



Datum
2013-11-06

Diarienummer
RS130430, HSS130092

Göran Forss, regionjurist
Staben
Expertstödsavdelningen
Tfn 035-179629
goran.forss@regionhalland.se

Regionfullmäktige

Dosdispensering av läkemedel – beslut enligt artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt m.m.

Förslag till beslut

Regionstyrelsen föreslår regionfullmäktige att besluta 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 (funktionsfördraget).

Under förutsättning att beslut fattas enligt ovan föreslår regionstyrelsen att regionfullmäktige beslutar att ge regionstyrelsen i uppdrag att med tillämpning av artikel 106.2 i funktionsfördraget teckna avtal med leverantör om fullgörande av tjänsten.

Regionstyrelsen ger regionkontoret i uppdrag att upprätta alternativ handlingsplan för att tillgodose patientsäkerheten oavsett nu vidtagna åtgärder.

Sammanfattning

Region Halland och Västra Götalandsregionen har efter en annonserad upphandling tecknat avtal med Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) om maskinell dosdispensering av läkemedel. Avtalet gäller till och med den 14 maj 2015. Apotekstjänst har vid flera tillfällen sedan avtalet trädde ikraft begärt omförhandling av ersättningen för tjänsten då den betalning Region Halland och Västra Götalandsregionen erlägger enligt avtalet inte ger täckning för de kostnader Apotekstjänst har för att leverera tjänsten.

Den maskinella dosdispenseringen är en tjänst av vital betydelse för sammanlagt ca 41 000 patienter i Region Halland och Västra Götalandsregionen. Med hänvisning till patientsäkerheten måste det säkerställas att de uppgifter som ingår i dosdispenseringstjänsten vid varje tidpunkt kan fullgöras.

Region Halland ser inte någon juridisk möjlighet att regionen och Apotekstjänst inom ramen för befintligt avtal kan avtala om en ersättning som motsvarar Apotekstjänsts kostnader för tjänsten. Efter apoteksmarknadens omreglering och den tidigare gjorda upphandlingen har det inte funnits någon fungerande marknad för den aktuella tjänsten. Region Halland bedömer att det finns förutsättningar att tillämpa artikel 106.2 i funktionsfördraget beträffande leverantören av tjänsten dosdispensering av läkemedel. Beslut bör därför fattas av fullmäktige att dosdispensering av läkemedel är en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som anges i artikel 106.2 i funktionsfördraget, varefter avtal bör träffas med leverantör om fullgörande av tjänsten.

Bakgrund

Dosdispensering av läkemedel är en tjänst som används av ca 185 000 personer inom kommuner och landsting i Sverige, varav cirka 6 000 personer i Halland. Dosdispenseringen innebär att individens läkemedel maskinellt förpackas i påsar som innehåller de läkemedel som personen ska ta vid ett och samma tillfälle. Hanteringen av dospåsarna sker främst genom hemtjänsten för de äldre personer som bor hemma eller i kommunernas särskilda boenden.

Innan apoteksmarknaden omreglerades och konkurrensutsattes tillhandahölls tjänsten att dosdispensera läkemedel av Apoteket AB, som ägs av staten. Samtliga landsting och regioner har tidigare haft avtal med Apoteket AB om dosdispensering av läkemedel till patienter inom öppenvård. Det avtal dåvarande Landstinget Halland hade tecknat med Apoteket AB löpte ut den 31 december 2011. På regeringens initiativ inleddes år 2010 arbetet med att konkurrensutsätta tjänsten med målet om en konkurrensutsättning år 2012. Som en övergångslösning tecknades nya avtal med Apoteket AB för 2012 och fram till och med den 15 juni 2013, i syfte att reglera fortsatta leveranser av dosdispenserade läkemedel samtidigt som landstingen och regionerna gavs tid att förbereda och genomföra en konkurrensutsättning av tjänsten genom en offentlig upphandling.

Upphandlingen

År 2012 genomfördes en annonserad upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) av den maskinella dosdispenseringen av ordinerade läkemedel för öppenvård samt leverans av dessa till apotek och/eller avhämtningsställen. Upphandlingen genomfördes med ett förenklat förfarande enligt LOU där Region Halland lämnade fullmakt till Västra Götalandsregionens inköpsfunktion att genomföra upphandlingen.

Den 1 juni 2012 fattade regionerna tilldelningsbeslut där Apotekstjänst, som en av fyra anbudsgivare, tilldelades kontraktet efter en utvärdering enligt lägsta pris. Ett ramavtal enligt 5 kap 4§ LOU tecknades den 2 oktober 2012 med Apotekstjänst för perioden 15 maj 2013, med full drift/leverans senast den 15 juni 2013, till och med den 14 maj 2015. I avtalet anges att avtalet kan förlängas helt eller delvis flera gånger upp till 24 månader.

Apotekstjänsts likviditetsproblem

Apotekstjänst aviserade under senare delen av juli 2013 att bolaget hade likviditetssvårigheter och att bolaget inte kunde betala de fakturor till läkemedelsgrossisterna som förföll den 30 juli 2013 utan ett förskott från regionerna. Leveranserna av läkemedel till bolaget skulle då omedelbart upphöra och därmed också leveranser av dosläkemedel till ca 35 000 patienter i Västra Götaland och ca 6 000 patienter i Region Halland. Regionerna hade endast en mycket kort tid på sig för att ta ställning till hur distributionen skulle lösas utan att patienterna skulle drabbas. Situationen var mycket akut.

Alternativ som att bedriva läkemedelsdispenseringen i egen regi eller att direktupphandla annan leverantör övervägdes men bedömdes vara omöjliga att genomföra. Det bedömdes helt omöjligt att i denna akuta situation mitt under semestertider manuellt kunna dispensera läkemedlen i egen regi. Regionerna bedömde att det vid tidpunkten för förskottsbetalningen inte fanns någon annan leverantör av tjänsten som hade kapacitet att, i den akuta situation som förelåg, leverera till regionerna. Dessutom skulle tiden för omställning till en annan leverantör varit ett flertal månader för att erhålla en säker leverans av läkemedel.

Regionerna ställde upprepade frågor till Apotekstjänst om bolagets möjligheter att erhålla banklån, lån från moderbolaget eller få utsträckt kredittid från läkemedelsgrossisterna för att hantera sin likviditetsbrist. Enligt Apotekstjänst var dessa alternativ inte möjliga. Med hänsyn till patientsäkerheten för så många patienter beslutade regionerna den 30 juli 2013 att utge ett förskott om sammanlagt 25 miljoner kronor, varav Region Halland utgav 3,5 miljoner kronor, mot framtida leveranser av tjänster enligt ovan nämnda avtal.

Trots den av regionerna förskottade ersättningen har Apotekstjänst gjort gällande fortsatta likviditetsproblem. Den 16 september 2013 uppmanade Apotekstjänst regionerna att förhandla med Apotekstjänst i vissa ersättningsfrågor. Trots att regionerna svarat att de anser sig förhindrade att förhandla med Apotekstjänst har bolaget på nytt den 25 oktober begärt ersättning för tjänster och uppstartskostnader som bolaget anser går utanför vad som avtalats mellan parterna. Apotekstjänst har uppgett att tjänsteutbudet vad avser dosdispenseringen måste reduceras om inte regionerna och Apotekstjänst kommer överens om ytterligare ersättning.

Det står idag klart för regionerna att den betalning regionerna erlägger enligt avtalet inte ger täckning för de kostnader Apotekstjänst har för att leverera tjänsten.

Ärendet

Region Halland ser inte någon juridisk möjlighet att regionen och Apotekstjänst inom ramen för befintligt avtal kan avtala om en ersättning som motsvarar Apotekstjänsts kostnader för tjänsten.

Artikel 106 i funktionsfördraget

Ansvar för att tillhandahålla välfärdstjänster i Sverige ligger, såvitt avser bl.a. människors tillgång till bostäder, hälso- och sjukvård, avfallshantering och utbildning, på kommuner, landsting och regioner. Inom EU betecknas sådana tjänster som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Nationella, regionala och lokala myndigheter har till följd av Lissabonfördraget fått ett stort frihetsutrymme att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Utförandet av tjänsterna sker många gånger huvudsakligen genom att privata aktörer står för det faktiska utförandet av verksamheten. Grundtanken är att företag som tillhandahåller sådana samhällsnyttiga tjänster inte ska förhindras att utföra sitt uppdrag på grund av bland annat EU:s konkurrens- och statsstödsregler.


Region Halland har undersökt om dosdispensering av läkemedel är en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av artikel 106.2 i funktionsfördraget och vad tillämpningen av artikel 106.2 skulle innebära för den aktuella tjänsten. Ett särskilt PM har upprättats om förutsättningarna för att tillämpa artikel 106.2 i funktionsfördraget, se bilaga.

I artikel 106.2 i funktionsfördraget anges att företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs.

Artikel 106.2 i funktionsfördraget tillåter konkurrensbegränsande åtgärder när dessa är nödvändiga för att det berörda företaget ska kunna fullgöra sina uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse under godtagbara ekonomiska villkor. Skyldigheten att fullgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse kan därför motivera en begränsning av konkurrensen och tillämpningen av lagen om offentlig upphandling.

Dosdispensering av läkemedel är en tjänst av vital betydelse för sammanlagt ca 41 000 patienter i Region Halland och Västra Götalandsregionen. Med hänvisning till patientsäkerheten måste det säkerställas att de uppgifter som ingår i dosdispenseringstjänsten vid varje tidpunkt kan fullgöras. Sedan upphandlingen av dosdispenseringstjänsten genomfördes år 2012, i vilken fyra anbudsgivare inklusive Apotekstjänst lämnade anbud, har en av anbudsgivarna upphört med sin verksamhet och en av anbudsgivarna (Apoteket AB) börjat stänga ned sin verksamhet redan i samband med omregleringen. Efter apoteksmarknadens omreglering och den tidigare gjorda upphandlingen har det inte funnits någon fungerande marknad för den aktuella tjänsten. Med hänvisning till vad som anges ovan och i bilagd promemoria anser Region Halland att dosdispensering av läkemedel är en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som anges i artikel 106.2 i funktionsfördraget och att det föreligger förutsättningar att tillämpa artikel 106.2 beträffande leverantören av tjänsten.

Regionstyrelsen



Gösta Bergenheim
Regionstyrelsens ordförande



Catarina Dahlöf
Regiondirektör



Uppdragsgivare	Region Halland genom William Hedman
Utredare	Advokat Gunnar Andersson, Rosengrens Advokatbyrå
Angående	Apotekstjänst AB; förutsättning att tillämpa artikel 106 Funktionsfördraget (Lissabonfördraget), tjänster i all- mänt ekonomiskt intresse

1. SAMMANFATTNING

Min bedömning är att förutsättningarna för att tillämpa artikel 106.2 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt föreligger beträffande leverantören av tjänsten dosdispensering av läkemedel. Kraven på hur det ska genomföras är omfattande. Samtidigt innebär tillämpningen av artikel 106 att leverantören kan erhålla kostnadstäckning för sina kostnader vilket torde säkerställa att leveranserna av dosdispenserade läkemedel säkerställs.

Borås
Österlånggatan 16

SE-503 31 Borås, Sverige
Tel +46 (0) 33-10 00 50
Fax +46 (0) 33-10 35 50

Göteborg
Södra Larmgatan 4
Box 2523

SE-403 17 Göteborg, Sverige
Tel +46 (0) 31-701 20 00
Fax +46 (0) 31-501 20 01

Uddevalla
Kungstorget 1
Box 174

SE-451 16 Uddevalla, Sverige
Tel +46 (0) 522-65 33 60
Fax +46 (0) 522-65 33 61

Varberg
Kungsgatan 28 C

SE-432 44 Varberg, Sverige
Tel +46 (0) 340-135 40
Fax +46 (0) 340-135 44

Postgiro 46168-1
Bankgiro 5869-0405
Klientmedel bg 5901-9091
Org. nr 556567-1970
Innehar F-skattebevis
Säte, Borås kommun

E-post:
for.efternamn@rosenlaw.se

www.rosenlaw.se
Member of

IAG INTERNATIONAL



2. BAKGRUND

Sommaren 2012 upphandlade Region Halland tillsammans med VGR s.k. dosdispensering av läkemedel enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Upphandling, efter överprövning i domstol, tilldelades Apotekstjänst AB. Efter att Apotekstjänst AB startat sin verksamhet har det framkommit att den faktiska leveransen av tjänsten dosdispensering av läkemedel inte ger Apotekstjänst AB kostnadstäckning för de kostnader Apotekstjänst AB faktiskt har för tjänstens utförande. Härtill föreligger sådana omständigheter vid tjänstens utförande att innehållet i tjänsten förändras under tiden utan att ursprungsavtalet innehåller regleringar som kan hantera dessa förändringar. Apotekstjänst AB:s likviditet har härigenom blivit ansträngd i sådan grad att Apotekstjänst AB riskerar att inte längre kunna leverera tjänsten.

3. FRÅGESTÄLLNINGAR

1. Kan Region Halland teckna ett nytt avtal med Apotekstjänst AB utan ett nytt upphandlingsförfarande?
2. Vilka ersättningsnivåer kan bli aktuella?
3. Hur lång avtalstid kan komma ifråga?

4. RELEVANTA REGLERINGAR/KÄLLOR

1. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) särskilt artiklarna 14, 106 samt 107
2. EUF-fördragets protokoll nr 26
3. Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse (Bryssel, 7.12.2010 SEC(2010) 1545 final) (GUIDE EU rules Procurement SV)



4. Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/C 8/02)
5. Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv, SIEPS 2011:8, Tom Madell (Svenska institutet för europapolitiska studier)
6. Tjänstekoncessioner Rapport 2012:4, Konkurrensverket

5. RÄTTSLIGA FÖRUTSÄTTNINGAR

5.1. Nuvarande förhållande

Apotekstjänst AB har tecknat avtal med Region Halland och VGR i samband med tilldelningsbeslutet av upphandlingen av dosdispensering av läkemedel. Utrymmet att förhandla om dessa avtal är utomordentligt litet, då väsentliga förändringar i befintliga avtal, kan anses vara en otillåten direktupphandling

5.2. Hur definieras tjänsten” dosdispensering av läkemedel” ur ett EU-rättsligt perspektiv?

5.2.1. Allmänt

Av 2 a § hälso- och sjukvårdslagen framgår bland annat följande: ”Hälso- och sjukvården skall bedrivas så att den uppfyller kraven på en god vård. Detta innebär att den skall särskilt:

1. vara av god kvalitet med en god hygienisk standard **och tillgodose patientens behov av trygghet i vården och behandlingen,**
2. vara lätt tillgänglig,
3. bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet,
4. främja goda kontakter mellan patienten och hälso- och sjukvårdspersonalen,



5. ***tillgodose patientens behov av kontinuitet och säkerhet i vården.***

Det torde stå klart att om Apotekstjänst AB inte längre kan leverera tjänsten dosdispensering av läkemedel, så kommer inte Region Halland uppfylla de grundläggande kraven som följer av hälso- och sjukvårdslagen. Något alternativ finns inte tillgängligt i närtid. Att upphandla en alternativ leverantör uppskattas ta ett flertal månader. Vidare tillkommer den tid som krävs för den alternativa leverantören att skapa förutsättningar för en effektiv och säker dosdispensering av läkemedel. Dosdispenseringen av läkemedel kopplat till patientsäkerheten på ett sådant sätt att det måste anses tillkomma Region Halland att lösa dosdispensering av läkemedel under alla förhållanden. Detta följer av lag.

5.2.2. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt EU-rätten

EU:s regler har bestämmelser om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Grundtanken är att företag som tillhandahåller samhällsnyttiga tjänster inte ska förhindras att utföra sitt uppdrag på grund av bland annat EU:s konkurrens- och statsstödsregler.

Enligt EU:s praxis avser begreppet tjänster av allmänhet ekonomiskt intresse det som medlemsstaternas offentliga myndigheters, på nationell, regional eller lokal nivå har skyldighet att tillhandahålla enligt nationell lagstiftning, samt att det är förenat med att tillhandahålla tjänsterna genom ett anförtröende¹. Medlemsstaternas offentliga myndigheter, på nationell, regional eller lokal nivå, beroende på hur behörighetsfördelningen ser ut mellan myndigheterna enligt den nationella lagstiftning, har ett brett handlingsutrymme när det gäller att fastställa vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse². Att vård-

¹ En anförtröendehandling är nödvändig för att ange hur en offentlig tjänst ska organiseras – exempelvis att tjänsten måste tillhandahållas till följd av nationell lagstiftning. Se GUIDE EU rules Procurement SV kapitel 3.4.

² Se förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-17/02, Fred Olsen, REG 2005, s. II-2031, punkt 216, dom av den 12 februari 2008 i mål T-289/03, BUPA m.fl. mot kommissionen, REG 2008, s. II-81, punkterna 166–169 och dom av den 22 oktober 2008 i mål T-309/04, TV2, REG 2008, s. II-2935, punkterna 113 och ff.



tjänster som tillhandahålls på sjukhus eller andra vårdanläggningar omfattas av begreppet ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” framgår av avgörande från EU-domstolen.³

5.2.3. Vem bestämmer om en tjänst är att anse som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse?

Medlemsstaterna får själva fastställa vad som är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, men kommissionen och EU-domstolen kontrollerar att medlemstaterna inte gjort några uppenbara fel⁴. Kommissionen ingriper endast i syfte att undvika fel som skulle kunna strida mot FEUF:s bestämmelser. I domstolens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis finns ett fåtal exempel på uppenbara fel.

Eftersom Region Halland har ansvaret för att ändamålsenlig sjukvård bedrivs inom regionen, är det Regionfullmäktige som beslutar om huruvida en tjänst är att anse som av allmänt ekonomiskt intresse eller inte.

5.2.5. Vad skulle det innebära att dosdispensering av läkemedel definieras som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse?

Artikel 106 FEUF har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i artiklarna 18 samt 101/109.

³ Domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, , Smits, REG 2001, s. I-5473, punkt 53, dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, , Luisi och Carbone, REG 1984, s. 377, punkt 16, dom av den 4 oktober 1999 i mål C-159/90, , Society for the Protection of unborn children (IVG), REG 1999, s. I-4685, punkt 18 och dom av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Abdon Vanbraekel, REG 2001, s. I-5363, punkt 43 samt förstainstansrättens dom av den 11 juli 2007, i mål T-167/04, Asklepios Kliniken, REG 2007, punkterna 49–55.

⁴ Förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-17/02, , Fred Olsen, REG s. II-2031, punkt 216 och dom av den 12 februari 2008 i mål T-289/03, punkterna 165 f. Medlemsstaterna får inte heller bryta mot tillämpliga harmoniseringsbestämmelser



2. Företag som anförtrotts 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 uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

3. Kommissionen ska säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.”

Av artikel 106.2 framgår att företag, inte omfattas av EU:s konkurrensregler om dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar företaget att fullgöra de särskilda uppgifterna som tilldelats företaget. Exempel på EU:s konkurrensregler är LOU⁵ (som har sin grund i EU:s upphandlingsdirektiv) och reglerna om statligt stöd enligt artikel 107 FEUF⁶.

Beträffande tjänsten ”dosdispensering av läkemedel” föreligger uttalat behov från Apotekstjänst AB:s sida att omförhandla befintligt avtal, då betalningen för avropade leveranser inte ger täckning för de kostnader Apotekstjänst AB har för att leverera tjänsten. Detta innebär i sin tur att Apotekstjänst AB:s existens äventyras och därmed fortsatta leveranser av tjänsten ”dosdispensering av läkemedel”. Det som har utgjort hinder för att Region Halland/VGR och Apotekstjänst AB ska kunna avtala om en ersättning som motsvarar Apotekstjänst AB:s kostnader för att utföra tjänsten, är just EU:s regelverk avseende konkurrens och statligt stöd.

⁵ Den svenska lagstiftningen om offentlig upphandling är ett resultat av EU:s sekundärrätt. EU har utfärdat ett antal upphandlingsdirektiv som Sverige har implementerat i svensk lagstiftning genom bland annat LOU och lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁶ FEUF är s.k. primärrätt (unionsrätt). Primärrätten har direkt effekt och företräde framför medlemsstaternas nationella rätt.



Med stöd av artikel 106.2 skulle alltså Region Halland kunna förhandla fram ett avtal om ersättning med Apotekstjänst AB, utan att iaktta reglerna om upphandling och statligt stöd under förutsättning att tjänsten betraktas som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. FEUF utgör primärrätt varför den har direkt verkan vilket innebär att nationell domstol, i första hand, ska tillämpa bestämmelserna i FEUF vid en eventuell konflikt mellan FEUF och nationell lagstiftning.

Det är viktigt att det görs en korrekt analys av vilka regler EU:s regleringar⁷ av konkurrens och statligt stöd som utgör hinder för att leverera aktuell tjänst. Det är endast de regleringar som utgör ett faktiskt hinder som enligt artikel 106.2 FEUF undantar. Detta gäller både de regleringar som härrör från EU:s primärrätt som de nationella regleringar som härrör från EU:s sekundärrätt.

5.2.6. Vad krävs för att artikel 106.2 FEUF ska kunna tillämpas? De s.k. Altmarkkriterierna

Ett grundläggande krav för att en tjänst ska betraktas som en "tjänst av allmänt ekonomiskt intresse" är att Regionfullmäktige i Halland beslutar att just så är fallet. Därefter måste Apotekstjänst AB uppfylla de s.k. Altmarkkriterierna. Ett problem är att på grund av omständigheterna i just detta fall sker hanteringen i omvänd ordning. Vilken rättslig betydelse detta har är oklart.

I Altmark-domen⁸ fann EU-domstolen att ersättning för offentliga tjänster⁹ inte utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 i FEUF under förutsättning att fyra kumulativa (successivt adderande) kriterier är uppfyllda.

1. Det företag som får stöd ska faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter ska vara klart definierade.

⁷ Med regleringar avses både de som är hänförligt EU:s primärrätt och sekundärrätt.

⁸ C-280/00, Altmark Trans [2003] ECR I-7747.

⁹ Artikel 106 punkt 2 FEUF ställer samma krav på rekvisiten för dess tillämplighet både avseende EU:s regler om konkurrens som reglerna om statligt stöd.



2. Metoderna för att beräkna ersättningen ska vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt.
3. Ersättningen får inte vara större än vad som är nödvändigt för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn till de intäkter som har erhållits och till en rimlig vinst.
4. Om det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett specifikt fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, ska storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av vilka kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag med lämplig utrustning skulle ha haft.

5.2.7. Omfattas tjänsten ”dosdispensering av läkemedel” av LOU ?

Om tjänsten anses vara en tjänstekoncession omfattas tjänsten inte av LOU:s regelverk. Vid tilldelning av en tjänstekoncession ska de grundläggande EU-rättsliga principerna enligt FEUF tillämpas¹⁰.

Ett sätt att skilja mellan ett kontrakt avseende tjänstekoncession och ett offentligt tjänstekontrakt (upphandlingskontrakt) avseende tjänster kan vara att använda det så kallade nyttjanderättskriteriet. Kriteriet består av två faktorer, nämligen placeringen av ansvaret och placeringen av risken. I mål C-272/91, Lottomatica, konstaterade EU-domstolen att ansvaret för en verksamhet måste övergå på koncessionshavaren för att det ska anses röra sig om en tjänstekon-

¹⁰ Se Tjänstekoncessioner Rapport 2012:4, Konkurrensverket s. 38



cession. Om såväl ansvaret som risken för verksamheten ligger hos leverantören anses nyttjanderättskriteriet vara uppfyllt och det rör sig därmed om en tjänstekoncession¹¹.

Av 2 kap.17 § LOU framgår att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Det finns ingen uttalad regel för hur stor andel av den totala ersättningen som måste utgå som betalning från det offentliga för att avtalet ska bedömas vara en tjänstekoncession. Det enda riktmärke som finns är att storleken på betalningen inte får vara så stor att leverantören inte längre anses bära risken för verksamheten. För det fall verksamhetsrisken kan anses belasta den upphandlande myndigheten rör det sig därför om ett tjänstekontrakt. Av tillgängliga uppgifter framgår att Apotekstjänst AB:s huvudsakliga intäkter inte härrör från själv tjänsten ”dosdispensering av läkemedel” utan rätten att utföra tjänsten ger provisionsintäkter på läkemedlet i sig. Det är uppenbart att Apotekstjänst AB bär både en verksamhets- och ekonomisk risk vid leverans av aktuell tjänst. Detta torde innebära att tjänsten ”dosdispensering av läkemedel” är att anse som tjänstekoncession och därmed inte omfattas av LOU.

5.3. Sammanfattning

Min bedömning är att tjänsten ”dosdispensering av läkemedel” bör kunna betraktas som tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av artikel 106.2 FEUF. Detta kräver beslut i Regionfullmäktige. Genom att artikel 106.2 FEUF blir tillämplig kan Region Halland föra förhandlingar med Apotekstjänst AB avseende ett nytt avtal som ger kostnadstäckning för levererade tjänster samt reglerar de förändringar som under tiden förändrar tjänstens innehåll.

¹¹ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121/2 SV 29.4.2000), avsnitt 2.2. Se även Andrea Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 2010, s. 82.



Antingen betraktas tjänsten som upphandlingspliktig varvid bestämmelserna i artikel 106.2 ger stöd för att omförhandla avtalet eller om tjänsten bedöms vara en tjänstekoncession varvid den kan tilldelas Apotekstjänst AB med hänvisning att det föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Allt under förutsättning att de s.k. Altmarkkriterierna är uppfyllda.

6. HUR SKA TJÄNSTEN ”DOSDISPENSERING AV LÄKEMEDEL” HANTERAS?

6.1 Beslut i Regionfullmäktige

Omgående bör ett beslutsunderlag tas fram för beredning via Regionstyrelsen, innebärande att Regionfullmäktige fattar beslut om att tjänsten ”dosdispensering av läkemedel” är att anse som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av artikel 106.2 FEUF. Enligt min uppfattning bör beslutet innehålla ett uppdrag till Regionstyrelsen att verkställa Regionfullmäktiges beslut.

6.2 Förhandling med Apotekstjänst AB

Förhandlingar bör omgående upptas med Apotekstjänst AB, med ett tydligt klargörande att eventuell giltighet av de avtal som blir resultat av förhandlingarna är beroende av respektive Regionfullmäktiges beslut avseende tjänsten. Vid förhandlingarna måste Altmarkkriterierna vara uppfyllda.

Vidare ska det framgå i avtal att det avser att ”anförtro” Apotekstjänst AB en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 FEUF. Med hänsyn till vikten av kontinuitet avseende leverans av aktuell tjänst bör avtalstiden överensstämja med de kommersiella villkor som fastställdes i samband med den ursprungliga upphandlingen. Vidare måste villkoret om ”rimlig vinst” beaktas vid bestämmande av avtalstiden. Avtalet ska innehålla instrument innebärande att ersättningen för levererad tjänst uppfyller Altmarkkriterierna.



6.3 Vilken ersättningsnivå kan bli aktuell?¹²

Det finns ett handlingsutrymme när det gäller att definiera de parametrar som används för att fastställa ersättningsnivåer, för att underlätta sin finansiella planering, under förutsättning att beräkningen av ersättningen är transparent och kan kontrolleras med den metod som valts. När det gäller förenligheten med bestämmelserna om statligt stöd är det viktigt att leverantörerna av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte överkompenseras. Medlemsstaterna får besluta hur tjänsten ska finansieras och på vilken nivå, så länge de följer EU:s bestämmelser.

Region Halland kan alltså i princip även definiera metoderna för beräkning av ersättningen genom att hänvisa till att de ska täcka operationella förluster, under förutsättning att det går att fastställa att ingen överkompensation förekommer med beräkningsmetoderna.

6.3 Krävs notifiering?

Min bedömning är det inte krävs att Kommissionen notifieras beträffande beslut om och genomförande av tjänsten "dosdispensering av läkemedel" som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 FEUF.

Varberg 5 november 2013

Gunnar Andersson

¹² Se GUIDE EU rules Procurement SV 3.5.9.