Lagen om valfrihetssystem – möjligheter att säkra konkurrensneutralitet

Januari 2022

Sammanfattning

Intentionen bakom Lagen om valfrihetssystem, LOV, var att skapa valfrihet för patienter och brukare. Underförstått var att en förutsättning för detta var lika villkor mellan offentligt och privat drivna verksamheter. Lagen reglerar dock inte detta och det finns heller inte särskilt mycket skrivet om det i lagens förarbeten. Detta har lett till att kommuner och regioner kan överkompensera sina egna verksamheter utan att det strider mot lagen.

Vår bedömning är att Lagen om valfrihetssystem, och möjligen också Hälso- och sjukvårdslagen, måste skärpas för att privata alternativ i fortsättningen ska behandlas lika. En förebild lagstiftningsmässigt skulle kunna vara lagen som reglerar friskolors finansiering.

Inledning

Barn- och ungdomstandvården i de svenska regionerna bedrivs enligt Lagen om valfrihetssystem, LOV, alternativt i former som liknar LOV. Privattandläkarna har noterat att konkurrensneutraliteten brister. Generellt är barn- och ungdomstandvården underfinansierad. Det vanliga är då att regionen kompenserar den offentliga utföraren Folktandvården för underskottet, men utan att ge de privata utförarna motsvarande kompensation. Ofta gör dålig transparens att det är svårt att se omfattningen av den bristande konkurrensneutraliteten.

Privattandläkarna har bett TeneliusHolm att undersöka förutsättningarna att undanröja denna bristande konkurrensneutralitet och uppnå likabehandling.

Lagens intentioner

Lagen om valfrihetssystem sjösattes 2009. Bakgrunden var att den dåvarande Alliansregeringen ville förbättra valfriheten inom välfärden, och samtidigt lagreglera de olika valfrihetsmodeller och pengsystem som redan fanns i vissa kommuner och landsting. Ett par statliga utredningar tillsattes för att uppnå detta.

År 2007 utsågs dåvarande kommunalrådet i Jönköping Acko Ankarberg Johansson att leda utredningen om utökad valfrihet inom socialtjänst och vård- och omsorg. Till huvudsekreterare utsågs Ellen Hausel Heldahl. Utredningen lade grunden till hur valfrihetssystem skulle kunna utformas i de kommuner och landsting som ville utöka valfriheten för sina invånare.

Inom ramen för detta uppdrag har vi intervjuat Acko Ankarberg Johansson och Ellen Hausel Heldahl. Acko Ankarberg Johansson säger att en viktig bakgrund i arbetet kring valfrihet var att se till att lika villkor skulle råda mellan offentligt drivna verksamheter och fristående verksamheter. Patientperspektivet, att patienten har rätt till likvärdig vård oavsett vilken vårdgivare man väljer, utgjorde själva grunden för arbetet och för de förslag som hon la fram i utredningen. Tanken var absolut inte att landsting/regioner skulle kunna ge högre ersättning till sina egna verksamheter än till de privata.

Något senare samma år tillsattes experten Toivo Heinsoo som statlig utredare för att ge förslag till hur fri etableringsrätt skulle kunna införas inom primärvården.[1] Dessa båda utredningar lade grunden för lagen om valfrihetssystem, LOV samt för rätten att välja vårdcentral.

Brukarperspektivet centralt i båda utredningarna

Båda utredningarna hade alltså ett utpräglat patient/brukar-perspektiv. Det är brukarens rätt att välja vårdgivare etc som är den viktigaste utgångspunkten för båda utredningarna, inte kommunens respektive landstingets rätt att utforma sin verksamhet som man vill.

Det är också uppenbart att båda utredningarna tänkte sig konkurrensneutralitet och likvärdiga villkor. Att man inte la mer ”skarpa” förslag kring konkurrensneutralitet berodde enligt Acko Ankarberg Johansson på att kommuner och landsting då inte hade tillräckligt bra redovisning kring hur kostnaderna för hur de olika verksamheterna skulle redovisas och att många kommuner/landsting därmed skulle dra sig för att införa valfrihet (LOV). Sektorn var helt enkelt inte mogen för att en lagstiftning om konkurrensneutralitet och lika villkor. Däremot uttalades den politiska ambitionen mycket tydligt i utredningen. ”Det föreslagna valfrihetssystemet bygger på att det inte är någon priskonkurrens mellan leverantörerna. Myndigheten fastslår priset i förväg. Alla utförare, i princip även verksamhet som drivs i egen regi, får ersättning

[1] Vårdval i Sverige, SOU 2008:37

enligt samma principer. Ersättningskonstruktionen kan variera beroende på vilken tjänst som köps, huvudsaken är att den är transparent och icke-diskriminerande, dvs. lika för alla."[2]

Men även om utredningens uttalade utgångspunkt var konkurrensneutralitet mellan fristående och verksamheter i egen regi finns det formuleringar i utredningen som pekar i en annan riktning. I utredningen skriver man t ex att myndigheten i "största möjliga utsträckning" ska ge samma förutsättningar och total konkurrensneutralitet kan vara svårt att uppnå eftersom egenregiverksamheten alltid måste ha det yttersta ansvaret för att tjänster utförs:

"De grundläggande principerna ska iakttas i alla faser av förfarandet. Detta innebär att egenregiverksamheten och de externa leverantörerna, ska behandlas lika. Den egna regin ska inte gynnas men inte heller missgynnas i förhållande till de externa leverantörerna. Detta medför att myndigheten i största möjliga utsträckning ska ge egenregiverksamheten samma förutsättningar och ställa samma krav som de ställer på de externa leverantörerna. Total konkurrensneutralitet mellan externa leverantörer och egenregiverksamheten kan dock vara svår att uppnå, eftersom myndigheten, genom egenregiverksamheten, måste ta det yttersta ansvaret för att tjänsterna tillhandahålls medlemmarna i kommun och landsting. Detta kan t.ex. medföra att egenregiverksamheten måste få extra resurser som innebär att de i realiteten kan bära det ansvaret. Ett annat exempel som kan innebära problem ur kostnadssynpunkt är att vissa kommuner har infört en rättighet för all personal, som så önskar, att arbeta heltid."[3]

Också Toivo Heinsoos utredning är mycket tydlig med att det är patientens rätt att välja vårdcentral som är utgångspunkten samt att finansieringen ska följa patienten. I sammanfattningen uttrycks det sålunda: "Grunderna i ersättningssystemet ska vara att pengarna följer patientens val och att privata och offentliga vårdgivare behandlas lika."[4] I förslaget till lagtext uttryckte han det: "Ersättning ska följa den enskildes val av utförare och utgå enligt de grunder landstinget bestämmer."

Lagen har idag följande formulering:
"Regionen ska utforma vårdvalssystemet så att alla utförare behandlas lika, om det inte finns skäl för något annat. Ersättningen från regionen till utförare inom ett vårdvalssystem ska följa den enskildes val av utförare."

Egen regi kan inte vara leverantör

Till detta kommer problemet med vilken verksamhet som ska räknas som leverantör. Utgångspunkten är att en kommunal/regional verksamhet inte kan räknas som leverantör. En verksamhet kan inte, så att säga, vara leverantör till sig själv:

"Den egna regin tecknar inte kontrakt med myndigheten enligt lagen om valfrihetssystem, eftersom en myndighet inte kan ingå avtal med sig själv. När utredaren i betänkandet anger att den egna regin ska ges liknande villkor som de externa leverantörerna, kan detta inte regleras i lag om valfrihetssystem, eftersom lagen reglerar villkoren för ingående av avtal. Att den egna regin ska ges motsvarande villkor som de externa leverantörerna blir därför ett politiskt beslut i den enskilda kommunen."[5]

---

[2] LOV att välja – lag om valfrihetssystem, sidan 17
[3] LOV att välja – Lag om valfrihetssystem, sidan 131
[4] Vårdval i Sverige, SOU 2008:37, sidan 11
[5] LOV att välja – Lag om valfrihetssystem, sidan 138

Nytt utredningsförslag sjösattes aldrig

Tilläggas kan också att Alliansregeringen i slutet av mandatperioden 2010–2014 tillsatte en utredning under ledning av Greger Bengtsson som föreslog att valfrihetssystemet inom hemtjänsten skulle göras obligatoriskt, på motsvarande sätt som inom primärvården. Denna utredning har ett starkt brukarperspektiv och konstaterar bland annat att många brukare är mycket positiva till möjligheten att själva välja utförare: ”Vi kan vidare konstatera att de undersökningar som finns tyder på att brukarna är nöjda med och uppskattar möjligheten att välja och att det leder till att känslan av egenmakt ökar ”[6] samt ”Vi bedömer att skälen för att brukare av hemtjänst i hela landet ska kunna påverka vilken utförare de önskar är starkare än kommunernas rätt att avgöra om man vill erbjuda valfrihet eller inte.”[7]

Likabehandling av privata alternativ i detta tänkta valfrihetssystem utreddes aldrig i Greger Bengtssons utredning.

Detta utredningsförslag kom dock aldrig att genomföras på grund av maktskiftet 2014. När regeringen Reinfeldt avgick var LOV fortfarande en relativt färsk lag och dess svagheter ännu inte till fullo upptäckta. Det är nog inte osannolikt att lagstiftningen skulle ha skärpts i detta avseende om det inte blivit regeringsskifte 2014. Detta är dock helt och hållet en spekulation.

Dags att skärpa lagen

När man läser dessa utredningar med facit i hand är det svårt att förstå att utredningarna inte ägnade större möda åt att försöka åstadkomma en lagstiftning kring likvärdiga villkor mellan kommunal och fristående drift. En förklaring är sannolikt att det helt enkelt var underförstått att likvärdiga villkor måste gälla för att företag och organisationer överhuvudtaget skulle kunna ge sig in i de branscher som omfattas av LOV. En annan förklaring, som både Acko Ankarberg Johansson och Ellen Hausel Heldahl ger, är att om man ställde alltför långtgående krav på redovisning skulle många kommuner dra sig för att införa LOV.

Båda dessa förklaringar är säkert helt riktiga, men det kan vara på sin plats att påminna om att friskolereformen, som trädde i kraft i mitten av 1990-talet, på ett helt annat sätt säkerställer lika villkor. Vår analys är att 1990-talets borgerliga regering var mer noggrann att säkerställa lika villkor på skolans område än 2010-talets alliansregering var att säkerställa densamma inom vård- och omsorg. Möjligen kan detta bero på att 1990-talets reformer bröt ny mark på ett mer genomgripande sätt och att man därför var mer noggrann i reformarbetet än på 2010-talet där många kommuner och regioner redan helt frivilligt genomfört stora valfrihetsreformer. Kanske var det underförstått att stränga krav på lika villkor inte längre ”behövdes”.

Värt att nämna är att Acko Ankarberg Johansson i intervjun var mycket tydlig med att lagstiftningens politiska intention var det ska råda likvärdiga villkor. Enligt Acko Ankarberg Johansson står de partier som drev igenom LOV fortfarande bakom lagens intentioner som bland annat handlade om likvärdiga villkor för offentliga och privata aktörer inom välfärdssektorn. I den mån lagen kan behöva skärpas så tror hon att det är fullt möjligt under förutsättning att det blir regeringsskifte efter höstens val. Hon uppfattar inte att Sverigedemokraterna har en avvikande uppfattning i denna fråga.

Domen i Förvaltningsrätten i Härnösand

Förvaltningsrätten i Härnösand[8] har slagit fast att privata vårdgivare inte självklart har rätt till samma ersättning som de landstingsdrivna vårdcentralerna. Bakgrunden var att landstinget i

---

[6] Framtidens valfrihetssystem – inom socialtjänsten, sidan 68
[7] Framtidens valfrihetssystem – inom socialtjänsten sidan 158
[8] Förvaltningsrätten i Härnösand, Dom 2017-03-13, Mål nr 2818-16 E m fl (bilaga)

Västernorrland beslutat att täcka de landstingsdrivna vårdcentralernas ekonomiska underskott och att inte kompensera de privatdrivna vårdcentralerna för detta. I praktiken innebar detta att de privatdrivna vårdcentralerna fick en lägre ersättning än de landstingsdrivna vårdcentralerna. Fem privatdrivna vårdcentraler i Västernorrland ville få lagligheten i detta beslut prövat, men förvaltningsrätten gick alltså på landstingets linje i frågan.

Acko Ankarberg Johansson betonar att det inte endast är Lagen om valfrihetssystem som reglerar vård- och omsorg i Sverige. Annan lagstiftning som styr verksamheten är bland annat Hälso- och sjukvårdslagen och Socialtjänstlagen. Hon ställer sig därför mycket frågande inför domen i förvaltningsrätten i Härnösand där rätten avslog fem vårdgivares i Västernorrland krav på att få samma ersättning som de landstingsdrivna vårdcentralerna. Bakgrunden var att landstinget i Västernorrland beslutat att täcka de landstingsdrivna vårdcentralernas ekonomiska underskott och att inte kompensera de privatdrivna vårdcentralerna för detta. I praktiken innebar detta att de privatdrivna vårdcentralerna fick en lägre ersättning än de landstingsdrivna vårdcentralerna.

Acko Ankarberg Johansson frågar sig varför förvaltningsrätten inte vägde in också den övriga lagstiftningen som reglerar sjukvården i stället för att enbart utgå ifrån LOV. Grunden är Hälso- och sjukvårdslagen som bland annat stipulerar att patienter har rätt till en likvärdig vård. Om en patient får en sämre vård vid en privat vårdcentral på grund av att landstingets ersättning dit är lägre än till motsvarande landstingsdrivna vårdcentral så är detta inte förenligt med Hälso- och sjukvårdslagen.

De privata vårdgivarna i Västernorrland beviljades inte prövningstillstånd i Kammarrätten. Domen är därför inte prejudicerande och det är därför oklart hur en domstol skulle döma i något annat, liknande mål. Det är inte självklart att en annan domstol skulle komma till samma slutsats som Förvaltningsrätten i Härnösand, även om det är rimligt att tro att det skulle vara fallet.

Var domen riktig?

Vår bedömning är att förvaltningsrättens dom sannolikt stått sig även i kammarrätten om prövningstillstånd beviljats. Detta givet att sakförhållandena enbart prövats mot LOV. Om de prövats mot Hälso- och sjukvårdslagen, så som Acko Ankarberg Johansson argumenterar, hade det möjligen blivit ett annat utfall, men det är mycket osäkert. Hälso- och sjukvårdslagen är inte heller särskilt skarpt formulerad.

Att domen sannolikt skulle stå sig i högre instans beror främst på två saker. För det första reglerar LOV inte konkurrensneutraliteten, mellan offentlig och privat regi, trots intentionerna. LOV är en mycket kortfattad lag som i grund och botten utgår från att de kommuner och regioner som upphandlar i enlighet med denna också är positivt inställd till valfrihet (LOV inom primärvården är dock obligatoriskt och det finns skäl att anta att politiska ledningar i en del regioner, t ex region Västernorrland inte uppskattar det obligatoriska inslaget). Att konkurrensneutralitet upprätthålls är främst en politisk uppgift, inte en uppgift för domstolarna. För det andra är egenregiverksamhet inte att betrakta som leverantör. En kommun eller region kan inte teckna avtal med sig själv. Den paragraf i LOV som reglerar detta kan alltså inte sägas gälla för egenregiverksamheten:

1 kap. 2 § LOV: **Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem.**

Också Upphandlingsmyndigheten är ganska svävande i sin tolkning och skriver att ”utgångspunkten bör vara”, d v s det finns inget absolut ska-krav i detta. Myndigheten skriver så här på sin hemsida:

Ersättningen i ett valfrihetssystem ska vara lika för leverantörer som utför samma tjänst. Utgångspunkten bör vara att de externa leverantörerna får samma ersättning som egenregiverksamheten. Ersättningsnivåerna ska fastställas av den upphandlande myndigheten och framgå av förfrågningsunderlaget. Den ersättning som en leverantör i ett valfrihetssystem får beror sedan på hur många brukare/patienter som valt leverantören som utförare samt utifrån ickevalsalternativet.

Konkurrensverket har heller inte varit särskilt tydlig i sina granskningar och uttalanden. I en pilotstudie kring lika villkor skriver myndigheten visserligen att ”Kommunerna ska inom ramen för valfrihetssystemen i största möjliga utsträckning ge egenregiverksamheterna konkurrensvillkor som är likvärdiga med dem som de externa utförarna får.”[9] men denna insikt har inte lett till nedslag mot kommuner och regioner som inte lever upp till detta. Pilotstudien avger endast ett par rekommendationer till kommuner som tillämpar Lagen om valfrihetssystem och där är öppenhet och tydlighet det mest framträdande.

I ”skarpt” läge, det vill säga när myndigheten prövat ett enskilt ärende, har det endast lett till att myndigheten avskrivit ärendet.[10] Argumentet är att de landstingsdrivna vårdcentralerna inte är att betrakta som externa leverantörer och att man därför inte kan pröva fallet mot Lagen om valfrihetssystem. Beslutet gick inte att överklaga.

Sammantaget visar de olika myndigheternas avgöranden sannolikt en betydande svaghet i LOV. Lika villkor är helt enkelt inte tillräckligt tydligt specificerat i lagen för att det ska gå att döma kommuner och regioner som inte upprätthåller lika villkor.

Om det går att hitta ett glasklart fall där en region inte tillämpat lika villkor gentemot en privat vårdgivare och där en riktigt skicklig advokat anlitas kanske det skulle gå att få frågan prövad i högre instans, men vår bedömning är att den vägen måste anses vara stängd. Ett rimligare handlingsalternativ är att driva på för en skärpning av lagen, även om det är en omständlig process. Att Acko Ankarberg Johansson ställer sig positiv till detta, och bedömer att andra politiska partier skulle resonera likadant, är dock en indikation på att det är politiskt möjligt.

Olika vägar att gå

Oavsett om man väljer att försöka driva igenom en ny lagstiftning som säkerställer lika villkor eller att driva ett nytt mål i domstol så finns några alternativ att överväga.

Privattandläkarna kan välja att driva frågan på egen hand eller tillsammans med andra som också har motiv att göra LOV fullt konkurrensneutralt. Trots allt är ju privat tandvård för barn en ganska liten andel av den totala vårdsektorn och man kanske kan nå större genomslag om man går samman med t ex representanter för primärvården?

Det som talat emot detta är att ”privat vård” just nu är utsatt för högt politiskt tryck (debatten om ”vinster i välfärden” etc.) medan tandvården knappast alls diskuteras utifrån detta perspektiv. Att gå samma med övrig vårdsektor är alltså förenat med viss risk.

---

[9] Konkurrens på likvärdiga villkor i kommunernas valfrihetssystem – pilotstudie

[10] Konkurrensverket: Påstått problem gällande brist på konkurrensneutralitet inom Hälsoval Jämtland (bilaga)

Denna risk mildras något om aktörer som Svenskt Näringsliv och Almega också engageras i en sådan påverkansinsats. LOV har en viktig roll i den pågående arbetsförmedlingsreformen, vilket innebär att ytterligare en bransch kommer att ha fokus på vikten av likabehandling. Att flera olika branscher berörs borde motivera att dessa näringslivsorganisationer ställer upp.

Ett alternativ kan var att först driva ett tydligt fall i domstol där man ser till prövning görs både mot LOV och mot HSL för att sedan, om målet förloras, driva på för förändring av lagstiftningen. Mot detta talar den tid detta skulle ta. En förändrad lagstiftning måste föregås av en utredning och det tar således flera år innan en förändring kan komma till stånd.

Ett ytterligare alternativ är att driva dessa båda processer parallellt. En domstolsprocess skulle då kunna fungera som ”bevis” för att lagstiftningen måste förändras om lika villkor ska kunna uppnås.

Bilagor:

1. Förvaltningsrätten i Härnösand, Dom 2017-03-13, Mål nr 2818–16 E m fl
2. Konkurrensverket: Påstått problem gällande brist på konkurrensneutralitet inom Hälsoval Jämtland

Denna rapport är producerad av TeneliusHolm AB, januari 2022

Bilaga 1

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I HÄRNÖSAND

DOM
2017-03-13
Meddelad i Härnösand

Mål nr
2818-16 E
2819-16 E
2820-16 E
2821-16 E
2822-16 E

SÖKANDE
Human Resurs HC AB, 556315-0217 (mål nr 2818-16 E)
Box 4053, 891 04 Örnsköldsvik

Familjeläkarna Mitt AB, 556677-0862 (mål nr 2819-16 E)
Mårtensvägen 2, 840 12 Fränsta

Allmänmedicin i Härnösand KB, 969748-4419 (mål nr 2820-16 E)
Strandgatan 1, 871 45 Härnösand

Caspien Vårdteam AB, 556655-8085, (mål nr 2821-16 E)
Skiftesvägen 1, 854 63 Sundsvall

Njurunda Vårdteam AB, 556634-0906 (mål nr 2822-16 E)
Affärsgatan 1, 862 31 Kvissleby

Ombud för de sökande: advokaterna Peter Forsberg och Erik Gadman
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPART
Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

Ombud: advokaten Maria Hanbo
Advokatfirman Oebergs AB
Sveavägen 17, XVIII
111 57 Stockholm

SAKEN
Rättelse enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om rättelse.

Postadress Box 314, 871 27 Härnösand
Besöksadress Backgränd 9
Telefon 0611-46 06 00
Telefax 0611-51 18 20
E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se
Expeditionstid måndag–fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Inom Landstinget Västernorrland (landstinget) finns ett vårdvalssystem enligt LOV, Vårdval Västernorrland, som innebär att primärvården genom ersättning från landstinget bedrivs av godkända vårdgivare, såväl offentliga som privata.

Human Resurs HC AB, **Familjeläkarna Mitt AB**, **Allmänmedicin i Härnösand KB**, **Caspien Vårdteam AB** och **Njurunda Vårdteam AB** (de privata leverantörerna) ansöker om rättelse enligt LOV och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att landstinget ska vidta rättelse på så sätt att samtliga leverantörer som deltar i Vårdval Västernorrland behandlas lika och att de privata leverantörerna därvid erhåller samma ekonomiska ersättning som de landstingsdrivna leverantörerna. De privata leverantörerna anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Landstinget har genom att behandla de landstingsdrivna leverantörer som deltar i Vårdval Västernorrland mer förmånligt än de privata leverantörerna åsidosatt likabehandlingsprincipen i 1 kap. 2 § LOV. Landstinget har genom att inte ange grunderna för den ekonomiska ersättningen till leverantörerna i Vårdval Västernorrland i förfrågningsunderlaget åsidosatt 4 kap. 1 § LOV. De privata leverantörerna har lidit, och lider alltjämt, skada av landstingets överträdelser av LOV.

De privata leverantörerna deltar efter landstingets godkännande som leverantörer i Vårdval Västernorrland. Även andra privata leverantörer samt ett antal leverantörer som drivs av landstinget deltar. Den ekonomiska ersättning som leverantörer i Vårdval Västernorrland har rätt till beräknas enligt vad som anges i ersättningsbilagan till landstingets Regelbok för Vårdval Västernorrland. Ersättningen i Vårdval Västernorrland är inte tillräcklig för att leverantörerna ska kunna bedriva vård som uppfyller de krav som följer av denna regelbok. Landstinget har därför, i vart fall de senaste fyra åren,

lämnat så kallad underskottstäckning till de landstingsdrivna leverantörer som deltar i Vårdval Västernorrland. Underskottstäckningen innebär i korthet att landstinget i efterhand kompenserar de landstingsdrivna leverantörerna för de underskott som landstingets ersättningsmodell oundvikligen leder till. Någon underskottstäckning har inte lämnats till någon av de privata leverantörer som deltar i Vårdval Västernorrland. Att ytterligare ekonomisk ersättning, i form av underskottstäckning, skulle kunna komma att ske nämns inte heller någonstans i landstingets Regelbok för Vårdval Västernorrland.

Leverantör i LOV definieras som den som på marknaden tillhandahåller tjänster som avses i 1 kap. 1 § första stycket. Såväl landstingsdrivna som privata vårdgivare kan vara ”leverantörer”, vilket också förtydligas av lagens förarbeten. Både de privata leverantörerna och de landstingsdrivna leverantörer som deltar i Vårdval Västernorrland tillhandahåller sådana tjänster på marknaden och är således leverantörer i LOV:s mening. Av hälso- och sjukvårdslagen följer att landstinget är skyldigt att behandla alla utförare i Vårdval Västernorrland lika, och av LOV följer att landstinget är skyldigt att behandla alla leverantörer i Vårdval Västernorrland på ett likvärdigt sätt. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, om det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Tillämpad på frågan vilken ersättning en upphandlande myndighet ska betala ut till leverantörerna i ett valfrihetssystem innebär det att samtliga leverantörer ska få samma ersättning och att denna ersättning ska vara tillräcklig för att utföra uppdraget i enlighet med de krav den upphandlande myndigheten ställt upp. Ersättningen i ett valfrihetssystem ska vara enhetlig för de leverantörer som utför samma tjänst. Detta framgår både av lagens förarbeten och av uttalanden av tillsynsmyndigheten Konkurrensverket (KKV). KKV har också framhållit vikten av att ersättningen inte bara är lika för de leverantörer som deltar i ett visst valfrihetssystem utan även att den är tillräcklig, varvid KKV påpekade

att om de offentligt drivna leverantörerna dras med underskott och ”underskotten pågår under en längre tid kan det bli aktuellt för kommunen att höja ersättningsnivån till samtliga utförare”. Likabehandlingsprincipen innebär alltså att ett landsting ska behandla ”sina egna” leverantörer och privata leverantörer lika. Skillnader i driftsform eller huvudmannaskap kan aldrig vara ett sakligt skäl för olika ersättning. Tvärtom var några av huvudsyftena med införandet av LOV att uppnå en mångfald av både driftformer och leverantörer, att underlätta för privata utförare att etablera sig samt att möjliggöra för privata och offentligt drivna leverantörer att konkurrera på lika villkor. Syftet är vidare att leverantörerna inte ska konkurrera genom de priser de offererar utan genom den kvalitet de kan erbjuda.

Likabehandlingsprincipen är tillämplig under ett valfrihetssystems hela livslängd, och förhindrar upphandlande myndigheter från att kompensera landstingsdrivna leverantörer för underskott som uppkommit på grund av deltagande i ett valfrihetssystem samt från att skriva av landstingsdrivna leverantörers underskott. KKV har uttalat att det är problematiskt om landsting skriver av egenregiverksamhetens underskott ”eftersom det i praktiken är en indirekt subvention till egenregin”.

Såvitt avser Vårdval Västernorrland finns inga sakliga skäl som motiverar att de landstingsdrivna leverantörer som deltar i valfrihetssystemet får högre ersättning än de privata leverantörerna. På grund av underskottstäckningen har de landstingsdrivna leverantörerna som deltar i Vårdval Västernorrland kunnat underlåta att vidta nödvändiga rationaliseringar samt låta bli att följa de budgetar som beslutats. Landstingets underskottstäckning är inte förenlig med LOV.

Landstinget har vid flera tillfällen fått kritik för att Vårdval Västernorrland brister i konkurrensneutralitet och likabehandling, bl.a. 2013 av revisionsfirman Ernst & Young. Landstinget har alltså åtminstone sedan dess varit

medvetet om att avskrivning av eller kompensation för de lanstingsdrivna leverantörernas underskott innebär en risk för konkurrenssnedvridning. Också landstingets revisorer har gjort en granskning av vårdval Västernorrland, varvid konstaterades bl.a. att de rekommendationer som lämnades efter granskningen 2013 inte efterkommits, vilket landstingets revisorer funnit anmärkningsvärt.

Landstinget har vidare brutit mot LOV genom att grunderna för den ekonomiska ersättningen till leverantörerna inte framgår av förfrågningsunderlaget. Regelboken nämner inget om att de landstingsdrivna leverantörerna har rätt att få ersättning för eventuella underskott eller andra subventioner. Ersättningen i ett valfrihetssystem ska vara enhetlig för de leverantörer som utför samma tjänst.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Landstinget kan inte ha åsidosatt bestämmelsen om likvärdig och icke-diskriminerande behandling genom lämnandet av bidrag för att täcka underskott hos de landstingsdrivna hälsocentralerna eftersom dessa inte utgör leverantörer i LOV:s mening. Landstinget har ändå behandlat leverantörer och de egna hälsocentralerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt då landstinget haft sakliga skäl att kompensera hälsocentralernas underskott. Detta eftersom hälsocentralerna har haft andra ekonomiska förutsättningar och har fullgjort och kompenserats för andra uppgifter än de tjänster som leverantörerna tillhandahållit inom ramen för Vårdval Västernorrland. Landstinget har vidare iakttagit 4 kap. 1 § LOV då grunderna för den ekonomiska ersättningen till leverantörer framgår av förfrågningsunderlaget. Landstinget har inte varit skyldigt att ange principerna för ersättning till egenregiverksamhet i förfrågningsunderlaget.

Landstinget delar inte de privata leverantörernas uppfattning att hälsocentralerna utgör leverantörer i den mening som begreppet har i LOV. En upp-

handlande myndighet är bara skyldig att behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt sinsemellan. Skyldigheten föreligger inte i förhållande till en egenregiverksamhet som hälsocentralerna. Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster inom LOV:s tillämpningsområde. I kommentaren anges att ”En leverantör kan t.ex. vara ett enskilt företag, en ideell organisation, kommun, landsting eller annat offentligt organ”. Detta uttalande avser att ett landsting kan vara leverantör åt ett annat landsting, men det sägs inte att ett landsting kan vara leverantör åt sig själv. Detta bekräftas av ett annat uttalande i samma förarbete till LOV; ”Den egna regin kan inte teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten enligt LOV, eftersom en upphandlande myndighet inte kan ingå avtal med sig själv”. Landstinget har givetvis inte heller tecknat avtal med hälsocentralerna. I 9 kap. 1 § LOV anges att den upphandlande myndigheten ska lämna information om samtliga leverantörer som myndigheten tecknat kontrakt med. Detta visar att ett rekvisit för att vara leverantör är att det är fråga om en extern part som landstinget tecknat kontrakt med. Landstingets egna hälsocentraler omfattas inte heller av den krets som kan ansöka om rättelse enligt LOV, varför dessa alltså inte kan vara leverantörer i LOV:s mening. KKV har också i ett beslut den 23 oktober 2013 prövat om landstingsdrivna hälsocentraler är leverantörer i LOV:s mening, efter att några privata vårdcentraler klagat över att landstingsdrivna vårdcentraler behandlades förmånligare i ekonomiskt hänseende. KKV uttalade då att med leverantörer avses externa leverantörer och att de landstingsdrivna vårdcentralerna i detta avseende således inte är att anse som leverantörer.

Den likabehandling som de privata leverantörerna eftersträvar i dessa mål är ekonomisk likabehandling, det vill säga att samma förutsättningar för ekonomisk ersättning ska gälla för leverantörerna och hälsocentralerna. Likabehandlingsprincipen motsvaras i fall som rör ekonomiska villkor mellan privata utförare och egenregiverksamheten av principen om konkurrensneutralitet. Om en leverantör i ett enskilt fall anser att målsättningen inte uppfylls

kan denne inte erhålla rättelse enligt LOV. Av förarbetena framgår att det inte i LOV getts rättsliga verktyg för att åstadkomma konkurrensneutralitet, utan det är endast ett politiskt mål. Det anses att *utgångspunkten* bör vara att de externa leverantörerna ska erhålla samma ersättning som egenregiverksamheten, eftersom konkurrensneutralitet mellan de två då uppstår. Det är alltså inte fråga om att en leverantör ska kunna tvinga fram en rättelse som innebär konkurrensneutralitet, utan om att ange ett politiskt mål.

Landstinget har vidare haft sakliga skäl att kompensera hälsocentralernas underskott. I förarbetena till LOV pekas på att skillnader kan föreligga mellan en egenregiverksamhet och privata utförare som medför att skillnader i ersättning är sakligt grundade. Myndigheten har det yttersta ansvaret för alla brukare och patienter vilket kan medföra högre kostnader. Utförandet av detta yttersta ansvar medför och har medfört merkostnader för hälsocentralerna jämfört med att bedriva verksamhet som leverantör till landstinget enligt LOV.

Vad gäller 4 kap. 1 § LOV krävs inte att principerna för ersättning till egenregiverksamheten anges i förfrågningsunderlaget.

De privata leverantörerna anför härefter i huvudsak följande. De landstingsdrivna leverantörerna uppfyller definitionen av leverantörer i 2 kap. 3 § LOV. En leverantör enligt LOV:s mening är en fysisk eller juridisk person som tillhandahåller tjänster i ett valfrihetssystem. De landstingsdrivna leverantörerna tillhandahåller alla tjänster i Vårdval Västernorrland och är således leverantörer i LOV:s mening. I författningskommentaren anges också att med begreppet leverantör avses detsamma som i lagen om offentlig upphandling (LOU), i vilken används begreppet ekonomisk aktör. Det står klart att de landstingsdrivna leverantörerna skulle vara att betrakta som leverantörer om de deltog i en upphandling enligt LOU. Enligt förarbetena ska också de grundläggande principerna iakttas i alla faser av förfarandet. Detta inne-

bär att egenregiverksamheten och de externa leverantörerna ska behandlas lika. Även med beaktande av förarbetena till LOV står det därför klart att de landstingsdrivna leverantörerna är leverantörer i LOV:s mening. KKV:s uttalanden som landstinget hänvisar till bör tillmätas mycket begränsad vikt då det är de svenska domstolarna och EU-domstolen som är de främsta uttolkarna av definitionen leverantör enligt LOV och enligt LOU. Vidare är likabehandling mer än enbart ett politiskt ansvar. Att landstingets politiker har det yttersta politiska ansvaret för att landstingets verksamheter, inklusive Vårdval Västernorrland är förenliga med tillämplig lagstiftning såsom LOV, innebär inte att de privata leverantörerna saknar rättsmedel i nu aktuell situation. Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att lämna högre ersättning till de landstingsdrivna leverantörerna än till de privata leverantörerna, och det finns inga sakliga skäl för underskottstäckningen.

Landstinget vidhåller sin inställning och anför i huvudsak följande. De privata leverantörernas slutsats att begreppet leverantör har samma betydelse i LOV som i LOU bygger på en bristande förståelse för när upphandlingsplikt föreligger. Om en upphandlande myndighet väljer att utföra viss verksamhet i egen regi sker ingen upphandling. Avtal som ingåtts internt inom en juridisk person omfattas inte av upphandlingsskyldighet och är inte sådana upphandlingskontrakt som avses i LOU. Hälsocentralerna skulle, även om de skulle anses vara egna juridiska personer, således inte heller vara leverantörer enligt LOU i förhållande till landstinget, precis som de inte är leverantörer enligt LOV.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Enligt 10 kap. 1 § första stycket LOV får en leverantör, som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot en bestämmelse i denna lag, ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol.

Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem (1 kap. 2 § LOV).

Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av förfrågningsunderlaget (4 kap. 1 § LOV).

Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster som avses i 1 kap. 1 § första stycket. Med leverantör avses också en grupp av leverantörer (2 kap. 3 § LOV).

Förarbeten m.m.

Av förarbetena till LOV (prop. 2008/09:29) framgår bl.a. att regeringens syfte med införandet av LOV är att ge den enskilde möjlighet att kunna välja utförare inom bl.a. hälso- och sjukvården. Att bjuda in externa utförare att konkurrera med egenregiverksamhet i kommuner och landsting leder, enligt regeringen, till en ökad kvalitet och effektivitet i verksamheten (a. prop. s. 18). Grundprincipen i ett valfrihetssystem är att den enskilde väljer vilken, av den upphandlande myndigheten godkänd och kontrakterad, leverantör som ska utföra tjänsten. LOV bygger på principen att den upphandlande myndigheten som huvudman för verksamheten har ansvaret för att tjänsterna tillhandahålls brukaren eller invånaren i enlighet med gällande lagstiftning. Den upphandlande myndigheten tecknar ett offentligt kontrakt med ett antal leverantörer. Kontraktet innehåller ekonomiska villkor och avser tillhandahållande av en tjänst. Den enskilde brukaren eller invånaren bestämmer därefter vilken av dessa leverantörer som ska tillhandahålla tjänsten. Regeringen gör bedömningen att ett kontrakt inom ramen för ett valfrihetssystem är en tjänstekoncession där den ekonomiska aktören bär risken för att etablera och driva verksamheten. Enligt regeringen står det

Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem (1 kap. 2 § LOV).

Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av förfrågningsunderlaget (4 kap. 1 § LOV).

Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster som avses i 1 kap. 1 § första stycket. Med leverantör avses också en grupp av leverantörer (2 kap. 3 § LOV).

Förarbeten m.m.

Av förarbetena till LOV (prop. 2008/09:29) framgår bl.a. att regeringens syfte med införandet av LOV är att ge den enskilde möjlighet att kunna välja utförare inom bl.a. hälso- och sjukvården. Att bjuda in externa utförare att konkurrera med egenregiverksamhet i kommuner och landsting leder, enligt regeringen, till en ökad kvalitet och effektivitet i verksamheten (a. prop. s. 18). Grundprincipen i ett valfrihetssystem är att den enskilde väljer vilken, av den upphandlande myndigheten godkänd och kontrakterad, leverantör som ska utföra tjänsten. LOV bygger på principen att den upphandlande myndigheten som huvudman för verksamheten har ansvaret för att tjänsterna tillhandahålls brukaren eller invånaren i enlighet med gällande lagstiftning. Den upphandlande myndigheten tecknar ett offentligt kontrakt med ett antal leverantörer. Kontraktet innehåller ekonomiska villkor och avser tillhandahållande av en tjänst. Den enskilde brukaren eller invånaren bestämmer därefter vilken av dessa leverantörer som ska tillhandahålla tjänsten. Regeringen gör bedömningen att ett kontrakt inom ramen för ett valfrihetssystem är en tjänstekoncession där den ekonomiska aktören bär risken för att etablera och driva verksamheten. Enligt regeringen står det

klart att en leverantör med ett kontrakt inom ett valfrihetssystem normalt står motsvarande risker som de flesta andra näringsidkare. Den huvudsakliga ersättningen för utförda prestationer härrör emellertid från den upphandlande myndigheten (a. prop. s. 54 f).

I specialmotiveringen till 1 kap. 2 § LOV i lagens förarbeten anges bl.a. följande. De grundläggande principerna ska iakttas i alla faser av förfarandet. Detta innebär att det inte ska föreligga några skillnader i villkoren mellan egenregiverksamheten och de externa leverantörer som utför liknande tjänster. Den egna regin ska inte gynnas men inte heller missgynnas i förhållande till de externa leverantörerna. Detta medför att den upphandlande myndigheten i största möjliga utsträckning ske ge egenregiverksamheten samma förutsättningar och ställa samma krav som de ställer på de externa leverantörerna, trots att en upphandlande myndighet inte kan teckna avtal med sin egenregiverksamhet. Total konkurrensneutralitet mellan externa leverantörer och egenregiverksamheten kan dock vara svår att uppnå, eftersom den upphandlande myndigheten alltid måste ta det yttersta ansvaret för att biståndsbehövande får den hjälp de har rätt till (a. prop. s. 138).

Angående valfrihetssystem i förhållande till LOU och egenregi anges bl.a. följande (a. prop. s. 89 f). I ett valfrihetssystem kan finnas en verksamhet som är upphandlad enligt LOU. LOV är, liksom LOU, en förfarandelag. För att uppnå konkurrensneutralitet mellan en LOU-upphandlad driftentreprenad och LOV-leverantörerna är det viktigt att i största möjliga mån ställa likvärdiga krav i förfrågningsunderlaget. Om LOU och LOV inte skulle kunna samexistera skulle detta medföra att en kommun eller landsting som infört ett valfrihetssystem inte kan konkurrensutsätta den egna regin, vilket vore en begränsning av den kommunala självstyrelsen och 3 kap. 16 § kommunallagen. Vidare förs en diskussion om att det kan uppstå situationer då ingen leverantör vill tillhandahålla vård inom ett visst geografiskt område med den ekonomiska ersättning som anges i förfrågningsunderlaget i valfrihets-

systemet enligt LOV. För att attrahera privata vårdgivare att etablera verksamhet på en viss plats kan det då krävas att landstingen gör en vanlig LOU-upphandling, dvs. den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga budet vinner. Invånarna ges därefter möjlighet att välja bland de vårdcentraler som tecknat kontrakt med landstinget enligt LOV, LOU eller den egna regin. Den egna regin kan inte teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten enligt LOV, eftersom en upphandlande myndighet inte kan ingå avtal med sig själv. För att konkurrensneutralitet ska uppstå i systemet bör den egna regin ges liknande villkor som de externa leverantörerna. Att den egna regin ges motsvarande villkor som de externa leverantörerna blir framför allt ett politiskt ansvar i den enskilda kommunen eller landstinget. Sedvanliga konkurrensrättsliga regler tillämpas också.

I specialmotiveringen angående definitionen av begreppet leverantör i LOV (a. prop. s. 140) anges att med begreppet leverantör avses detsamma som i LOU. En leverantör är en fysisk eller juridisk person som tillhandahåller tjänster i ett valfrihetssystem. En leverantör kan t.ex. vara ett enskilt företag, en ideell organisation, kommun, landsting eller annat offentligt organ.

Förvaltningsrättens bedömning

De privata leverantörerna har anfört att landstinget inte följer principerna om likvärdig och icke-diskrimininerande behandling eftersom landstinget lämnat bidrag för täckande av underskott hos de landstingsdrivna hälsocentralerna, men inte lämnat motsvarande underskottstäckning till de privata leverantörerna.

Enligt ordalydelsen i 1 kap. 2 § LOV gäller den upphandlande myndighetens skyldighet om likvärdig och icke-diskrimininerande ”leverantörer”. Inledningsvis uppkommer därvid fråga om de hälsocentraler som landstinget driver i egen regi också omfattas av begreppet ”leverantörer”.

Syftet med LOV är som framgår av lagens förarbeten att den enskilde ska ges möjlighet att själv välja utförare inom t.ex. hälso- och sjukvården genom att externa utförare av vård ska bjudas in att konkurrera med kommunens eller landstingets egenregiverksamhet. Den upphandlande myndigheten ska därför inom ramen för ett valfrihetssystem sluta ett kontrakt innehållande ekonomiska villkor med de leverantörer som efter ansökan godkänts. Det är den upphandlande myndigheten som har ansvaret för att tjänsterna tillhandahålls invånarna i enlighet med gällande lagstiftning. Alla ansökningar från leverantörer om att delta i ett valfrihetssystem ska således behandlas lika i alla faser av förfarandet, vilket innebär att egenregiverksamheten och de externa leverantörerna ska behandlas lika.

Förvaltningsrätten konstaterar att lagstiftaren gör tydlig skillnad mellan begreppen ”externa leverantörer” och ”egenregiverksamhet”. Även om ett syfte med LOV torde vara att konkurrensutsätta viss verksamhet kan, enligt förvaltningsrättens mening, de hälsocentraler som bedrivs i landstingets egen regi inte anses vara leverantör till det egna landstinget i den mening som avses 1 kap. 2 § LOV. Denna bestämmelse omfattar endast de externa leverantörer som ansökt om att få delta i ett valfrihetssystem. Detta stöds ytterligare t.ex. av att avtal om deltagande i valfrihetssystem inte tecknas med egenregiverksamhet och att landstinget inte kan upphandla tjänster från verksamheter i egenregi.

Bestämmelsen om likabehandling i 1 kap. 2 § LOV tar således endast sikte på hur den upphandlande myndigheten behandlar de externa leverantörerna, och inte på hur leverantörer och verksamhet som bedrivs i egenregi behandlas. Det har inte kommit fram att landstinget, på någon av sökandena anförda grunder, agerat i strid med likabehandlingsprincipen och det föreligger därmed inte heller skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot förfarandet.

De privata leverantörerna har vidare anfört att landstinget agerat i strid med 4 kap. 1 § LOV då det inte angetts i förfrågningsunderlaget hur de verksamheter landstinget bedriver i egenregi skulle ersättas och att det skulle kunna komma att ske genom täckning av kostnadsunderskott på så sätt som skett. I målet har det emellertid inte kommit fram annat att grunderna för den ekonomiska ersättningen till de externa leverantörerna framgått av förfrågningsunderlaget. Det har då inte heller med anledning av vad sökandena anfört i denna del kommit fram att landstinget brutit mot LOV på ett sådant sätt att det föreligger grund för rättelse. Sammantaget finner förvaltningsrätten att ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1C).

Robert Dalman
tf. lagman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.

Bilaga 2

KONKURRENSVERKET
Swedish Competition Authority

BESLUT
2013-10-23 Dnr 348/2013 1 (3)

Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

Påstått problem gällande brist på konkurrensneutralitet inom Hälsoval Jämtland

Konkurrensverkets beslut
Konkurrensverket avskriver ärendet från vidare handläggning.

Ärendet
Konkurrensverket mottog den 20 maj 2013 en anmälan från Fjällhälsan Hede Vemdalen, Offerdals Hälsocentral Ek För och Nya Närvården NNV AB (anmälarna) gällande IT-kostnader för vårdgivare inom Jämtlands läns landstings (JLL) valfrihetssystem "Hälsoval Jämtland" (valfrihetssystemet).

Enligt anmälarna råder det brist på konkurrensneutralitet mellan privata och landstingsdrivna vårdenheter inom valfrihetssystemet. Enligt anmälarna har de privata vårdgivarna kostnader för uppkoppling via IT-systemet Sjunet som de landstingsdrivna enheterna inte har.

JLL bekräftar till Konkurrensverket att den landstingsdrivna primärvården inte belastas med kostnad för bland annat Sjunet. Av de IT-kostnader som anmälarna redovisat belastas de landstingsdrivna enheterna inte med kostnader för Sjunet, internet, brandvägg eller switchar.

JLL anger att de landstingsdrivna enheterna belastas med faktiska kostnader för uppkoppling med VPN-dosa. Kostnader för Tieto support, IT-skydd, IT-stöd och arbetsplats/PC-utrustning fördelas baserat på antalet anslutna arbetsplatser som fördelningsnyckel. JLL anger att även kostnader för licenser för programvara fördelas på samma sätt.

I ärendet har det framkommit att det sker en kompensation med 6 kronor per listad patient till de externa leverantörerna. Exakt vad som beräknas ingå i de 6 kronorna framgår inte. JLL har angett att det valt att inte specificera exakt vad OH-kostnaden ska kompensera, utan att de 6 kronorna utgör en allmän ersättning

KKV1000, v1.3, 2011-12-15

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se
www.konkurrensverket.se

till privata utförare för att kompensera de merkostnader som landstingsdrivna vårdenheter har som fri nyttighet.

Skäl för beslutet

Enligt 1 kap. 2 § lagen om valfrihetssystem (2008:962), LOV, ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem.

Principerna om öppenhet och likabehandling

Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Med leverantörer i 1 kap. 2 § LOV avses externa leverantörer. De landstingsdrivna vårdenheterna är i detta avseende således inte att anse som leverantörer. Att en upphandlande myndighet behandlar egenregi och externa leverantörer olika kan därmed inte prövas mot likabehandlingsprincipen i sagda lagrum.

Det saknas därför förutsättningar att pröva den i ärendet påstådda bristen på konkurrensneutralitet mellan landstingets egna vårdenheter och de privata vårdgivarna utifrån likabehandlingsprincipen i 1 kap. 2 § LOV. I ärendet har inte framkommit att JLL behandlar de externa leverantörerna olika när det avser Sjunet och ersättning för kostnader för IT-system. Enligt Konkurrensverkets mening kan JLL således inte heller i övrigt anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen.

Öppenhetsprincipen innebär bland annat att förfrågningsunderlag och övriga handlingar av betydelse ska vara så klara och tydliga att en leverantör ska kunna förstå vad som efterfrågas och har betydelse i upphandlingen. Vidare måste alla ersättningsvillkor formuleras så klart att potentiella leverantörer kan fatta ett välgrundat beslut i frågan om man ska ansöka om att få delta i valfrihetssystemet.

Av Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål RÅ 2002 ref. 50 framgår att förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de grundläggande principerna i LOV och unionsrätten inte överträds.

Enligt Konkurrensverkets mening har det av utredningen framkommit att ersättningen på 6 kronor inte är grundad på en komplett kalkyl, detta mot bakgrund av att JLL inte tydligt kan specificera vad som ingår. Konkurrensverket anser därför att förfrågningsunderlaget innehåller vissa otydligheter avseende beräkningen av ersättningen. Enligt Konkurrensverkets mening är dessa brister dock inte av sådan omfattning eller betydelse att principen om öppenhet kan anses ha överträtts.

Mot ovanstående bakgrund kommer Konkurrensverket inte utreda saken ytterligare.

Rekommendationer
Konkurrensverket vill dock i sammanhanget föra fram följande synpunkter ur konkurrenshänseende till JLL.

Konkurrensverket erinrar om vikten av öppenhet och tydlighet i förfrågningsunderlaget och anser mot denna bakgrund att JLL bör förtydliga vad ersättningen om 6 kronor i punkt 3 i förfrågningsunderlaget avser.

I syfte att klargöra vad som gäller för de externa vårdgivarna respektive egenregin anser Konkurrensverket att JLL bör göra en översyn av vilka fria nyttigheter de landstingsdrivna enheterna har och anpassa ersättningsnivå och beskrivning i förfrågningsunderlaget därefter. Alternativt bör JLL fördela kostnaderna för de fria nyttigheterna på de egna landstingsdrivna enheterna.

Konkurrensverket vill i detta sammanhang erinra JLL att det i 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) anges att landstingen ska utforma vårdvalssystem så att alla utförare, externa och egenregi, behandlas lika, om det inte finns skäl för något annat.

Detta beslut kan inte överklagas.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Karin Larsson.

Dan Sjöblom

Karin Larsson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Kopia

Fjällhälsan Hede Vemdalen
Offerdals Hälsocentral Ek För
Nya Närvården NNV AB