphand-

lingsförfarande avstannat, vilket inte varit fallet i nu aktuellt mål. Apotekstjänst har, trots påstådda likviditetsproblem, fortsatt att leverera läkemedel även efter november 2012 och VGR har inte visat att sådana extraordinära omständigheter inträffat under sommaren 2013 som kan motivera en direktupphandling.

Vad som anförts talar alltså starkt emot påståendet att behovet av att ingå både förskotts- och tilläggsavtalet uppstått plötsligt och på ett sätt som VGR inte borde ha kunnat förutse. Detta intryck förstärks av Apotekstjänsts yttranden i frågan. Med hänsyn härtill har det inte varit fråga om synnerlig brådskas enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. Det är därmed klarlagt att VGR inte med stöd av 4 kap. 5 § LOU kunnat åberopa att förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit för handen vid tecknandet av förskotts- och tilläggsavtalen.

VGR har angående tilläggsavtalet anført att detta reglerar kompletterande tjänster som inte ingår i det ursprungliga kontraktet och att dessa inte kan skiljas från detta utan stora tekniska och ekonomiska olägenheter. Vissa ordinerade läkemedel skulle inte dosdispenseras om inte avtalet fullgjordes och det ursprungliga avtalet skulle då bli värdelöst. En omställning till en annan leverantör var inte möjlig. Den kompletterande tjänsten som VGR köpt är enligt VGR inte identisk med den tjänst som leverantören ska er hålla enligt det ursprungliga avtalet. Apoteket har anført att undantaget i 4 kap. 8 § LOU inte är tillämpligt eftersom tjänsterna omfattas av den ursprungliga upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget till den ursprungliga upphandlingen angavs att leverantören ska "hålla en kapacitet som gör det möjligt att maskinellt eller i undantagsfall via conveyor-brickor dosdispensera minst 400 preparat" samt att "dosdispensera de volymer som Beställaren efterfrågar". Förvaltningsrätten tolkar inte förfrågningsunderlaget på annat sätt än att VGR:s

avsikt med upphandlingen var att den vinnande leverantören skulle tillhandahålla VGR:s hela behov av dosdispenserade läkemedel. Trots detta har de ingått tilläggsavtalet som reglerar dosdispensering av "fler än 400 artiklar under avtalstiden". Även VGR:s tidigare agerande tyder på att de aldrig avsett annat än att det varit ett helhetsåtagande som upphandlats och därför inledningsvis bestridit ersättningskraven från Apotekstjänst. Även Apotekstjänst synes mena att de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna varit felaktiga och inte att det i egentlig mening är fråga om några kompletterande tjänster.

Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten inte att bestämmelsen i 4 kap. 8 § LOU är tillämplig i ifrågavarande fall. Tilläggsavtalet reglerar inte några kompletterande tjänster utan utgör ett avtal om ytterligare ersättning för tjänster som ingått i det ursprungliga kontraktet. Det finns därmed inte heller möjlighet för VGR att med stöd av 4 kap. 8 § LOU åberopa att förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit för handen vid tecknandet av tilläggsavtalet.

Inte heller i övrigt anser förvaltningsrätten att det förelegat sådana synnerliga skäl som avses i 15 kap. 3 § LOU för att undantag från upphandlingsreglerna ska anses vara tillämpliga.

3 Innebär artikel 106.2 i EUF-fördraget att undantag från annonseringsskyldigheten i LOU kan göras?

Tillämplig bestämmelse m.m.

Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgif-

ter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse (Artikel 106.2 EUF-fördraget).

Konkurrensverket har inkommit med yttrande på begäran av förvaltningsrätten där verket anmodats att yttra sig över frågan om tolkning och tillämpning av artikel 106.2 EUF-fördraget i förhållande till nu aktuell fråga om direktupphandling. Konkurrensverket har sammanfattningsvis bedömt att det utifrån ordalydelsen i artikeln framstår som i det närmaste uteslutet att bestämmelsen över huvud taget skulle kunna medföra att en upphandlande myndighet får underlåta att annonsera en offentlig upphandling. Det måste enligt verkets bedömning krävas att annonseringskraven i det upphandlingsrättsliga regelverket i sig, rättsligt eller praktiskt, omöjliggör utförandet av den aktuella tjänsten och i förevarande mål är det inte fråga om någon sådan situation. Konkurrensverket menar därmed att artikel 106.2 i EUF-fördraget inte medför att VGR fick ingå de aktuella avtalen med Apotekstjänst utan föregående annonsering.

Parternas argumentation

Apoteket anför bl.a. följande. Artikeln kan inte användas för att medge undantag från skyldigheten att annonsera ett upphandlingskontrakt eftersom denna skyldighet och dess undantag regleras i Upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) på ett uttömmande sätt. Undantaget i artikeln gäller endast i förhållande till företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Artikeln kan inte tillämpas för att undgå upphandlingsskyldigheten vid själva tilldelningen (eller anförtroendet) av en tjänst av allmänt intresse eller vid förändringar av det som en gång upphandlats eller hur uppdraget ska ersättas. Något annat skulle i praktiken innebära införandet av ett helt nytt upphandlingsundantag.

VGR anför bl.a. att för det fall förvaltningsrätten skulle finna att undantagsreglerna i LOU inte är tillämplig har skyldighet att tillämpa upphandlingsreglerna ändå inte förelegat med hänvisning till artikel 106.2 EUF-fördraget. Regionfullmäktige i VGR har den 26 november 2013 beslutat att dosdispensering av läkemedel är en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av artikeln. Enligt VGR:s mening visar artikeln hur en avvägning ska göras när intresset mot att en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse fullgörs står i konflikt med intresset av att tillämpa upphandlingsreglerna. Artikeln tillåter åtgärder som begränsar tillämpningen av fördragets bestämmelser när dessa är nödvändiga för att det berörda företaget ska kunna fullgöra sina uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse under godtagbara ekonomiska villkor. Tjänsten att tillhandahålla dosdispenserade läkemedel får inte hindras av reglerna om offentlig upphandling. VGR anser att Konkurrensverket gör en för snäv tolkning av artikel 106.2 i EUF-fördraget.

Apotekstjänst anför bl.a. att avtalet är tillåtet enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget och menar att förvaltningsrätten för övrigt inte är behörig att pröva denna fråga.

Förvaltningsrättens bedömning

Artikel 106.2 är en bestämmelse om undantag från EUF-fördragets regler, särskilt konkurrensreglerna, för företag som utför tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I aktuellt mål är det således, enligt förvaltningsrättens mening, Apotekstjänst som utgör ett sådant företag som i och för sig kan omfattas av bestämmelsen. VGR kan i egenskap av upphandlande myndighet inte betraktas som ett företag som omfattas av artikel 106.2 EUF-fördraget. Dessutom bör det, för att artikeln ska kunna leda till att en viss slags tjänst av allmänt ekonomiskt intresse inte behöver upphandlas, krävas att annonseringskraven i det upphandlingsrättsliga regelverket i sig omöj-

liggör utförandet av den aktuella tjänsten. En sådan situation är inte aktuell i förevarande mål. Förvaltningsrätten kommer därmed till samma slutsats som Konkurrensverket, det vill säga att artikel 106.2 EUF-fördraget inte kan tolkas så att VGR fick ingå de aktuella avtalen med Apotekstjänst utan föregående annonsering. Detta oavsett vad regionfullmäktige beslutat avseende den aktuella tjänsten.

Sammanfattningsvis får det enligt förvaltningsrättens mening anses utrett att förskottsavtalet och tilläggsavtalet har varit otillåtna direktupphandlingar.

4 Om otillåten direktupphandling – finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse?

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering (16 kap. 13 § LOU).

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda (16 kap. 14 § LOU).

Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU är tänkt att fungera som en slags ventil i de situationer där ogiltigförklaring av ett avtal anses leda till oproportionerliga och skadliga följder (prop. 2009/10:180 s. 137 f.). Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset har utvecklats genom EU-domstolens rättspraxis och utgör grund för undantag från den fria rörligheten. Ett känt avgörande i sammanhanget är EU-domstolens mål Medipac C-6/05.

Det är den som åberopar undantaget, dvs. den upphandlande myndigheten, som bär bevisbördan för att undantag föreligger (prop. 2009/10:180 s. 139). Det krävs att det aktuella behovet inte kan tillgodoses på annat sätt. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får betraktas som tvingande hänsyn till allmänintresset om ogiltighet i det specifika fallet skulle leda till helt orimliga eller oproportionerliga följder. Inom ramen för vad som ska anses som ett allmänintresse bör stor betydelse läggas vid upphandlande myndigheters skyldighet att tillhandahålla allmän service till samhället (prop. 2009/10:180 s. 362).

Parternas argumentation

Apoteket anför i huvudsak följande angående tvingande hänsyn. I förevarande fall skulle ett ogiltigförklarande av avtalen inte äventyra tillhandahållandet av dosdispenserade läkemedel till patienter inom regionen. VGR och Apotekstjänst är själva av uppfattningen att det upphandlade kontraktet medför en skyldighet för Apotekstjänst att utföra tjänsten dosdispensering åt VGR och kontraktet och skyldigheterna däri kvarstår även om förskotts- och tilläggsavtalen ogiltigförklaras. Även om Apotekstjänst har ekonomiska problem föreligger ingen automatisk koppling mellan ett sådant förhållande och tjänstens omedelbara upphörande vid ogiltigförklaring av avtalen. Inget av avtalen reglerar själva utförandet av tjänsten utan rör endast ersättningsfrågor. Det faktum att en alternativ lösning är kostsam utgör inte skäl för att låta ett avtal bestå. Det saknas objektivt stöd för det scenario som VGR målar upp. Även om en ogiltigförklaring i slutändan skulle leda till konkurs för Apotekstjänst finns det tillräckligt med tid för VGR att utan risk för patienterna genomföra en ny upphandling och säkerställa behovet av dosdispensering.

VGR anför bl.a. att skyddet för människors liv och hälsa utgör ett sådant beaktansvärt intresse som avses i 16 kap. 14 § LOU och att en ogiltigför-

klaring i förevarande fall skulle leda till orimliga och oproportionerliga följder. Skyddet för människors liv och hälsa utgör skäl för inskränkning av den fria rörligheten. Om förskottsavtalet skulle förklaras ogiltigt skulle det innebära att Apotekstjänst tvingas att återbetala det som kvarstår av förskottet vilket menligt skulle påverka bolagets ekonomiska situation och riskera tjänstens tillhandahållande. Om tilläggsavtalet skulle förklaras ogiltigt är det VGR:s förståelse att Apotekstjänst inte kommer att leverera samtliga läkemedel som VGR:s patienter behandlas med och att vissa läkemedel inte kommer att dosdispenseras över huvud taget. För att tillse att alla patienter erhåller samtliga ordinerade läkemedel och att patientsäkerheten därigenom upprätthålls skulle det krävas en omfattande och kostsam manuell hantering av patienternas läkemedel. Då skulle den tjänst som Apotekstjänst tillhandahåller enligt det ursprungliga avtalet bli värdelös för VGR. Därtill kommer den påverkan på Apotekstjänsts ekonomiska situation som en ogiltigförklaring av tilläggsavtalet skulle innebära och risken för att Apotekstjänst som en följd härav helt upphör att tillhandahålla den aktuella tjänsten. Under den tid det tar innan en annan leverantör kan leverera tjänsten skulle försörjningen av dosläkemedel vara hotad. Det finns en inte obetydlig risk att patienter kan komma att stå utan dosdispenserade läkemedel om avtalen skulle ogiltigförklaras. Med hänsyn till VGR:s ansvar för patientsäkerheten kan inte ens en liten risk för avbrott i tjänsten accepteras.

Apotekstjänst anför att det i alla fall föreligger tvingande hänsyn till patientsäkerheten att avtalet får bestå.

Förvaltningsrättens bedömning

Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att avtal får bestå. Det

är den upphandlande myndigheten, dvs. VGR, som har bevisbördan för att en sådan undantagssituation föreligger.

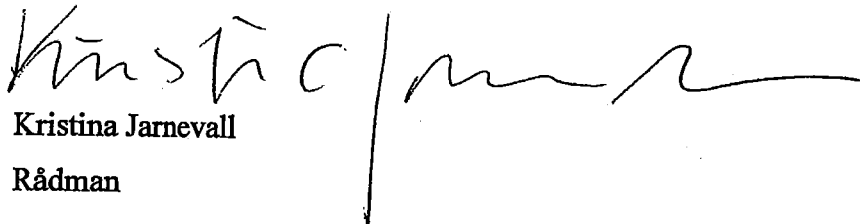
Kammarrätten i Göteborg har i dom, den 2 december 2011 (mål nr 5819-11), kommit fram till att avtal angående en beställningscentral för sjuk- och transporttjänster i allra högsta grad påverkade människors liv och hälsa på ett sådant sätt att avtalet på grund av tvingande hänsyn skulle bestå, trots att det fanns förutsättningar för ogiltigförklaring. Kammarrätten i Jönköping kom till samma slutsats i dom den 18 november 2011, i mål angående hörselapparater (mål nr 1587-11).

I de ovan redogjorda avgörandena är det själva upphandlingen i sig och upphandlingskontraktet som sådant som varit uppe för prövning. I det nu aktuella målet har förvaltningsrätten att pröva huruvida tvingande hänsyn föreligger för att förskottsavtalet och tilläggsavtalet ska få bestå, dvs. avtal som slutits efter det att upphandlingskontraktet ingåtts. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att VGR inte gjort sannolikt att det varit absolut nödvändigt att ingå avtalen, att det inte förelegat synnerlig brådska som inte kunde förutses, att det inte är fråga om kompletterande tjänster och att artikel 106.2 i EUF-fördraget inte är tillämplig. Som förvaltningsrätten tidigare konstaterat har VGR inte visat att Apotekstjänst varit i en sådan ekonomisk kris som påståtts. Dessutom reglerar det ursprungliga upphandlingskontraktet att Apotekstjänst ska dosdispensera och leverera minst 400 preparat samt dosdispensera de volymer som VGR efterfrågar. Det finns i kontraktet även bestämmelser om att regionen har rätt till vite om leverantören inte levererar i rätt tid och till rätt plats. Det finns vidare bestämmelser om hävning av avtalet om leverantören inte utför sina åtaganden enligt avtalet eller begärs i konkurs. Enligt förvaltningsrättens mening ska därmed allmänintresset och människors liv och hälsa kunna tillgodoses genom enligt upphandlingsavtalet överenskomna leveranser av dosförpackade läkemedel. VGR har inte visat att det finns en sådan risk att tjänsten inte

fullgörs om förskottsavtalet och tilläggsavtalet upphävs. Förvaltningsrätten anser därmed att VGR inte visat att det föreligger en sådan exceptionell situation och sådana tvingande hänsyn till allmänintresset, närmare bestämt människors liv och hälsa, som motiverar att förskottsavtalet och tilläggsavtalet ska få bestå.

Apotekets ansökan om ogiltigförklaring av förskottsavtalet och tilläggsavtalet ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1B LOU)


Kristina Jarnevall
Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Isa Blom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

