

Till statsrådet och chefen för Socialdepartementet

Regeringen beslutade den 8 januari 1998 att tillkalla en särskild utredare med uppgift att analysera tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) på hälso- och sjukvårdstjänster där den enskilde vårdgivaren för att kunna bedriva verksamhet med offentlig finansiering är hänvisad till att träffa avtal med en sjukvårdshuvudman.

Den 1 april 1998 förordnades f.d. regeringsrådet Ulla Wadell till särskild utredare. Den 1 maj 1998 förordnades som sakkunniga i utredningen departementssekreteraren Yvonne Nilsson, Socialdepartementet, chefsrådmannen Eskil Nord, Länsrätten i Stockholms län och rådmannen Eva Wendel, Malmö tingsrätt. Den 25 augusti 1999 entledigades Yvonne Nilsson. Dagen därpå förordnades hovrättsassessorn Christina Fleur, Socialdepartementet som sakkunnig.

Att som experter delta i utredningens arbete förordnades fr.o.m. den 1 maj 1998 jur kand Christian Fischerström, Sveriges läkarförbund, departementssekreteraren Margaretha Granborg, Näringsdepartementet, förhandlingschefen Per Lowén, Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund, byråchefen Björn Lundgren, Socialstyrelsen och juristen Eva Sveman, Landstingsförbundet. Den 1 oktober 1998 förordnades som expert förbundsjuristen Jan Vikenheim, Vårdförbundet. Som experter förordnades dessutom fr.o.m. den 1 april 1999 chefsjuristen Hans Sylvén, kansliet vid Nämnden för offentlig upphandling och kanslirådet Charlotte Hedberg, Finansdepartementet. Den 30 augusti 1999 entledigades Eva Sveman och Jan Vikenheim. Den 31 augusti 1999 förordnades som experter förbundsjuristen Camilla Damell, Sveriges Psykologförbund och utredaren Kerstin Sjöberg, Landstingsförbundet. Samma dag entledigades Margaretha Granborg. Den 1 september 1999 förordnades kanslirådet Eva Agevik, Näringsdepartementet och förbundsjuristen Lena Sandström, Svenska Kommunförbundet som experter i utredningen.

Till sekreterare i utredningen förordnades fr.o.m. den 1 maj 1998 hovrättsassessorn Maria Lockman.

Utredningen, som har antagit namnet Utredningen om sjukvårdsupphandling, får härmed överlämna betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster (SOU 1999:149).

Till betänkandet fogas särskilda yttranden.

Utredningens uppdrag är härmed slutfört.

Stockholm i december 1999

Ulla Wadell

/Maria Lockman

Innehåll

Förkortningar	13
Sammanfattning	15
Författningsförslag	29
1 Förslag till lag om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)	29
2 Förslag till lag om ändring i tandvårdslagen (1985:125).....	32
3 Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkar- vårdsersättning	33
4 Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik	34

Del I Bakgrund

1 Inledning	35
1.1 Utredningsuppdraget.....	35
1.2 Genomförandet av uppdraget	36
1.3 Betänkandets disposition.....	37
2 Hälso- och sjukvården och dess organisation	41
2.1 Inledning	41
2.2 Allmänt om hälso- och sjukvårdslagstiftningen	41
2.2.1 Hälso- och sjukvårdens mål.....	42
2.3 Landstingens ansvar för hälso- och sjukvården	43
2.3.1 Inledning.....	43
2.3.2 Närmare om landstingens ansvar för hälso- och sjukvården	43
2.4 Kommunernas ansvar för hälso- och sjukvården.....	45
2.4.1 Inledning.....	45
2.4.2 Ädelreformen	46

2.4.3	Kommunernas ansvar för stöd och service till vissa funktionshindrade.....	48
2.4.4	Försöksverksamhet med kommunal primärvård	49
3	Den privat bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården.....	51
3.1	Inledning	51
3.2	Innebörden av begreppet alternativa driftformer.....	52
3.2.1	Inledning.....	52
3.2.2	Överlämnande av förvaltningsuppgift till en privat entreprenör	53
3.2.3	Det offentliga huvudmannskapet.....	56
3.3	Åtgärder vid vårdgivares felbehandling	57
3.3.1	Inledning.....	57
3.3.2	Patientens ersättningsrätt vid felbehandling.....	59
3.3.3	Patientskadelagen.....	60
3.3.4	Vårdgivares disciplinansvar m.m.....	63
3.3.5	Socialstyrelsens tillsyn m.m.....	64
3.4	De statligt reglerade ersättningssystemen.....	65
3.4.1	Inledning.....	65
3.4.2	Husläkarreformen	65
3.4.3	Förändringar i läkarvårdstaxan.....	66
3.4.4	Lag om läkarvårdersättning och lag om ersättning för sjukgymnastik	66
3.4.5	Husläkarlagens upphävande	67
3.5	Nu gällande ersättningsregler för privatpraktiserande vårdgivare med offentlig finansiering	68
3.5.1	Inledning.....	68
3.5.2	Vårdavtal.....	69
3.5.3	Samverkansavtal.....	70
3.6	Kundvalssystem med enskilda utförare (checksysteem).....	72
3.6.1	Inledning.....	72
3.6.2	Närmare om systemet.....	72
3.6.3	Särskilt om Nacka kommun	73
3.6.4	Särskilt om Täby kommun	74
3.7	Stiftelsers och ideella organisationers hälso- och sjukvårdsverksamhet	74
3.7.1	Inledning.....	74
3.7.2	Röda Korsets sjukhus i Stockholm	75
3.7.3	Stockholms Sjukhem.....	75
3.7.4	Ersta diakonisällskap	76

3.8	Arbetstagarbegreppet.....	77
3.8.1	Inledning.....	77
3.8.2	Bakgrund.....	77
3.8.3	Rörelse-/näringsverksamhet eller tjänst.....	79
3.8.4	Näringsbegreppet.....	79
3.8.5	Företagsformer	80
3.8.6	Uthyrning av personal.....	81
3.8.7	Anlitande av enskild vårdgivare.....	81
3.8.8	Avgöranden från högsta instans.....	82
3.9	Förekomsten och omfattningen av alternativa driftformer inom landstingen.....	85
3.9.1	Inledning.....	85
3.9.2	Bakgrund.....	85
3.9.3	Läkarverksamhet	87
3.9.4	Sjukgymnastverksamhet.....	89
3.10	Omfattningen av alternativa driftformer inom kommunerna	92
3.10.1	Inledning.....	92
3.10.2	Alternativa driftformer inom olika verksamhetsområden.....	92
4	Tandvård, företagshälsovård och telemedicin.....	95
4.1	Inledning	95
4.2	Tandvård.....	95
4.2.1	Inledning.....	95
4.2.2	Tandvårdslagen.....	96
4.2.3	Föreslagna förändringar i ersättningsystemet.....	97
4.2.4	Tandvårdstaxan	98
4.3	Nu gällande tandvårdsstöd	98
4.3.1	Särskilda patientgrupper	100
4.3.2	Barn- och ungdomstandvård.....	101
4.4	Företagshälsovård.....	101
4.4.1	Internationell reglering	101
4.4.2	Det svenska regelsystemet.....	102
4.4.3	Samverkan.....	103
4.4.4	Regler om offentlig ersättning för enskilda vårdgivare verksamma inom företagshälsovården.....	104
4.4.5	Avdrag för kostnader relaterade till företagshälsovård.....	104
4.4.6	Arbetsgivares skyldighet att anordna företagshälsovård.....	105

4.5	Telemedicin.....	107
4.5.1	Inledning.....	107
4.5.2	Användningen av telemedicinska tjänster	107
5	Upphandling och konkurrens.....	109
5.1	Inledning	109
5.1.1	1973 års upphandlingskungörelse.....	110
5.2	EG:s upphandlingsbestämmelser	111
5.2.1	Inledning.....	111
5.2.2	Tjänstedirektivet	112
5.3	Lagen om offentlig upphandling	113
5.3.1	Inledning.....	113
5.3.2	Upphandling av tjänster under tröskelvärdena och B-tjänster, oavsett värde.....	114
5.4	Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling	116
5.4.1	Inledning.....	116
5.4.2	Förbud mot otillbörligt beteende vid offentlig upp- handling.....	116
5.5	Konkurrensslagen	119
5.5.1	Inledning.....	119
5.5.2	Särskilt om konkurrensslagen	119
5.6	Nämnden för offentlig upphandling	121
5.6.1	Inledning.....	121
5.6.2	Nämndens för offentlig upphandling beslut angående anbudsförfarande vid sjukvårdshuvudmans avtal med läkare	121
5.7	Upphandlande enheters köp från egna företag m.m.	123
5.7.1	Inledning.....	123
5.7.2	Upphandlande enheters anskaffning av tjänster från egna företag.....	125
5.7.3.	Upphandlande enheters överlåtelse av driften av verk- samhet till annan upphandlande enhet	127
5.8	Avknoppning	127
5.8.1	Inledning.....	127
5.8.2	Sjukvårdshuvudmannens avtal med avknoppad verksam- het	129
6	Tidigare utredningsförslag	131
6.1.	Inledning	131
6.2	Samverkansdelegationens förslag	131
6.2.1	Inledning.....	131

6.2.2	Lagen om etablering av enskilda vårdgivare.....	132
6.2.3	Upphandling av vårdavtal som föreslås av Samverkansdelegationen	133
6.2.4	Remissinstansernas synpunkter på Samverkansdelegationens förslag	134
6.3	Partner 98	135
6.3.1	Inledning.....	135
6.3.2	Tillämpningen av LOU inom Stockholms läns landsting.....	135
6.3.3	Partner 98:s överväganden och förslag.....	137
7	Enkät svar och synpunkter från sjukvårdshuvudmän, privata vårdgivares organisationer och stiftelser	141
7.1	Inledning	141
7.2	Redovisning av inkomna synpunkter.....	142
7.2.1	Utredningens enkätundersökning	142
7.2.2	Lämnade synpunkter från privata vårdgivare och deras organisationer	147

Del II Utredningens överväganden och förslag

8	Allmänna utgångspunkter	151
8.1	Inledning	151
8.2	Innebörden av begreppet alternativa driftformer.....	153
8.2.1	Det offentliga huvudmannaskapet.....	155
8.2.2	Sjukvårdshuvudmannens olika roller	156
8.3	Utredningens bedömning.....	157
9	Vissa arbetsrättsliga frågor	163
9.1	Inledning	163
9.2	Utredningens bedömning.....	164
9.2.1	Personalinhyring	164
9.2.2	Entreprenadavtal med enskilda vårdgivare	165
9.2.3	Entreprenadavtal med företag.....	168
9.3	Arbetsgivaransvar vid verksamhetsövergång	169
9.4	Krav på övertagande av anställda.....	171
10	Upphandling och konkurrens.....	175
10.1	Inledning	175
10.2	Tjänstedirektivet	176
10.2.1	Lagen om offentlig upphandling	177

10.2.2	Särskilt om B-tjänster	178
10.2.3	Begreppet upphandlande enhet	180
10.3	Utredningens bedömning	181
11	Vårdavtal	185
11.1	Inledning	185
11.1.1	Allmänt	185
11.1.2	Offentligt finansierade alternativa driftformer som komplement till den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården.....	185
11.2	Nuvarande tillämpning av upphandlingsreglerna.....	186
11.2.1	Beslut av Nämnden för offentlig upphandling angående upphandling av läkartjänster.....	186
11.2.2	Begreppen utövande av offentlig makt och myndighets- utövning	187
11.3	Utredningens bedömning	188
11.3.1	Inledning.....	188
11.3.2	Vårdavtal med andra än läkare och sjukgymnaster	190
11.3.3	Vårdavtal med läkare och sjukgymnaster	194
11.3.4	Upphandlande enheters möjlighet att undanta avtal från upphandling.....	196
11.3.5	Vårdavtal under tröskelvärdena	196
12	Samverkansavtal.....	199
12.1	Inledning	199
12.1.1	Läkarvårdsersättning enligt nationell taxa	200
12.1.2	Ersättning till sjukgymnaster enligt nationell taxa	202
12.2	Nuvarande tillämpning av upphandlingsreglerna.....	203
12.3	Utredningens bedömning	205
12.3.1	Nya samverkansavtal	205
12.3.2	Vårdavtal med läkare/sjukgymnast som har sam- verksansavtal	207
13	Samverkansdelegationens lagförslag.....	209
13.1	Inledning	209
13.2	Föreslagen lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården.....	209
13.3	Utredningens bedömning	213
14	Tandvård, företagshälsovård och telemedicin.....	215
14.1	Inledning	215
14.2	Tandvård.....	215

14.2.1	Bastandvård.....	216
14.2.2	Uppsökande verksamhet och nödvändig tandvård för äldre, funktionshindrade och personer med särskilt behov av tandvård.....	219
14.2.3	Barn- och ungdomstandvård.....	220
14.3	Företagshälsovård.....	220
14.4	Telemedicin.....	221
14.5	Utredningens bedömning.....	223
15	Upphandlande enheters köp av tjänster från hel- och delägda företag och från andra upphandlande enheter	227
15.1	Inledning	227
15.2	Landstings och kommuners möjligheter att driva verksamhet genom bolag	228
15.2.1	Inledning.....	228
15.2.2	Kommunala bolag m.m.	229
15.3	EG-domstolens avgörande och regleringen i andra EES-länder	230
15.4	Utredningens bedömning.....	235
15.5	Landstings och kommuners köp av tjänster från delägda kommunala företag och från andra upphandlande enheter m.m.....	236
15.5.1	Inledning.....	236
15.5.2	Gemensamma nämnder och kommunalförbund	237
15.5.3	Kommunal primärvård.....	238
15.5.4	Pågående utredningsarbete	239
15.6	Utredningens bedömning.....	240
16	Särskilt om avknoppad verksamhet	243
16.1	Inledning	243
16.2	Utredningens bedömning.....	244
16.2.1	Landstings och kommuners köp av tjänster från avknoppad verksamhet.....	244
16.2.2	Stöd vid avknoppning.....	246
17	Upphandlingsförfarandet.....	249
17.1	Inledning	249
17.1.1	Begreppet upphandlande enhet	250
17.1.2	Särskilt om ramavtal	251
17.2	Förfrågningsunderlagets uppbyggnad.....	253
17.3	Utvärderingsgrunder och utvärderingskriterier	254
17.4	Kravspecifikation	256
17.5	Kommersiella villkor.....	257

17.5.1	Avtalstidens längd m.m.	258
17.5.2	Hävningsrätten.....	259
17.6	Vilka leverantörer bör tillfrågas och hur	259
17.6.1	Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör	260
17.7	Hur anbudet skall lämnas	262
17.8	Anbudsöppning.....	262
17.9	Anbudsutvärdering	263
17.10	Avtal och kontrakt	264
18	Kostnadseffekter.....	265
19	Generella direktiv	267
20	Författningskommentar	269
	Särskilda yttranden.....	273
 <i>Bilagor</i>		
Bilaga 1	Kommittédirektiv	279
Bilaga 2	Tilläggsdirektiv	287
Bilaga 3	Enkät.....	295
Bilaga 4	Danmark.....	301
Bilaga 5	Nederländerna.....	305
Bilaga 6	Tyskland.....	307
Bilaga 7	Storbritannien	309

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
AD	Arbetsdomstolen
AFL	Lagen (1962:381) om allmän försäkring
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
dir.	direktiv
FD	Försäkringsdomstolen
FOL	Förordningen (1994:1121) om läkarvårdsersättning
FOS	Förordningen (1994:1120) om ersättning för sjukgymnastik
FÖD	Försäkringsöverdomstolen
HBL	Lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
HL	Lagen (1993:588) om husläkare
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)
KL	Kommunalskattelagen (1928:370)
KonkrL	Konkurrenslagen (1993:20)
KommL	Kommunallagen (1991:900)
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LIU	Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
LOL	Lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning
LOS	Lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik
LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
LSS	Lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
LYHS	Lagen (1998:531) om yrkesverksamhet inom hälso- och sjukvårdens område
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
prop.	Proposition
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och första instans
RF	Regeringsformen
RFV	Riksförsäkringsverket
Rskr.	Riksdagsskrivelse
RR	Regeringsrätten
RSV	Riksskatteverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Sdr	Särskilda dragningsrätter

SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SKL	Skadeståndslagen (1972:207)
SoL	Socialtjänstlagen (1980:620)
Svjt	Svensk Juristtidning
TVL	Tandvårdslagen (1985:125)

Sammanfattning

Inledning

Utredningens uppdrag

Utredningens huvudsakliga arbete har bestått i att redovisa och analysera den nuvarande tillämpningen av upphandlingsreglerna och dess förenlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och EG-rätten vid landstings och kommuners köp av hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare samt hur EG-rätten rätteligen skall tolkas i dessa frågor.

Enligt direktiv och tilläggsdirektiv vilka fogas till betänkandet har det varit utredningens uppgift att särskilt analysera om sjukvårdshuvudmannens tecknande av vårdavtal respektive samverkansavtal med enskilda vårdgivare skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och EG-direktiven. Skillnaden från upphandlingssynpunkt mellan dessa båda avtalstyper skall redovisas liksom om det finns sådana skillnader i förhållande till avtal som inte avser hälso- och sjukvårdstjänster.

Utredningen har därutöver haft att analysera och redogöra för upphandlingsreglernas tillämplighet vid upphandlande enheters anskaffningar av olika typer av hälso- och sjukvårdstjänster från olika producenter. I korthet gäller detta anskaffningar från

- ideella stiftelser eller liknande, som drivs utan vinstintresse,
- annan sjukvårdshuvudman,
- privata tandläkare,
- privata företagshälsovårdsenheter och
- avknoppad verksamhet.

Utredningen har enligt direktiven även haft att bedöma om vårdavtal enligt Samverkansdelegationens betänkande (SOU 1997:179) skall upphandlas samt att behandla vissa arbetsrättsliga frågor avseende enskilda vårdgivare.

De bedömningar utredningen redovisat i betänkandet av upphandlingsreglernas tillämpning och tillämplighet vid olika typer av anskaff-

ningar av hälso- och sjukvårdstjänster kommenteras i sammanfattningen nedan under särskilda rubriker.

Utredningen har också inom ramen för gemenskapsrätten haft att lämna förslag till om och i så fall hur nuvarande lagstiftning bör förändras eller kompletteras i fråga om upphandling av tjänster från enskilda vårdgivare inom hälso- och sjukvårdsområdet. Därutöver har det stått utredningen fritt att i samarbete med Upphandlingskommittén (Fi 1998:08) redovisa ett lämpligt förfarande som kan användas vid en upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

Utredningens genomförande av uppdraget

För att kunna göra de överväganden som direktiven föreskriver har utredningen haft kontakter och sammanträffanden med företrädare för ett flertal olika privata vårdgivare, intresseorganisationer, sjukvårdshuvudmän samt med ideella stiftelser som driver sjukhus och sjukhem.

Utredningen har även i samarbete med Upphandlingskommittén genomfört en hearing med företrädare för olika privata vårdgivare och landsting och kommuner.

Vidare har utredningen till sina sammanträden inbjudit och besökts av representanter från olika privata vårdgivare och deras organisationer.

För att klargöra hur landstingen och kommunerna uppfattat, tolkat och efterlevt gällande regler om offentlig upphandling har utredningen genomfört en enkätundersökning som skickats till landets samtliga landsting och kommuner.

Utredningen har också i enlighet med sina direktiv haft kontakt med olika verk, myndigheter, förbund och andra sammanslutningar.

Betänkandet är indelat i två delar. *Del I* innehåller en beskrivning av bakgrundsmaterial angående bland annat hälso- och sjukvården och dess organisation, den privat bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården samt särskilda beskrivningar av tandvård, företagshälsovård och telemedicin. Vidare beskrivs i denna del av betänkandet reglerna om upphandling och konkurrens. Därutöver redogörs för tidigare utredningsförslag och olika synpunkter som lämnats till utredningen under det pågående arbetet.

Utredningens arbete skall enligt direktiven leda till ställningstaganden grundade på gällande rätt, och eventuellt till lagtekniska förslag, i frågan om hälso- och sjukvårdstjänster enligt gällande regler i LOU och enligt EG-rätten skall upphandlas. Det ankommer däremot enligt direktiven inte på utredningen att analysera och göra bedömningar i sjukvårdspolitiska och sjukvårdsekonomiska frågor. Påverkan av ett upphandlingsförfarande på utbudet av privat vård liksom konsekvenserna av upphandling av olika tjänster från olika producenter inom hälso- och sjukvården

samt en jämförelse härvidlag med andra tjänster är frågor som ligger utanför utredningens ram. Detsamma gäller en analys av vilka andra alternativ utöver upphandling som står till buds för sjukvårdshuvudmannen. Utredningen har behandlat den reglering som finns av sjukvårdshuvudmannens ansvar för tillhandahållande och anskaffning av hälso- och sjukvårdstjänster och bl.a. det projekt som genomförts i fråga om tillämpningen av LOU inom Stockholms läns landsting. Att ytterligare utreda och analysera de särskilda förhållanden som råder då det gäller landstings och kommuners ansvar för anskaffningen och tillhandahållande av hälso- och sjukvårdstjänster skulle i stort sett avse frågor som faller utanför utredningens direktiv och inte tillföra något till frågan om det legala kravet på upphandling inom hälso- och sjukvården. Såvitt gäller denna och övriga frågor som nämnts i detta stycke har inte heller under det pågående utredningsarbetet på något sätt ytterligare utredningar och analyser påkallats.

I *del II* redovisas utredningens överväganden och förslag mot bakgrund av den information som inhämtats under utredningens arbete och som redovisas i den första delen av betänkandet. Under det pågående utredningsarbetet har inom utredningen rått enighet om de i betänkandet redovisade bedömningarna såväl angående upphandlingsreglernas tillämplighet som övriga frågor. Detta gäller dock inte frågan om de lagtekniska förslagen.

I den fortsatta sammanfattande redovisningen av utredningens förslag lämnas under rubriken bakgrund en kort inledande beskrivning av landstingens och kommunernas ansvar för hälso- och sjukvården och den privat bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården. Under rubriken utredningens bedömning redovisas, under särskilda underrubriker, utredningens överväganden och förslag i de frågor utredningen haft att utreda och analysera.

Bakgrund

Landstingens och kommunernas ansvar för hälso- och sjukvården

Bestämmelserna om hur hälso- och sjukvården skall vara utformad finns i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763, HSL). I lagen anges de övergripande målen för hälso- och sjukvården och vilka krav som kan ställas på vården. Med hälso- och sjukvård avses enligt 1 § HSL åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador. Till hälso- och sjukvård hör även sjuktransporter samt att ta hand om avlidna. I tandvårdslagen (1985:125, TVL) finns särskilda bestämmelser om tandvård.

Landstingens ansvar för hälso- och sjukvården anges i 3-16 §§ och 26-26 b §§ HSL. Det framgår av lagtexten att landstingen har det huvudsakliga ansvaret för hälso- och sjukvården. Landstingen skall enligt 3 § HSL erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Även i övrigt skall landstinget verka för en god hälsa hos hela befolkningen. Förutom behandling av patienter skall landstingen dessutom medverka i samhällsplanering och då även ta hänsyn till den vård som ges av privata och andra vårdgivare. Landstingets ansvar omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som en kommun inom landstinget har ansvaret för.

Kommunernas ansvar för hälso- och sjukvården anges i 17 - 21 §§ HSL. Av bestämmelserna framgår att varje kommun skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som bor i sådana boendeformer som avses i 20 eller 21 § socialtjänstlagen (1980:620, SoL). Kommunerna får även enligt 18 § andra stycket HSL erbjuda dem som vistas i kommunen hälso- och sjukvård i hemmet. Om avtal träffas mellan en kommun och ett landsting och om regeringen medger det får landstinget till kommunen inom landstinget överlåta skyldigheten att erbjuda hemsjukvård. Kommunens ansvar och befogenheter omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som ges av läkare.

I 1 § lagen (1993:387) om stöd och service för vissa funktionshindrade (LSS) finns bestämmelser om insatser för särskilt stöd och service åt personer med bl.a. vissa funktionshinder. Varje kommun skall enligt 21 § andra stycket LSS svara för dessa insatser om inte annat avtalats.

Den privat bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården

Den svensk hälso- och sjukvården bedrivs i huvudsak i offentlig regi. Inom den öppna hälso- och sjukvården finns ett större inslag av privat bedriven vård än inom den slutna vården.

Regeringen har vid ett flertal tillfällen uttalat att den ser positivt på att det finns ett varierat vårdutbud med olika driftformer. I bl.a. 3 och 18 §§ HSL och 5 § TVL stadgas därför att ett landsting eller en kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget eller kommunen ansvarar för. Ett landsting eller en kommun kan således, om det bedöms att man inom sin egen organisation själv lämpligen inte fullgör uppgiften eller av annat skäl finner det lämpligt, besluta att uppdra åt annan att mot ersättning ombesörja driften av en kommunal- eller landstingsdriven verksamhet. Verksamheten kan därvid överlämnas till en privat entreprenör (exempelvis ett aktieföretag eller en stiftelse). Den privata entreprenören fullgör därefter den avtalade uppgiften med offentlig finansiering. Landstinget eller kommunen svarar dock alltså i egenskap av finansär och huvudman för den utlagda verksam-

hetens innehåll. På grund härav stadgas i 3 kap. 19 § kommunallagen (1991:900, KommL) att fullmäktige i dessa situationer skall se till att kommunen respektive landstinget tillförsäkras en möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten.

Hälso- och sjukvårdsverksamhet kan även bedrivas helt i privat regi utan inslag av offentlig finansiering. I dessa fall ansvarar inte landstinget eller kommunen i egenskap av huvudman för verksamhetens innehåll.

Med alternativa driftformer inom hälso- och sjukvården avses i detta betänkande verksamheter som har utförts eller kan utföras i förvaltningsform men som i stället överlämnas till att drivas av en privaträttslig person eller organisation. Verksamheten avses dock fortfarande vara helt eller delvis offentligt finansierad. Med alternativa driftformer inom hälso- och sjukvården avses således i betänkandet inte sådan privat bedriven vård som utförs av en vårdgivare som inte enligt avtal eller särskild reglering har rätt till offentlig finansiering för den lämnade vården.

Det offentliga huvudmannskapet innebär att det, när en entreprenör ges i uppdrag att ombesörja driften av en kommunal- eller landstingsdriven verksamhet, fortfarande är fråga om en offentlig verksamhet i förhållande till kommuninvånarna/användarna. Huvudmannskapet innebär att landstinget eller kommunen tar befattning med alla frågor som inte hör till den löpande driften. Verksamheten är alltså en kommunal eller landstingskommunal angelägenhet. Kommunen eller landstinget beslutar om verksamhetens mål, inriktning, uppföljning och utvärdering. Således kan driften av en offentligt bedriven och skattefinansierad verksamhet överlämnas till en privat entreprenör på den allmänna marknaden. I debatten har ofta marknadsorientering, konkurrensutsättning och bolagisering m.m. betecknats som privatisering. Med privatisering avses i detta betänkande att det allmänna frånhänder sig ansvaret för en uppgift som tidigare bedrivits i offentlig regi eller i vart fall med stöd av offentliga medel. Det allmänna avvecklar således både driftansvaret och finansieringsansvaret för verksamheten. Överlämnade av en kommunal eller landstingskommunal verksamhet till ett privaträttsligt organ i de situationer som utredningen har att överväga innebär med denna definition inte någon privatisering.

Utredningens bedömning

Sjukvårdshuvudmannens upphandling vid köp av hälso- och sjukvårdstjänster

Europeiska rådet har fattat beslut om att förverkliga en inre gemensam marknad. Det har visat sig behövt med särskilda bestämmelser om offentlig upphandling i form av direktiv för att skapa en verklig öppen marknad vid offentlig upphandling och därmed minska de inhemska företagens konkurrensfördelar i förhållande till företag i andra medlemsstater. Man har enats om gemensamma regler på varuområdet och på områdena för byggnads-, anläggningsarbeten och tjänster för inhämtande och urval av anbud samt om motivering av beslut, varigenom anbud antas respektive förkastas. I anledning av EES-avtalet förpliktade sig Sverige att införa regler motsvarande EG:s regler om offentlig upphandling. På grund härav trädde LOU i kraft den 1 januari 1994. LOU genomför EG:s upphandlingsdirektiv.

I april 1995 tillfrågades Nämnden för offentlig upphandling (NOU) om landstings ingående av ett vårdavtal vid nyetablering av vårdgivare skulle föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Som svar på frågan meddelade fyra av nämndens sju ledamöter att det enligt nämndens bedömning närmast är att se som en upphandlingssituation att ingå vårdavtal varvid LOU skall tillämpas.

Om en kommun eller ett landsting dvs. en sjukvårdshuvudman beslutar att överlämna driften av en verksamhet till en extern producent kan således reglerna om offentlig upphandling bli tillämpliga. Utredningens arbete har enligt utredningens direktiv bestått i att redogöra för och analysera om LOU och EG-direktiven äger tillämplighet i dessa situationer.

Utredningen skall enligt direktiven redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna avtal för hälso- och sjukvårdstjänster och andra tjänster. Utredningen har funnit att hälso- och sjukvårdstjänster och andra s.k. B-tjänster inte är uteslutna från EG-direktiven. Dessa tjänster är heller inte uteslutna från tillämpningen av LOU. Tvärtom anges tydligt att de omfattas av upphandling enligt 6 kap. LOU. Enligt utredningens bedömning lämnar varken EG-direktiven eller LOU utrymme för undantag från upphandlingsreglerna avseende s.k. B-tjänster *över* de i direktiven angivna tröskelvärdena. Detta innebär att dessa tjänster skall upphandlas genom förenklad upphandling eller under vissa omständigheter s.k. direktupphandling.

Om en sjukvårdshuvudman beslutar att konkurrensutsätta viss verksamhet är det enligt utredningens mening av avgörande betydelse att

upphandlingen kan genomföras på ett så objektivt vis som möjligt. Detta inte minst för att upprätthålla förtroendet för den offentliga upphandlingen. Det är därför från upphandlingssynpunkt en fördel om sjukvårdshuvudmannens beställar- och finansieringsansvar för vård som bedrivs i alternativa driftformer så långt som möjligt separeras från den egna produktionen av hälso- och sjukvård.

Olika avtal för tillhandahållande av hälso- och sjukvårdstjänster

Ersättning för och omfattning av privat utförda hälso- och sjukvårdstjänster regleras genom avtal mellan sjukvårdshuvudmannen och vårdgivaren. Företrädesvis skall detta enligt regeringen ske genom vårdavtal i vilka parterna kommer överens om verksamhetsinriktning, åtagande, omfattning, lokalisering, ersättningsformer m.m. Landstingen har även möjlighet att ingå s.k. samverkansavtal via de statligt reglerade ersättningssystemen. Dessa ersättningssystem, innebär att ersättningsformer och ersättningsnivåer styrs av lagen (1993:1651) om läkarvårdersättning (LOL) och förordningen (1994:1121) om läkarvårdersättning eller lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik (LOS) och förordningen (1994:1120) om ersättning för sjukgymnastik.

Utredningen redogör i avsnitt 3.9 för förekomsten och omfattningen av alternativa driftformer inom landstingen. I redovisningen har tyngdpunkten lagts på läkares och sjukgymnasters ersättning enligt ersättningslagarna. För att visa omfattningen av hela den offentligt finansierade privata öppna vården hos läkare och sjukgymnaster redovisas även uppgifter om verksamhet som bedrivs av dessa yrkesgrupper med vilka huvudmannen tecknat vårdavtal. Utbetalad offentlig ersättning för den privat bedrivna vården som under år 1998 lämnades av läkare uppgick till drygt 3 470 000 tkr. Ersättningen för lämnad vård av privata sjukgymnaster uppgick till drygt 1 040 000 tkr. I Sverige fanns det under år 1998 1 426 läkare och 1 855 sjukgymnaster som var verksamma enligt ersättningslagarnas bestämmelser. Dessa enskilda läkare uppbar en sammanlagd ersättning under år 1998 med 1 451 000 tkr. Sjukgymnasterna uppbar under samma år 856 000 tkr. i ersättning för lämnad behandling. Antalet verksamma läkare och sjukgymnaster enligt de nationella ersättningslagarna har blivit färre och färre under de senaste fem åren.

I avsnitt 3.10 redogör utredningen för förekomsten och omfattningen av alternativa driftformer inom kommunerna.

Definition av begreppen vårdavtal och samverkansavtal

Det har under det pågående utredningsarbetet visat sig att det föreligger ett betydande behov av att innehållet i de begrepp som används vid anskaffningen av hälso- och sjukvårdstjänster klargörs och definieras. Ett skäl till detta är att avtalstyperna samverkansavtal och vårdavtal enligt utredningens bedömning ur upphandlingssynpunkt skall behandlas var för sig.

Begreppet samverkansavtal finns i 5 § LOL och LOS. Inte i någondera lag anges emellertid vad som avses med ett sådant avtal. För att undvika definitionsproblem skall det enligt utredningens uppfattning införas en definition av vad som avses med samverkansavtal i HSL och några formella följdändringar göras i LOL och LOS. Enligt utredningens uppfattning bör också i klargörande syfte föras in en bestämmelse i HSL där en definition ges av vad som avses med vårdavtal.

De föreslagna lagändringarna innebär att det i HSL skall anges att ett avtal som avser vård skall slutas i form av ett vårdavtal eller ett samverkansavtal. Med samverkansavtal avses ett avtal där sjukvårdshuvudmannen träffar överenskommelse med läkare eller sjukgymnast om ersättning samt övriga villkor som skall gälla för vården i enlighet med reglerna i LOL eller LOS. Med vårdavtal avses annat avtal om vård än samverkansavtal. I ett vårdavtal överenskommer ett landsting eller en kommun och en vårdgivare om ersättning samt övriga villkor och grunder som skall gälla för vården.

Sjukvårdshuvudmannens vårdavtal med enskilda vårdgivare, med vårdgivarbolag eller med ideella organisationer inom hälso- och sjukvården

Utredningen har enligt direktiven att analysera om sjukvårdshuvudmannens tecknande av vårdavtal respektive samverkansavtal skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och gemenskapsrätten.

Utredningen har funnit att det som regleras i vårdavtalen (åtaganden, ersättning, verksamhetsinriktning, former för rapportering och kvalitets-säkring m.m.) är typiska upphandlingsrekvisit. Utredningen gör i betänkandet bedömningen att det skulle strida mot LOU och EG-direktiven att undanta upphandlande enheters tecknande av vårdavtal *över* tröskelvärdet med andra vårdgivare från ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Denna bedömning avser upphandlande enheters dvs. landstings och kommuners tecknande av vårdavtal med såväl läkare och sjukgymnaster, med enskilda andra grupper av vårdgivare än läkare och sjukgymnaster och med vårdgivares bolag som med ideella organisationer inom vården.

Samverkansavtal

Utredningen skall enligt direktiven analysera om landstings tecknande av samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och EG-direktiven.

I betänkandet görs bedömningen att det inte föreligger någon upphandlingssituation då landsting tecknar samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster. Skälet för detta ställningstagande är att ett samverkansavtal enligt utredningens bedömning får ses som ett utflöde av en offentligrättslig reglering. Vid tecknande av samverkansavtal föreligger inte någon konkurrenssituation mellan olika vårdgivare eftersom alla erbjuds samma ekonomiska villkor.

Vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster som uppbär ersättning enligt ersättningslagarna

Det föreligger enligt utredningens bedömning inte någon upphandlingssituation vid landstings tecknande av vårdavtal med enskilda vårdgivare som redan innan vårdavtalet ingås omfattas av ersättningslagarnas bestämmelser. Detta gäller dock under förutsättning att vårdavtalets giltighetstid inte sträcker sig längre än giltighetstiden av ett tidigare ingånget samverkansavtal. Anledningen till att utredningen gjort denna bedömning är att den enskilde läkaren eller sjukgymnasten som genom samverkansavtal eller eljest uppbär läkarvårdsersättning eller ersättning för sjukgymnastik enligt ersättningslagarna redan omfattas av ersättningsystemet och har rätt till offentlig finansiering för lämnad vård.

Samverkansdelegationens lagförslag

Utredningen har enligt direktiven haft att analysera om den av Samverkansdelegationen föreslagna lagen om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Utredningen har funnit att upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med privata utförare enligt den av Samverkansdelegationen föreslagna lagen skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt reglerna i LOU och kraven i EG-direktiven. Skälet för denna bedömning är att den föreslagna lagen ger utrymme för parterna att fritt komma överens om avtalsinnehållet, varvid en konkurrenssituation om bästa villkor kan uppkomma.

Sjukvårdshuvudmannens anskaffning av tandvårdstjänster, av hälso- och sjukvårdstjänster hos företagshälsovårdsenheter och av telemedicinska tjänster

Enligt tilläggsdirektiven skall utredningen utreda om LOU är tillämplig vid landstingens köp av tandvårdstjänster från privata tandläkare och vid landstingens och kommunernas köp av företagshälsovårdstjänster från privata enheter. Därutöver har det till utredningen från Socialdepartementet överlämnats en skrivelse angående telemedicinska tjänster. I betänkandet gör utredningen bedömningen att det vid sjukvårdshuvudmannens köp av dessa typer hälso- och sjukvårdstjänster ur upphandlingssynpunkt främst är två situationer som är intressanta. Den ena situationen som kan komma i fråga är då viss del av behandlingen utförs genom ett remissliknande förfarande. I de fall dessa behov av resurser är klart förutsebara råder det ur upphandlingssynpunkt inte någon skillnad vid en anskaffning av dessa tjänster och andra hälso- och sjukvårdstjänster. Den upphandlande enheten skall således i denna situation företa ett upphandlingsförfarande.

I den andra situationen uppkommer behovet av behandling på grund av oförutsedda händelser, exempelvis akuta sjukdomstillstånd. Även i en sådan situation skall enligt utredningens uppfattning en upphandling göras. Den upphandling det då blir fråga om är direktupphandling.

Enligt utredningens bedömning skall det i 5 § TVL anges att avtal som avser vård skall slutas i form av vårdavtal som sägs i 3 § HSL.

Överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner samt landstings och kommuners köp av tjänster från helägda och delägda företag

Utredningen anser att landsting och kommuner skall tillämpa LOU när de ingår avtal om anskaffning av tjänster från delägda företag och andra företag som avses i 3 kap. 18 och 19 §§ KommL. Skälet till detta är att delägda kommunala företag och företag som ägs av annan än kommunen eller landstinget från upphandlingssynpunkt inte kan anses som en del av den kommunala förvaltningen. Enligt utredningens bedömning skall landsting och kommuner även tillämpa LOU när de ingår avtal om anskaffning av tjänster med ett annat landsting eller en annan kommun. Detta på grund av att de olika landstingen och kommunerna inte ingår i samma juridiska person.

Utredningen har vidare gjort bedömningen att LOU är tillämplig vid landstings och kommuners anskaffningar från helägda egna bolag. Det finns enligt utredningens uppfattning inte utrymme för bedömningen att en juridisk persons överenskommelser med sin ”ägare” skall tillmätas ett

annat civilrättsligt värde än ett sedvanligt avtal enligt avtalsrättsliga regler.

Sjukvårdshuvudmannens ingående av avtal med avknoppad verksamhet

Enligt tilläggsdirektiven skall utredningen utreda om sjukvårdshuvudmannens tecknande av avtal med en avknoppad verksamhet skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Med avknoppning avses i betänkandet att en upphandlande enhet låter anställda bilda ett privaträttsligt organ, som regel ett bolag, i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som utförts inom den upphandlande enheten. Verksamheten drivs efter bolagsbildningen vidare av de tidigare anställda som självständiga företagare.

Enligt utredningens bedömning utgör såväl LOU som upphandlingsdirektiven ett hinder mot att tilldela någon ett kontrakt utan att företa ett upphandlingsförfarande. LOU är därför enligt utredningens mening tillämplig när upphandlande enheter avser att ingå avtal med avknoppad verksamhet.

I betänkandet gör utredningen även bedömningen att upphandlande enheter har rätt att ge vissa begränsade stödåtgärder till anställda som genomför en avknoppning under tiden före och under bolagiseringen.

Anskaffning av tjänster under tröskelvärdena

Eftersom EG-rätten endast reglerar anskaffningen av tjänster *över* vissa i direktiven angivna tröskelvärden kan varje medlemsstat i princip fritt reglera på vilket sätt anskaffningen av tjänster *under* tröskelvärdena skall ske. Enligt utredningens bedömning bör nyttan för landsting och kommuner att undanta anskaffningar *under* tröskelvärdena från ett upphandlingsförfarande vara mycket liten. Dessutom skulle en sådan uppdelning göra regelsystemet onödigt komplicerat. I betänkandet lämnas därför inte något förslag som ger möjlighet att undanta anskaffningar *under* tröskelvärdena från ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Erinran i HSL om upphandlingsreglernas tillämplighet

Under det pågående utredningsarbetet har det, inte minst genom de svar som inkommit på utredningens utskickade enkät, visat sig att det råder stor osäkerhet om upphandlingsreglernas tillämplighet vid upphandlande enheters ingående av vårdavtal med olika utförare. Enligt utredningens uppfattning bör därför i klagörande syfte en erinran om reglerna i LOU tas in i HSL.

Enligt utredningens bedömning skall det i klagörande syfte även framgå av HSL att LOU inte är tillämplig då ett landsting avser att träffa ett samverkansavtal med en enskild läkare eller sjukgymnast.

Vissa arbetsrättsliga frågor

Utredningen har enligt tilläggsdirektiven haft att analysera frågan om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som uppdragstagare, arbetstagare eller enskild företagare.

Utredningen konstaterar att den enskilde yrkesutövarens arbetsrättsliga situation inte kan avgöras med utgångspunkt i vissa omständigheter. En helhetsbedömning måste göras i varje enskilt fall. Utredningen anser dock att en enskild vårdgivare som är verksam enligt samverkansavtal eller vårdavtal endast undantagsvis kan ses som anställd av landstinget eller kommunen.

Om sjukvårdshuvudmannen vid entreprenader träffar avtal med företag som har flera anställda uppstår enligt utredningens bedömning normalt inga problem. Företaget anses, utom i undantagsfall, vara arbetsgivare åt den personal som är anställd av företaget. Sker en avknoppning är det avknoppade företaget i princip att ses som arbetsgivare.

När en sjukvårdshuvudman anlitar en uthyrningsfirma för att täcka ett personalbehov blir lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft tillämplig. I dessa situationer föreligger enligt utredningens bedömning normalt sett inte något arbetsgivaransvar för sjukvårdshuvudmannen gentemot den inhyrda personalen. Det är i denna situation uthyrningsföretaget som är arbetsgivare. Någon generellt tillämplig slutsats kan inte dras av att ett avtalsförhållande mellan sjukvårdshuvudmannen och uthyrningsföretaget pågått under lång tid och avsett samma arbetstagare. En bedömning måste även då göras av samtliga omständigheter i det enskilda fallet innan frågan kan avgöras.

Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan gäller särskilda regler för arbetstagarna. Bestämmelserna finns i 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) som bygger på EG-direktivet om överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (77/187 EEG) och innebär att alla rättigheter och skyldigheter på grund av anställningsavtal som gällde vid tidpunkten för verksamhetsövergången övergår till den nya arbetsgivaren.

Anbudsgivare bör enligt utredningens uppfattning i förfrågningsunderlaget uppmärksammas på reglerna om verksamhetsövergång.

Utredningen konstaterar också i betänkandet att rättsläget för närvarande är oklart i Sverige när det gäller frågan om en upphandlande enhet vid en upphandling kan ställa krav som går längre än reglerna i LAS.

Upphandlingsförfarandet

Det har enligt utredningens tilläggsdirektiv stått utredningen fritt att i samarbete med Upphandlingskommittén lämna förslag till ett lämpligt förfarande som kan användas vid upphandlande enheters anskaffningar av hälso- och sjukvårdstjänster.

Enligt 6 kap. 2 § LOU skall upphandling av B-tjänster, bland andra hälso- och sjukvårdstjänster, oavsett värde göras genom förenklad upphandling. Förenklad upphandling innebär att alla som vill har rätt att delta och inkomma med skriftligt anbud. Den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Direktupphandling är tillåten om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Direktupphandling innebär att den upphandlande enheten vänder sig direkt till en leverantör utan infordrande av skriftligt anbud. Direktupphandling innebär emellertid inte att avsteg får göras från principen om affärsmässighet.

För att uppnå ett lyckat resultat av en upphandling t.ex. av hälso- och sjukvårdstjänster är det av stor betydelse att den praktiskt verksamme inköparen är väl förtrogen med upphandlingsreglerna. Utredningen betonar därför i betänkandet vikten av olika utbildningsinsatser. Det kan finnas behov av utbildning såväl för praktiskt verksamma inköpare som för olika leverantörer.

I betänkandet beskriver utredningen hur ett förfrågningsunderlag kan vara uppbyggt.

Ett avtal om upphandling skall vara tidsbegränsat. Offentlig anskaffning av varor och tjänster skall utsättas för konkurrens med vissa mellanrum. Enligt utredningens uppfattning får avtalstidens längd bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. Ett flertal aspekter måste då beaktas vid bestämmande av avtalstidens längd såsom exempelvis patientperspektivet, tryggheten, strukturen och kontinuiteten i vården. Utredningen menar därför att det inte är lämpligt att föreslå några fastlagda tidsgränser. Utredningen anser dock att man bör kunna överväga längre avtalstider (5-8 år) än vad som i dag föreskrivs i vårdavtalen.

Författningsförslag

1 Förslag till Lag om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)

Härigenom föreskrivs att 3 och 18 §§ hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) skall ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 §

Varje landsting skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Detsamma gäller dem som är kvarskrivna enligt 16 § folkbokföringslagen (1991:481) och stadigvarande vistas inom landstinget. Även i övrigt skall landstinget verka för en god hälsa hos hela befolkningen. Vad som i denna lag sägs om landsting gäller också kommuner som inte ingår i ett landsting, i den mån inte annat följer av 17 §. Vad här sagts utgör inte hinder för annan att bedriva hälso- och sjukvård.

Landstingets ansvar omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som en kommun inom landstinget har ansvar för enligt 18 § första och tredje styckena.

Ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för enligt denna lag. En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

Ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för enligt denna lag. *Ett avtal som avser vård skall slutas i form av samverkansavtal eller vårdavtal.* En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

*Nuvarande lydelse**Föreslagen lydelse*

Med samverkansavtal avses ett avtal där landstinget träffar överenskommelse med läkare eller sjukgymnast om ersättning samt övriga villkor och grunder som skall gälla för vården i enlighet med reglerna i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning eller lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik. Därvid gäller inte lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Med vårdavtal avses annat avtal om vård än samverkansavtal. I ett vårdavtal överenskommer landstinget och en vårdgivare om ersättning samt övriga villkor och grunder som skall gälla för vården. Därvid gäller inte de i fjärde stycket angivna ersättningslagarna. Bestämmelser om upphandling finns i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Landstinget får även träffa överenskommelse med kommun, den allmänna försäkringskassan och länsarbetsnämnden om att inom ramen för landstingets uppgifter enligt denna lag samverka i syfte att uppnå en effektivare användning av tillgängliga resurser. Landstinget skall bidra till finansieringen av sådan verksamhet som bedrivs i samverkan.

Riksrevisionsverket får granska sådan verksamhet som bedrivits i samverkan med och delvis finansierats av försäkringskassan eller länsarbetsnämnden. Vid en sådan granskning har Riksrevisionsverket rätt att ta del av de uppgifter som behövs för att granska verksamheten.

18 §

Varje kommun skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som bor i en sådan boendeform eller bostad som avses i 20 § andra stycket och 21 § tredje stycket socialtjänstlagen (1980:620) eller som efter beslut av kommunen bor i sådan särskild boendeform som avses i 69 §

Nuvarande lydelse

första stycket 2 samma lag. Varje kommun skall även i samband med En kommun får även i övrigt erbjuda dem som vistas i kommunen hälso- och sjukvård i hemmet (hemsjukvård).

Landstinget får till en kommun inom landstinget överlåta skyldigheten att erbjuda sådan vård, som sägs i andra stycket, om landstinget och kommunen kommer överens om det samt regeringen medger det. Överenskommelsen får avse även ansvar för förbrukningsartiklar som avses i 3 c §.

Kommunens ansvar enligt första och tredje styckena och kommunens befogenhet enligt andra stycket omfattar inte sådan hälso- och sjukvård som meddelas av läkare.

En kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen ansvarar för enligt denna lag. En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

Föreslagen lydelse

En kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen ansvarar för enligt denna lag. *Ett avtal som avser vård skall slutas i form av vårdavtal som sägs i 3 § femte stycket.* En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

2 Förslag till Lag om ändring i tandvårdslagen (1985:125)

Härigenom föreskrivs att 5 § tandvårdslagen (1985:125) skall ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §

Varje landsting skall erbjuda en god tandvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Detsamma gäller dem som är kvarskrivna enligt 16 § folkbokföringslagen (1991:481) och stadigvarande vistas inom landstinget. Även i övrigt skall landstinget verka för en god tandhälsa hos befolkningen. Tandvård som landstinget självt bedriver benämns i denna lag folktandvård.

Vad som i denna lag sägs om landsting gäller också kommuner som inte ingår i ett landsting.

Ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget och dess folktandvård ansvarar för enligt denna lag. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

Ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget och dess folktandvård ansvarar för enligt denna lag. *Ett avtal som avser vård skall slutas i form av vårdavtal som sägs i 3 § femte stycket hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).* Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

3 Förslag till Lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

Härigenom föreskrivs att 5 § lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning skall ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §

Läkarvårdsersättning enligt denna lag lämnas endast till läkare som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Läkarvårdsersättning enligt denna lag lämnas endast till läkare som har samverkansavtal *som sägs i 3 § fjärde stycket hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)* med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En läkare i privat verksamhet som ger vård enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och läkaren kommit överens om. Vårdavtal gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

4 Förslag till
Lag om ändring i lagen (1993:1652) om
ersättning för sjukgymnastik

Härigenom föreskrivs att 5 § lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik skall ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §

Sjukgymnastikersättning enligt denna lag lämnas endast till sjukgymnast som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Sjukgymnastikersättning enligt denna lag lämnas endast till sjukgymnast som har samverkansavtal *som sägs i 3 § fjärde stycket hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)* med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En sjukgymnast i privat verksamhet som ger sjukgymnastik enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och sjukgymnasten kommit överens om. Vårdavtal gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

I BAKGRUND

1 Inledning

1.1 Utredningsuppdraget

Utredaren skall enligt direktiven (dir. 1998:12), vilka fogas till betänkan- det som bilagor, analysera tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) på hälso- och sjukvårdstjänster där den enskilde vårdgivaren, för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering, är hänvisad till att träffa avtal med en sjukvårdshuvudman.

Utredaren skall även redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna avtal för hälso- och sjukvårdstjänster och andra tjänster, analysera om vårdavtal respektive samverkansavtal med en enskild vårdgivare skall föregås av ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU samt redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna vårdavtal eller samverkansavtal. Därutöver skall utredaren analysera tillämpningen av LOU när det gäller privata sjukhus och sjukhem som drivs av ideella organisationer utan vinstsyfte samt analyserna om vårdavtal enligt en eventuell lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården, som föreslagits i Samver- kansdelegationens slutbetänkande (SOU 1997:179), skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Av direktiven framgår även att utredaren är oförhindrad att ta upp andra frågor som kan bli aktuella under utredningens gång.

Enligt tilläggsdirektiv (dir. 1999:21) antagna under mars månad 1999 skall utredaren även utreda om LOU är tillämplig

1. vid överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner,

2. då kommuner köper hälso- och sjukvårdstjänster samt tjänster rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård,
3. vid landstingens köp av tandvårdstjänster,
4. vid s.k. avknoppning från landstingsdriven eller kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet och verksamhet rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård,
5. vid landstings och kommuners köp av företagshälsovårdstjänster från privata enheter samt
6. analysera frågan om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som en uppdragstagare, arbetstagare eller företagare vid de situationer som utredaren närmare skall analysera.

Socialdepartementet har till utredningen överlämnat en skrivelse från Landstingsförbundet angående telemedicin. Utredningen har därutöver mottagit skrivelser från ett antal vårdgivare och deras organisationer. De skrivelser och de synpunkter som utredningen mottagit får anses besvarade genom detta betänkande.

1.2 Genomförandet av uppdraget

Utredningen tillsattes under våren 1998 och påbörjade arbetet strax därefter. Utredningen har haft ett femtontal protokollförda sammanträden inkluderande ett internat. Till dessa sammanträden har utredningen inbjudit och besökts av bl.a. företrädare för olika privata vårdgivare, intresseorganisationer, sjukvårdshuvudmän samt de ideella stiftelserna som driver Röda Korsets sjukhus och Stockholms sjukhem samt den ideella föreningen som driver Ersta diakonisällskap.

Utredningen har i sitt arbete bl.a. haft kontakter med olika verk, myndigheter, förbund och andra sammanslutningar. I detta sammanhang kan nämnas att utredningen sammanträffat med representanter från kansliet vid Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, Konkurrensverket, Landstingsförbundet och Svenska Kommunförbundet.

Därutöver har sammanträffande skett med representanter från den tidigare Delegationen (S 1995:117) för samverkan mellan offentlig och privat hälso- och sjukvård. Utredningen har också, i enlighet med sina direktiv, samrått med Upphandlingskommittén (Fi 1998:08). Samarbetet har bestått i kontakter och möten mellan de båda utredningsordförandena och deras sekreterare och viss tillgång till utkast till betänkandetext. Ordföranden och sekreteraren i Utredningen om sjukvårdsupphandling

har också varit närvarande under ett av Upphandlingskommitténs sammanträden med kommitténs experter.

För att diskutera olika frågor inom ramen för utredningens arbete har utredningen genomfört en s.k. hearing tillsammans med Upphandlingskommittén. Vid denna deltog representanter från olika privata vårdgivare och representanter från olika landsting och kommuner.

För att klarlägga hur landstingen och kommunerna uppfattat, tolkat och efterlevt gällande regler om offentlig upphandling har utredningen genomfört en enkätundersökning som skickats till samtliga landsting och kommuner.

Utredningen har även rådgjort med professorn i offentlig rätt Hans-Heinrich Vogel.

1.3 Betänkandets disposition

Betänkandet är som framgår av innehållsförteckningen indelat i två delar. *Del I* innehåller en redovisning av bakgrundsmaterial. I *del II* redovisas främst överväganden och förslag. I anslutning till övervägandena presenteras ibland visst bakgrundsmaterial för att underlätta läsningen och förståelsen av resonemangen. I *bilagor* till betänkandet redovisas regeringens direktiv och tilläggsdirektiv till utredningen och den enkät som utredningen sänt till landets kommuner och landsting. I bilagor till betänkandet redovisas även de uppgifter utredningen fått del av angående finansieringen av privat bedriven vård i andra länder.

Betänkandet inleds med en *sammanfattning* och *författningsförslag*. Kommentarer till författningsförslagen finns i ett avslutande kapitel.

I *kapitel 2* finns en beskrivning av hälso- och sjukvården och dess organisation.

I *kapitel 3* beskrivs den privat bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården. Här redovisas bl.a. innebörden av begreppet alternativa driftformer och nu gällande ersättningssystem för privatpraktiserande vårdgivare med offentlig finansiering. I kapitlet redovisas också det s.k. kundvalssystemet med check. Utredningen har även valt att i detta kapitel redovisa vissa stiftelsers och ideella organisationers hälso- och sjukvårdsverksamhet. I kapitlet belyser utredningen även arbetstagarbegreppet. Slutligen redovisar utredningen statistiska uppgifter angående förekomsten och omfattningen av alternativa driftformer inom landsting och kommuner.

I *kapitel 4* belyser utredningen särskilt tandvård, företagshälsovård och telemedicin.

I *kapitel 5* behandlas EG:s tjänstedirektiv och LOU. Vidare lämnas en kort redovisning av lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt

beteende avseende offentlig upphandling och konkurrenslagens (1993:20) bestämmelser. I kapitlet beskrivs också verksamheten för Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Därpå behandlas upphandlande enheters köp från egna företag och överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner. Slutligen belyses s.k. avknoppning. Med avknoppning avses i betänkandet de situationer när en upphandlande enhet låter anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som utförts inom den upphandlande enheten. Avsikten är att verksamheten därefter skall bedrivas vidare av tidigare anställda som självständiga företagare.

I *kapitel 6* har utredningen gjort en sammanfattande redovisning av tidigare utredningsförslag, och

i *kapitel 7* återfinns en sammanfattande redovisning av utfallet från utredningens enkätundersökning till landstingen och kommunerna och lämnade synpunkter till utredningen från olika sjukvårdshuvudmän samt privata vårdgivare och deras organisationer.

Del II inleds med *kapitel 8* där utredningen redovisar några allmänna utgångspunkter för utredningens bedömning.

I *kapitel 9* redovisar utredningen sin bedömning av om hälso- och sjukvårdspersonalen främst är att se som arbetstagare eller uppdragsstagare i de situationer utredningen närmare skall analysera.

Kapitel 10-12 innehåller utredningens ställningstaganden i de centrala frågor som utredningen haft i uppgift att analysera. I kapitel 10 diskuteras de övergripande upphandlingsreglerna, begreppet utövande av offentlig makt och myndighetsutövningsbegreppet. Vidare analyseras frågan om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna avtal för hälso- och sjukvårdstjänster och andra tjänster. I kapitel 11 behandlar utredningen frågan om upphandlande enheters tecknande av vårdavtal skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Utredningen behandlar därefter i kapitel 12 frågan om upphandlande enheters tecknande av samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster enligt lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning (LOL) eller enligt lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik (LOS) med vidhängande förordningar skall förgås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. I detta kapitel behandlar utredningen även frågan om sjukvårdshuvudmannens tecknande av vårdavtal med vårdgivare som redan uppbär ersättning enligt de nationella ersättningslagarna skall förgås av ett upphandlingsförfarande.

Utredningen behandlar i *kapitel 13* frågan om avtal enligt den av Samverkansdelegationen föreslagna lagen om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården kan undantas från ett upphandlingsförfarande.

I *kapitel 14* behandlar utredningen särskilt upphandlande enheters köp av tandvårdstjänster, företagshälsovårdstjänster och telemedicinska tjänster.

I *kapitel 15* lämnar utredningen sin bedömning av om upphandlande enheters köp från egna företag skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. I detta kapitel behandlar utredningen även frågan om landstings och kommuners överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet till andra landsting och kommuner skall föregås av ett upphandlingsförfarande.

I *kapitel 16* behandlas upphandlande enheters köp av tjänster från avknoppad verksamhet.

Det står, enligt utredningens tilläggsdirektiv, den särskilde utredaren fritt att i samarbete med Upphandlingskommittén lämna förslag på ett lämpligt förfarande som kan användas vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

I *kapitel 17* beskriver därför utredningen särskilt reglerna om förfarandet vid en offentlig upphandling.

I *kapitel 18* behandlar utredningen därefter vissa kostnadseffekter av utredningens förslag.

Alla statliga utredningar skall beakta 14 och 15 §§ i kommittéförordningen (1998:1474). Utredningens ställningstaganden i dessa frågor behandlas i *kapitel 19*.

I *kapitel 20* återfinns slutligen en författningskommentar till utredningens lagförslag.

2 Hälsa- och sjukvården och dess organisation

2.1 Inledning

Utredningen om sjukvårdsupphandling har enligt direktiven bl.a. att analysera tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) på hälso- och sjukvårdstjänster där den enskilde vårdgivaren, för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering, är hänvisad till att träffa avtal med en sjukvårdshuvudman. För att kunna göra de överväganden som direktiven föreskriver måste man bl.a. ha en bild såväl av hälso- och sjukvårdslagstiftningen, de statligt reglerade ersättningsystemen och hälso- och sjukvårdens organisation som av LOU.

I detta kapitel finns därför en översiktlig beskrivning av hälso- och sjukvården och dess organisation.

I *avsnitt 2.2* lämnas en kortfattad beskrivning av hälso- och sjukvårdslagstiftningen och om målen för hälso- och sjukvården.

I *avsnitt 2.3* redovisas landstingens ansvar för hälso- och sjukvården och i

avsnitt 2.4 redovisas kommunernas ålagda ansvar för hälso- och sjukvården.

2.2 Allmänt om hälso- och sjukvårdslagstiftningen

Bestämmelserna om hur hälso- och sjukvården skall vara utformad finns i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763, HSL). I lagen anges de övergripande målen för hälso- och sjukvården och vilka krav som kan ställas på vården. Lagen trädde i kraft den 1 januari 1983 (prop. 1981/82:97). Den har sedan ikraftträdandet ändrats vid ett flertal tillfällen. Med hälso- och sjukvård avses enligt 1 § HSL åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador. Till hälso- och sjukvård hör även sjuktransporter samt att ta hand om avlidna. I fråga om tandvård finns särskilda bestämmelser i tandvårdslagen (1985:125, TVL). De inledande och avslutande bestämmelserna i HSL gäller all hälso- och

sjukvård i landet, såväl offentlig som enskild. De övriga bestämmelserna i HSL riktar sig till landstingen (3 - 16 §§) eller till kommunerna (17 - 25 §§). Gemensamma bestämmelser om landstingens och kommunernas hälso- och sjukvård finns i 26, 26 a och 26 b §§ HSL.

I lagen (1998:531) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område (LYHS) finns bestämmelser om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område i fråga bl.a. om skyldigheter för hälso- och sjukvårdspersonalen, behörighets- och legitimationsregler, disciplinpåföljd och återkallelse av legitimation. Med vårdgivare avses enligt LYHS fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt bedriver hälso- och sjukvård.

2.2.1 Hälso- och sjukvårdens mål

Hälso- och sjukvården är en av grundstenarna i den svenska välfärdspolitiken. En väl fungerande vård och omsorg skall erbjudas alla oberoende av bl.a. den enskildes ekonomiska förhållanden. Av 2 § HSL framgår därför att målet för hälso- och sjukvården är en god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen. Vården skall ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Den som har det största behovet av hälso- och sjukvård skall ges företräde till vården. Hälso- och sjukvården skall enligt 2 a § HSL bedrivas så att den uppfyller kraven på en god vård. I bestämmelsen preciseras i fyra punkter vad som särskilt menas med god vård. Således skall vården

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

Vidare skall vården och behandlingen så långt som möjligt utformas och genomföras i samråd med patienten. Varje patient som vänder sig till hälso- och sjukvården skall, om det inte är uppenbart obehövt, snarast ges en medicinsk bedömning av sitt hälsotillstånd.

Patienten skall enligt 2 b § ges en individuellt anpassad information om sitt hälsotillstånd och de metoder för undersökning, vård och behandling som finns. Om information härom inte kan lämnas till patienten skall den i stället lämnas till en närstående till patienten, om hinder inte föreligger på grund av sekretess. Hälso- och sjukvården skall vidare enligt 2 c § arbeta för att förebygga ohälsa. Den som vänder sig till hälso- och sjukvården skall också när det är lämpligt ges upplysningar

om metoder för att förebygga sjukdom eller skada. Det framgår av 2 d § att när någon avlidit skall hälso- och sjukvårdspersonalens uppgifter fullgöras med respekt för den avlidne. De efterlevande skall visas hänsyn och omtanke. Där det bedrivs hälso- och sjukvård skall det enligt 2 e § finnas den personal, de lokaler och den utrustning som behövs för att god vård skall kunna ges.

För att kunna uppnå målen om en god vård ställs olika krav på hälso- och sjukvården. Det gäller krav såväl på hälso- och sjukvårdens organisation och utformning som på hälso- och sjukvårdspersonalens kompetens.

2.3 Landstingens ansvar för hälso- och sjukvården

2.3.1 Inledning

Landstingens ansvar för hälso- och sjukvården framgår av 3 - 16 §§ och 26-26 b §§ HSL. Det framgår av lagtexten att landstingen har det huvudsakliga ansvaret för hälso- och sjukvården. Förutom behandling av patienter skall landstingen dessutom medverka i samhällsplanering och då även ta hänsyn till den vård som ges av privata och andra vårdgivare.

2.3.2 Närmare om landstingens ansvar för hälso- och sjukvården

Av 3 § framgår att varje landsting har det huvudsakliga ansvaret för hälso- och sjukvården. Landstinget skall enligt 3 § erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Även i övrigt skall landstinget verka för en god hälsa hos hela befolkningen. Landstingets ansvar omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som en kommun inom landstinget har ansvaret för. Landstinget skall erbjuda vård inte bara åt personer som är bosatta inom landstinget. Av 4 § följer nämligen att landstinget även skall erbjuda vård åt person som vistas inom landstinget utan att vara bosatt där, om personen behöver omedelbar hälso- och sjukvård. Ett landsting får även enligt 4 § andra stycket erbjuda hälso- och sjukvård åt den som är bosatt i ett annat landsting, om landstingen kommer överens om det.

Ett landsting får enligt 3 § tredje stycket HSL sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för enligt HSL. En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med

stöd av den bestämmelsen överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

Landstinget får även enligt 3 § fjärde stycket träffa överenskommelse med kommun, den allmänna försäkringskassan och länsarbetsnämnden om att inom ramen för landstingets uppgifter enligt HSL samverka i syfte att uppnå en effektivare användning av tillgängliga resurser. Landstinget skall bidra till finansieringen av sådan verksamhet som bedrivs i samverkan.

När det finns flera behandlingsalternativ som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet skall landstinget enligt 3 a § ge patienten en möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar. Landstinget skall ge patienten den valda behandlingen om det med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan och till kostnaderna för behandlingen framstår som befogat. Patienten har emellertid inte rätt till behandling utanför det landsting inom vilket han eller hon är bosatt, om detta kan erbjuda en behandling som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Av sista stycket i 3 § framgår att landstinget skall ge en patient med livshotande eller särskilt allvarlig sjukdom eller skada möjlighet att inom eller utom det egna landstinget få en förnyad medicinsk bedömning i det fall vetenskap och beprövad erfarenhet inte ger entydig vägledning och det medicinska ställningstagandet kan innebära särskilda risker för patienten eller har stor betydelse för dennes framtida livskvalitet. Patienten skall erbjudas den behandling som den förnyade bedömningen kan föranleda.

Landstinget skall också enligt 3 b § erbjuda dem som är bosatta inom landstinget eller som är kvarskrivna enligt 16 § folkbokföringslagen (1991:481) och stadigvarande vistas där rehabilitering och rehabilitering, hjälpmedel för funktionshindrade och olika tolktjänster. Landstingets ansvar omfattar emellertid inte rehabilitering, rehabilitering och hjälpmedel som en kommun inom landstinget har ansvar för. Landstinget skall planera rehabilitering, rehabilitering eller tillhandahållande av hjälpmedel i samverkan med den enskilde.

Det skall enligt 5 § finnas sjukhus för de patienter som är i behov av hälso- och sjukvård som kräver intagning i vårdinrättning. Vård som ges under sådan intagning benämns sluten vård. Annan hälso- och sjukvård benämns öppen vård. Landstinget har även att organisera primärvården så att alla som är bosatta inom landstinget får tillgång till och kan välja en fast läkarkontakt. Primärvården skall som en del av den öppna vården utan avgränsning vad gäller sjukdomar, ålder eller patientgrupper svara för befolkningens behov av sådan grundläggande medicinsk behandling, omvårdnad, förebyggande arbete och rehabilitering som inte kräver sjukhusens medicinska och tekniska resurser eller annan särskild kompetens.

Landstinget svarar enligt 6 § även för att det inom landstinget finns en ändamålsenlig organisation för att till och från sjukhus eller läkare transportera personer vilkas tillstånd kräver att transporten utförs med transportmedel som är särskilt inrättade för ändamålet.

Av 7 § HSL följer att landstinget skall planera sin hälso- och sjukvård med utgångspunkt i befolkningens behov av sådan vård. Planeringen skall avse även den hälso- och sjukvård som erbjuds av privata och andra vårdgivare. I planeringen och utvecklingen av hälso- och sjukvården skall landstinget samverka med samhällsorgan, organisationer och privata vårdgivare (8 §).

Ledningen av hälso- och sjukvården skall enligt 10 § utövas av en eller flera nämnder. För en sådan nämnd gäller vad som är föreskrivet om nämnder i kommunallagen (1991:900, KommL).

2.4 Kommunernas ansvar för hälso- och sjukvården

2.4.1 Inledning

Vården av gamla och handikappade var ursprungligen en uppgift för familjen. Samhället var enbart skyldigt att ta hand om fattiga och ensamstående sjuka. I anledning härav inrättade kommunerna fattigvårdsanstalter och senare ålderdomshem. Med tiden restes krav på att vården av kroniskt sjuka skulle tillhöra den allmänna sjukvården och således avskiljas från kommunernas fattigvård. Från år 1951 kom därför ansvaret för de långvarigt eller kroniskt sjuka att delas upp mellan kommuner och landsting.

Under 1960- och 70-talen kom långtidssjukvården att byggas ut kraftigt. I mitten av 70-talet kom Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet överens om enhetliga regler för ekonomisk ersättning från landsting till kommuner för de boende på kommunernas ålderdomshem, som av läkare hade bedömts vara långtidssjuka. Under denna tid kom den somatiska långvården att byggas ut, främst i syfte att skilja vården av de långtidssjuka från de kommunala boendeformerna.

Under 1980-talet skedde en utveckling av sjukvården i hemmet, bl.a. genom den sociala hemtjänsten. Detta skedde eftersom kvalificerad omvårdnad kunde erbjudas i ordinärt boende och i särskilda boendeformer. Det medförde att kommunerna återigen fick ett stort ekonomiskt ansvar för vården av gamla och handikappade.

I dag finns i socialtjänstlagen (1980:620; SoL) bestämmelser om kommunernas ansvar för socialtjänsten. Enligt 3 § SoL har kommunerna det yttersta ansvaret för att de som vistas i kommunen får det stöd och

den hjälp som de behöver. Kommunernas allmänna skyldigheter i fråga om omsorgen om äldre människor och människor med handikapp, anges också i lagen.

2.4.2 Ädelreformen

Under början av 1990-talet konstaterades att många ofta behövde hjälp såväl av hälso- och sjukvården som av socialtjänsten. Personalgrupper med olika kompetens behövdes därför för att tillgodose behoven. Landstinget hade ansvaret för hälso- och sjukvårdsverksamheten medan kommunerna hade ansvaret för socialtjänsten. Dåvarande regering ansåg att uppdelningen av huvudmännens ansvarsområden försvårade tillämpningen av en helhetssyn på det praktiska arbetet. Vidare konstaterade regeringen (prop. 1990/91:14) att en omstrukturering av resursanvändningen från institutionsvård till stöd i eget boende hade inneburit att kommunernas ekonomiska ansvar hade vidgats, eftersom kommunerna svarade för merparten av kostnaderna för stödet i eget boende.

Den 1 januari 1992 genomfördes den s.k. Ädelreformen. Reformen innebar att kommunerna fick det samlande ansvaret för långvarig service och vård till äldre och handikappade. Enligt 20 § andra stycket och 21 § andra stycket SoL fick kommunerna en skyldighet att inrätta särskilda boendeformer för service och omvårdnad om äldre människor med behov av särskilt stöd och av människor som av fysiska eller psykiska eller andra skäl möter betydande svårigheter i sin livsföring. Kommunerna fick också ansvaret för hemsjukvården exklusive läkarinsatserna i de särskilda boendeformerna. Vidare övertog kommunerna ansvaret för driften av sjukhem och andra vårdinrättningar för somatisk långtidsvård enligt lag (1990:1402) om övertagande av vissa sjukhem och andra vårdinrättningar. Ädelreformen innebar således att kommunerna fick ett samlat ansvar för äldrevården. Tidigare hade kommunerna ansvar för servicehus och ålderdomshem. Ädelreformen innebar alltså att kommunerna också skulle ansvara för sjukhem, gruppboende och dagverksamhet, dvs. verksamhet som landstingen tidigare hade haft ansvaret för.

Kommunernas skyldigheter vad avser hälso- och sjukvård anges i 17-21 §§ HSL. Av nämnda bestämmelser framgår bl.a. att varje kommun skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som bor i sådana boendeformer som avses i 20 eller 21 § SoL. Kommunerna får även enligt 18 § andra stycket HSL erbjuda dem som vistas i kommunen hälso- och sjukvård i hemmet. Om avtal träffas mellan en kommun och ett landsting och om regeringen medger det får landstinget till en kom-

mun inom landstinget överlåta skyldigheten att erbjuda hemsjukvård. Av 18 § fjärde stycket framgår emellertid att kommunens ansvar eller befogenheter inte omfattar sådan hälso- och sjukvård som ges av läkare.

När det finns flera behandlingsalternativ, som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, skall kommunen enligt 18 a § ge den som omfattas av sådan hälso- och sjukvård som kommunen ansvarar för möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar. Kommunen skall erbjuda den valda behandlingen om det med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan och till kostnaderna för behandlingen framstår som befogat. Den enskilde har emellertid inte rätt till behandling utanför den kommun inom vilken han eller hon är bosatt, om kommunen kan erbjuda en behandling som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Kommunerna skall enligt 20 § HSL planera sin hälso- och sjukvård med utgångspunkt i befolkningens behov av sådan vård.

Av 18 § sista stycket HSL framgår att en kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen enligt lagen ansvarar för. Till följd härav drivs i dag med offentlig finansiering bl.a. ett flertal sjukhem av privata företag eller av stiftelser och andra ideella organisationer. Kommunens planering av hälso- och sjukvården skall avse även den hälso- och sjukvård som erbjuds av privata och andra vårdgivare. I planeringen och utvecklingen av hälso- och sjukvården skall kommunen därvid enligt lagen samverka med samhällsorgan, organisationer och privata vårdgivare.

Äldreomsorgens ansvarsområde avser personer över 65 år och omfattar insatser enligt SoL. Omsorg om funktionshindrade (handikappomsorgen) omfattar personer yngre än 65 år. Handikappomsorgen regleras enligt SoL och lagen (1993:387) om stöd och service för vissa funktionshindrade (LSS). Den som inte själv kan tillgodose sina behov eller kan få dessa tillgodosedda på annat sätt har enligt 6 f § SoL rätt till bistånd av socialnämnden för sin försörjning (försörjningsstöd) och för sin livsföring i övrigt (annat bistånd) på de villkor som anges i lagen. Med annat bistånd avses enligt 6 f § hjälp i hemmet samt särskilt boende för service och omvårdnad för äldre eller bostad med särskild service för funktionshindrade.

2.4.3 Kommunernas ansvar för stöd och service till vissa funktionshindrade

1 § LSS innehåller bestämmelser om insatser för särskilt stöd och särskild service åt personer

1. med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd,
2. med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom eller
3. med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service.

Enligt 7 § LSS har personer som anges i 1 § rätt till insatser i form av särskilt stöd och särskild service om de behöver sådan hjälp i sin livsföring och om deras behov inte tillgodoses på annat sätt. Den enskilde skall genom insatserna tillförsäkras goda levnadsvillkor. Insatserna skall vara varaktiga och samordnade. De skall anpassas till mottagarens individuella behov samt utformas så att de är lätt tillgängliga för de personer som behöver dem och stärka deras förmåga att leva ett självständigt liv.

Insatserna för särskilt stöd och service är enligt 9 §

1. rådgivning och annat personligt stöd som ställer krav på särskild kunskap om problem och livsbetingelser för människor med stora och varaktiga funktionshinder,
2. biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäligen kostnader för sådan assistans, till den del behovet av stöd inte täcks av beviljade assistanstimmar enligt lagen (1993:389) om assistansersättning,
3. ledsagarservice,
4. avlösarservice i hemmet,
5. korttidsvistelse utanför det egna hemmet,
6. korttidstillsyn för skolungdom över 12 år utanför det egna hemmet i anslutning till skoldagen samt under lov,
7. boende i familjehem eller bostad med särskild service för barn eller ungdomar som behöver bostad utanför föräldrahemmet,
8. bostad med särskild service för vuxna eller annan särskild anpassad bostad för vuxna,
9. daglig verksamhet för personer i yrkesverksam ålder som saknar förvärvsarbete och inte utbildar sig.

Varje kommun skall enligt 2 § andra stycket, om inte annat avtalats, svara för insatser enligt 9 § punkt 2 -10. En kommun får enligt 17 § LSS med bibehållet ansvar sluta avtal med någon annan om att tillhandahålla insatser enligt lagen. Vidare får ett landsting eller en kommun som ingår i landstinget enligt 17 § andra stycket träffa avtal om att ansvar för en

eller flera uppgifter enligt lagen överläts från landstinget till kommunen eller från kommunen till landstinget.

2.4.4 Försöksverksamhet med kommunal primärvård

Primärvården är basen i den svenska hälso- och sjukvården. Med begreppet primärvård avses en vårdnivå som skall kunna tillgodose befolkningens grundläggande behov av hälso- och sjukvård. En betydande del av den vård som lämnas av sjukvårdshuvudmännen tillhandahålls som primärvård vid vårdcentraler och vårdhem. Primärvården omfattar således basal medicinsk behandling, omvårdnad, förebyggande arbete och rehabilitering utan avgränsning vad gäller sjukdomar, ålder eller patientgrupp (se prop. 1994/95:195 sid. 46). Av 5 § HSL framgår att primärvården skall som en del av den öppna vården, utan avgränsning vad gäller vad gäller sjukdom, ålder eller patientgrupp, svara för befolkningens behov av sådan grundläggande medicinsk behandling, omvårdnad, förebyggande arbete och rehabilitering som inte kräver sjukhusens medicinska och tekniska resurser eller annan särskild kompetens. Primärvården skall således kunna erbjuda ett brett och blandat vårdutbud av olika yrkesgrupper.

Landstingen har, som tidigare nämnts, enligt 5 § skyldighet att organisera primärvården så att alla som är bosatta inom landstinget får tillgång till och kan välja en fast läkarkontakt. Under senare tid har frågan om ett kommunalt övertagande av primärvården aktualiserats. I anledning därav har försöksverksamhet med kommunal primärvård bedrivits sedan 1985. Försöksverksamheten har varit av begränsad omfattning. Den har reglerats i lagen (1985:1089) om försöksverksamhet inom hälso- och sjukvårdens område och i lagen (1991:1136) om försöksverksamhet med kommunal primärvård. Giltighetstiden för den sistnämnda lagen har med en del förändringar förlängts och gäller alltså.

1985 års lag innebar att vissa kommuner fick möjlighet att träffa avtal med ett landsting om att överta driftansvaret för primärvården. Landstinget behöll emellertid huvudmannaskapet för den överlåtna verksamheten (prop. 1985/86:42, SoU 8, rskr. 100). Lagen var tidsbegränsad och gällde fram till utgången av år 1996.

Enligt lag (1991:1136) om försöksverksamhet med kommunal primärvård får en kommun erbjuda viss hälso- och sjukvård (primärvård) om landstinget och kommunen är överens om det och om Socialstyrelsen har lämnat sitt tillstånd därtill. Om viss tandvård (distriktstadvård) bedrivs som en integrerad del av primärvården får även denna tandvård ingå i försöksverksamheten. Kommunen har då enligt 3 § i lagen om försöksverksamhet med kommunal primärvård att erbjuda en god

primärvård åt dem som är bosatta inom det område som omfattas av försöksverksamheten och därvid verka för en god hälsa hos hela befolkningen. Enligt 3 § tredje stycket, får kommunen därvid sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen ansvarar för enligt lagen. Emellertid får kommunen inte med stöd av lagen överlåta en uppgift som innefattar myndighetsutövning till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller till en enskild individ. Till skillnad från 1985 års lag övergår under försöksperioden huvudmannskapet för primärvården till kommunerna (prop. 1990/91:121). Kommunen har också att erbjuda primärvård åt personer som omedelbart behöver hälso- och sjukvård, som faller inom primärvården, och som för tillfället vistas inom området som omfattas av försöksverksamheten. Enligt 4 a § skall kommunen organisera primärvården så att alla som är bosatta inom det område som omfattas av försöksverksamheten får tillgång till och kan välja en fast läkarkontakt. Även denna lag är tidsbegränsad och gällde ursprungligen fram till år 1998.

I prop. 1997/98:113 *Nationell handlingsplan för äldre politiken* konstaterades att det finns vissa rättsliga hinder för att skapa den organisation och samordning av vården som är önskvärd. Regeringen gav därför i propositionen uttryck för att de lagliga förutsättningarna för samverkan bör stärkas och uttalade att regeringen har för avsikt att återkomma med erforderliga förslag till lagändringar för att åstadkomma detta. Mot bakgrund härav uttalade regeringen i prop. 1997/98:189 *Patientens ställning* att den ansåg det olämpligt att nu mer långsiktigt ta ställning till den pågående försöksverksamheten med kommunal primärvård. I propositionen föreslog man därför att försöksverksamheten med kommunal primärvård skulle förlängas till utgången av år 1999. Socialutskottet ställde sig, i sitt av riksdagen bifallna betänkande, bakom den i propositionen föreslagna fortsatta giltighetstiden (1998/99:SoU3, rskr. 1998/99:54). I budgetpropositionen som lämnades i september 1999 (prop. 1999/2000:1 utgiftsområde 9) föreslog regeringen att försöksverksamheten med kommunal primärvård skall förlängas ytterligare, nu fram till och med utgången av år 2001. I avsnitt 15.5.3 och 15.5.4 redogör utredningen ytterligare för försökslagen och det pågående utredningsarbetet angående landstings och kommuners möjligheter att samverka kring vård och omsorg.

3 Den privat bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården

3.1 Inledning

Den svenska hälso- och sjukvården bedrivs i huvudsak i offentlig regi. Inom den öppna hälso- och sjukvården finns ett större inslag av privat bedriven vård än inom den slutna vården. Med slutna hälso- och sjukvård avses, som tidigare nämnts, enligt 5 § HSL hälso- och sjukvård som ges vid intagning i vårdinrättning. Annan hälso- och sjukvård benämns enligt bestämmelsen öppen vård.

Regeringen har vid ett flertal tillfällen uttalat att den ser positivt på att det finns ett varierat vårdutbud med olika driftformer. I prop. 1996/97:123 *Privata vårdgivare* (sid. 11) uttalades att valet av vårdgivare i första hand bör styras av verksamhetens inriktning, tillgänglighet, kvalitet och kostnadseffektivitet. Vidare uttalades att förskjutningen mot öppenvård kan förväntas fortsätta bl.a. till följd av utvecklingen av den medicinska teknologin. Detta bör enligt regeringens uppfattning underlätta möjligheterna att bedriva verksamhet i privat regi med offentlig finansiering. I många landsting och kommuner pågår därför ett intensivt förändringsarbete i syfte att renodla och effektivisera verksamheten. Under de senaste åren har alla landsting och nära två tredjedelar av landets kommuner (Konkurrens för fortsatt välfärd ?- om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftformer; Svenska Kommunförbundet 1999) beslutat om organisationsförändringar eller nya verksamhetsformer. Att skapa valfrihet och mångfald har varit ett av motiven för förändringsarbetet. Härigenom blir det möjligt att tillfredsställa ett större antal kunders olika önskemål jämfört med om det bara finns en producent.

I detta kapitel beskrivs vilka legala möjligheter och begränsningar som finns när ett landsting eller en kommun överväger att öka inslagen av alternativa driftformer i sin verksamhet. I kapitlet ges också en beskrivning av de statligt reglerade ersättningssystemen för den privat bedrivna offentligt finansierade vården.

I *avsnitt 3.2* lämnas bl.a. en redogörelse för innebörden av begreppet alternativa driftformer. I *avsnittet* ges också en redogörelse för möjligheten för en myndighet som t.ex. ett landsting eller en kommun att

överlämna en förvaltningsuppgift till en privat entreprenör. Det lämnas även en beskrivning av innebörden av det offentliga huvudmannaskapet.

I *avsnitt 3.3* beskrivs de åtgärder som den enskilde vårdgivaren kan drabbas av vid felbehandling av patient.

I *avsnitt 3.4* lämnas därefter en historisk redogörelse för de offentliga ersättningsystemen inom hälso- och sjukvården.

I *avsnitt 3.5* redovisas därpå nu gällande ersättningsregler för privatpraktiserande vårdgivare med offentlig finansiering.

En del av landets kommuner tillämpar ett s.k. kundvalssystem eller checksystem. Detta innebär att kommunen inbjuder privata utförare att på lika villkor konkurrera med den verksamhet som bedrivs inom kommunens egna regi. Eftersom kundvalssystemet är ett sätt att finansiera den privat bedrivna vården sker en redogörelse för systemet i detta kapitel under *avsnitt 3.6*.

I *avsnitt 3.7* lämnas därefter en redogörelse för stiftelser och ideella organisationers hälso- och sjukvårdsverksamhet.

Utredningen har också enligt tilläggsdirektiven att analysera frågan om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som en uppdragstagare, arbetstagare eller företagare vid de situationer som utredaren närmare skall analysera.

I *avsnitt 3.8* ges därför en kort redogörelse för arbetstagarbegreppet.

Slutligen lämnas i *avsnitten 3.9* och *3.10* vissa statistiska uppgifter angående omfattningen av alternativa driftformer inom landstingen och kommunerna.

3.2 Innebörden av begreppet alternativa driftformer

3.2.1 Inledning

Landstingen har, som tidigare nämnts, huvudansvaret för hälso- och sjukvården. Landstingens ansvar omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som en kommun inom landstinget har ansvaret för.

Merparten av den svenska hälso- och sjukvården bedrivs i offentlig regi. En kommun eller ett landsting kan emellertid, om kommunen eller landstinget bedömer att man inom sin egen organisation själv lämpligen inte fullföljer uppgiften, eller om man av annat skäl finner det lämpligt, besluta att uppdra åt annan att mot ersättning ombesörja driften av en verksamhet som kommun eller landsting har ansvar för. I många landsting och kommuner pågår ett förändringsarbete vad gäller antagande av olika konkurrensprogram i syfte att bl.a. renodla och

effektivisera verksamheten. Att skapa valfrihet och mångfald i serviceutbudet är ett annat motiv för förändringsarbetet.

Verksamheten kan överlätas till en privat entreprenör (exempelvis ett aktiebolag eller en stiftelse). Den privata entreprenören fullgör därefter den avtalade uppgiften med offentlig finansiering. Kommunen eller landstinget ansvarar dock alltjämt i egenskap av finansiär och huvudman för vården och för den utlagda verksamhetens innehåll. Enligt 3 kap. 19 § KommL skall fullmäktige i dessa situationer därför se till att kommunen respektive landstinget tillförsäkras en möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten.

Hälso- och sjukvårdsverksamhet kan naturligtvis även bedrivas helt i privat regi utan inslag av offentlig finansiering. I dessa fall ansvarar inte landsting eller kommun i egenskap av huvudman för verksamhetens innehåll.

Med alternativa driftformer inom hälso- och sjukvården avses i detta betänkande verksamheter som har utförts eller kan utföras i förvaltningsform men som i stället överlämnas till att drivas av en privaträttslig person eller organisation (aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag, stiftelser, ekonomisk eller ideell förening) och som också samtidigt är helt eller delvis offentligt finansierad. Med alternativ driftform inom hälso- och sjukvården avses således inte den privat bedrivna vården som utförs av en vårdgivare som inte enligt avtal eller särskild reglering har rätt till offentlig finansiering. Sådan privat vård behandlas inte i betänkandet.

3.2.2 Överlämnande av förvaltningsuppgift till en privat entreprenör

En grundläggande förutsättning för att en kommun eller ett landsting skall kunna anlita en extern producent för att utföra en tjänst är att landstinget eller kommunen har stöd i lag för att driva den verksamhet som är aktuell att lägga ut på entreprenad. Verksamheten måste således vara förenlig med den allmänna kompetens som följer av 2 kap. KommL eller den särskilda kompetens som följer av speciallagstiftning.

Förutsättningarna för att en förvaltningsuppgift skall kunna överlämnas till en privat entreprenör är angivna i 11 kap. 6 § tredje stycket Regeringsformen (RF). Där anges att förvaltningsuppgift kan överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelser eller enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning skall det ske med stöd av lag.

Motsvarande bestämmelser som i 11 kap. 6 § tredje stycket RF har tagits in i 3 kap. 16 § första och andra styckena KommL och i 3 § tredje stycket samt 18 § femte stycket HSL. I KommL anges även att ett över-

lämnande, dvs. slutande av entreprenadavtal, måste föregås av fullmäktigebeslut. Fullmäktige behöver dock inte godkänna varje entreprenadavtal utan kan fatta ett övergripande beslut om nämndernas möjligheter att lägga ut verksamheten på entreprenad.

De alternativa driftformer som redovisas i detta betänkande är

1. driftentreprenad,
2. kommunala företag,
3. kundvalssystem med enskilda utförare (checksystemet) och
4. köp av enstaka tjänster.

Driftentreprenad

Driftentreprenad inom hälso- och sjukvården innebär att en kommun eller ett landsting, mot ersättning för utförda tjänster, anlitar en extern producent för en viss uppgift som annars skulle ha utförts i kommunens eller landstingets egen regi. Kommunen eller landstinget har, trots överlåtande av uppgiften, kvar huvudmannskapet och därigenom också det yttersta ansvaret för verksamheten och skall se till att den anlitate entreprenören uppfyller de bestämmelser som gäller för verksamheten. Innehållet i entreprenadavtalet är därför enligt regeringen (prop. 1993/94:188, *Lokal demokrati*, sid. 40) av största vikt för att kommunerna och landstingen skall kunna fullgöra sitt ansvar gentemot sina medlemmar.

Entreprenadavtalet är vid sidan av den associationsrättsliga lagstiftningen och de särskilda regler om privat bedriven verksamhet som gäller enligt bl.a. HSL och LYHS det som styr verksamheten sedan den överlämnats. Det är enligt skrivningar i ovan nämnda proposition kommunen eller landstinget och inte primärt entreprenören som inför medlemmarna ansvarar för att den av entreprenören bedrivna verksamheten uppfyller samma kvalitetskrav som den som bedrivs av kommunen eller landstinget. Enligt regeringen måste man därför avtalsvägen genom särskilda villkor skapa garantier för att entreprenören beaktar de allmänna regler som gäller för offentlig förvaltning. Vidare bör avtalen enligt regeringen innehålla de kvantitativa och kvalitativa mål och riktlinjer som skall gälla för verksamheten. Det måste dessutom innehålla möjligheter för kommunen eller landstinget att häva avtalet om verksamheten skulle slå fel.

Regeringen uttalade vidare i propositionen (sid. 41) att det i avtalet bör framgå att huvudmannen skall ha rätt att följa och inspektera verksamheten. Av 3 kap. 19 § KommL framgår därför att innan en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet så

skall fullmäktige se till att kommunen respektive landstinget tillförsäkras en möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten.

Enligt regeringens mening skall vårdgivaren inom hälso- och sjukvården utveckla metoder för att noga följa och analysera utvecklingen vad gäller kvalitet och säkerhet. Det gäller t.ex. system som synliggör förekomsten av risktillbud eller s.k. avvikande händelser (onormala vårdtider, infektioner, komplikationer m.m.) eller som mäter servicegrad patienttillfredsställelse osv. I 31 § HSL anges därför att hälso- och sjukvård systematiskt och fortlöpande skall utveckla och säkra kvaliteten i verksamheten. Det innebär att en uppföljning och värdering av verksamhetens kvalitet och resultat skall göras. Det är inte angivet hur kontrollen skall ske utan det får regleras genom verkställighetsföreskrifter (prop. 1995/96:176, *Förstärkt tillsyn över hälso- och sjukvården*, sid. 53 f.).

Kommunala företag

Kommuner och landsting har i enlighet med 3 kap. 16-19 §§ KommL rätt att, efter beslut av fullmäktige, lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ. Kommuner och landsting kan således välja att driva kommunal verksamhet i privaträttslig form. I 3 kap. 16 § KommL regleras de legala förutsättningarna för företagsbildning. I bestämmelsens andra stycke erinras om att vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning dock, enligt 11 kap. 6 § RF, endast kan överlämnas om det finns stöd för det i lag. De legala villkor som gäller för överlämnande av en kommunal angelägenhet till ett av kommunen eller landstinget helägt företag regleras i 3 kap. 17 §, till delägda företag i 18 § och till företag som helt ägs av annan än kommunen eller landstinget i 19 §.

De aktuella bestämmelserna i 3 kap. 16-19 §§ KommL anges i lagtexten under rubriken *Kommunala företag*. Bestämmelserna avser dock företag med tre helt skilda ägarförhållanden av vilka företag enligt 3 kap. 19 § inte till någon del ägs av kommunen eller landstinget. Bestämmelserna anger också olika villkor för överlämnandet av en kommunal angelägenhet till företag med olika ägarförhållanden.

Kommunala företag betraktas som privaträttsliga organ för "vård av kommunala angelägenheter" (prop. 1990/91:117, *om en ny kommunallag*, sid. 161 och 1990/91:KU38 sid. 43). Bolaget anses således bedriva kommunal verksamhet. När kommuner eller landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till en privaträttslig organisation enligt 3 kap. 17-18 §§ KommL är verksamheten att betrakta som enskild

trots att kommunen eller landstinget helt eller delvis äger subjektet (SOU 1982:13, Kommunalföretaget sid. 54).

Kundvalsupphandling med check

När en privat utförare anlitas inom ramen för ett kundvalssystem föreligger en alternativ driftform. Kundvalsmodellen med privat utförare förekommer, bl.a. inom äldrevården. Kundvalssystemet är i första hand ett system för att öka valfriheten för användarna.

Köp av enskilda tjänster

Kommuner och landsting har sedan länge anlitat privata utförare för bl.a. placering i olika former av boende för äldre och handikappade. Dessa tjänster är ofta utformade för att passa enskilda individers behov.

3.2.3 Det offentliga huvudmannskapet

Det offentliga huvudmannskapet innebär att det, när en entreprenör ges i uppdrag att ombesörja driften av en kommunal- eller landstingsdriven verksamhet, fortfarande är fråga om en offentlig verksamhet i förhållande till kommuninvånarna/användarna. Kommunen eller landstinget svarar i egenskap av huvudman fortfarande för verksamhetens innehåll och ansvarar enligt 3 kap. 19 § KommL för kontroll och uppföljning av att entreprenören fullgör sitt åtagande enligt kontraktsvillkoren. Huvudmannskapet innebär att kommunen eller landstinget tar befattning med verksamheten i alla frågor som inte hör till den löpande driften. Verksamheten är alltså en kommunal eller landstingskommunal angelägenhet. Kommunen eller landstinget beslutar om verksamhetens mål, inriktning, uppföljning och utvärdering, eventuella kompletterande insatser samt om sådana uppgifter som den offentlige huvudmannen inte kan överlåta till den externa producenten att fatta beslut om, såsom t.ex. taxor och avgifter.

Således kan driften av offentligt bedriven och skattefinansierad verksamhet på ovan angjorda och föreskrivna villkor överlämnas till en privat entreprenad på den allmänna marknaden. I debatten har ofta marknadsorientering, konkurrensutsättning och bolagisering m.m. på ett missvisande sätt betecknats som privatisering. Med begreppet privatisering avses i detta betänkande att det allmänna frånhänder sig ansvaret för en uppgift som tidigare bedrivits i offentlig regi eller i vart fall med stöd av offentliga medel. Det allmänna avvecklar således både

driftansvaret och finansieringsansvaret för verksamheten (SOU 1995:105; Konkurrens i balans, sid. 39 f.). Överlämnande av en kommunal eller landstingskommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ enligt 3 kap. 17-19 §§ KommL innebär med denna definition inte någon privatisering.

3.3 Åtgärder vid vårdgivares felbehandling

3.3.1 Inledning

Kommunen respektive landstinget har det primära juridiska ansvaret gentemot dem som använder sig av tjänster, utförda av extern producent/privat entreprenör som anlitas av kommun eller landsting. Entreprenören å sin sida ansvarar gentemot kommunen eller landstinget för att åtagandet fullföljs. Entreprenören kan vidare bli ansvarig för skada som han eller hans anställda vållar kommunen, landstinget eller brukarna/patient. Nedan följer en redogörelse för patientens rätt till ersättning vid felbehandling. Vidare sker en beskrivning av patientskadelagens regler om patientskadeersättning.

LYHS riktar sig till hälso- och sjukvårdspersonalen. Lagen trädde i kraft den 1 januari 1999. Genom lagen skedde, utöver vissa nyheter i sak, en samordning av lagen (1960:409) om förbud i vissa fall mot yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område, lagen (1984:542) om behörighet att utöva yrke inom hälso- och sjukvården m.m., lagen (1994:953) om åligganden för personal inom hälso- och sjukvården, lagen (1994:954) om disciplinpåföljd m.m. på hälso- och sjukvårdens område och lagen (1996:786) om tillsyn över hälso- och sjukvården. Fyra nya yrkesgrupper, apotekare, receptarier, arbetsterapeuter och sjukhusfysiker, kom att omfattas av bestämmelserna om legitimation. Som ett komplement till legitimationen kom även de yrkesgrupper som i dag kan erhålla legitimation också i samband härmed som huvudregel att få ett skydd för sin yrkestitel. Vissa yrkesgrupper som inte tidigare omfattats av legitimationsreglerna, nämligen audionomer, biomedicinska analytiker, dietister och ortopedingenjörer, omfattas enligt lagen av en särskilt skyddad yrkestitel. Denna rätt är enligt lagen inte knuten till legitimationen utan till ett visst examensbevis eller kompetensbevis. Yrkesutövare som använder en skyddad yrkestitel vid verksamhet inom hälso- och sjukvården ställs därigenom under samhällets tillsyn. Genom lagen infördes även en möjlighet att föreskriva en treårig provotid för legitimerad personal och en möjlighet att interimistisk återkalla legitimation vid vårdgivares grova oskicklighet eller uppenbara

olämplighet. Vidare förlängdes den absoluta preskriptionstiden för åläggande av disciplinpåföljd till tio år.

I 1 kap. 4 § LYHS anges vem som avses vara hälso- och sjukvårdspersonal; nämligen

1. den som har legitimation eller med stöd av 3 kap. 6 § använder en skyddad yrkestitel för yrke inom hälso- och sjukvården,
2. personal som är verksam vid sjukhus och andra vårdinrättningar och som medverkar i hälso- och sjukvård av patienter,
3. den som i annat fall vid hälso- och sjukvård av patienter biträder en legitimerad yrkesutövare,
4. övrig personal inom sådan detaljhandel med läkemedel som omfattas av särskilda föreskrifter och personal som är verksam inom den särskilda giftinformationsverksamheten vid Apoteket Aktiebolag och som tillverkar eller expedierar läkemedel eller lämnar råd och upplysningar,
5. personal vid larmcentral som förmedlar hjälp eller lämnar råd och upplysningar till vårdsökande,
6. andra grupper av yrkesutövare inom hälso- och sjukvården som skall omfattas av lagen enligt föreskrifter som meddelas av regeringen, eller
7. den som i annat fall enligt föreskrifter som har utfärdats med stöd av denna lag tillhandahåller tjänster inom yrket under ett tillfälligt besök i Sverige utan att ha svensk legitimation för yrket.

Lagen gäller såväl yrkesutövare verksamma i privat regi som yrkesutövare verksamma i offentlig regi.

I 2 kap. anges hälso- och sjukvårdspersonalens skyldigheter. Där framgår bl.a. att den som tillhör hälso- och sjukvårdspersonalen skall utföra sitt arbete i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Om den som tillhör hälso- och sjukvårdspersonalen uppsåtligen eller av oaktsamhet inte fullgör sådan skyldighet som följer av 2 kap. 1, 2, 2 a, 4, 6, 8 eller 9 § LYHS eller någon annan föreskrift som har direkt betydelse för säkerheten i vården får disciplinpåföljd enligt 5 kap. 3 § åläggas. Disciplinpåföljd får även, om det finns särskilda skäl för det, åläggas den som har tillhört hälso- och sjukvårdspersonalen, men inte längre gör det. Med disciplinpåföljd avses erinran eller varning. Enligt 5 kap. 6 § kan en prøvotid om tre år föreskrivas för den som fått legitimation att utöva ett yrke inom hälso- och sjukvården om denne varit oskicklig vid utövningen av sitt yrke eller på annat sätt visat sig olämplig för yrket och varning inte framstår som en tillräckligt ingripande åtgärd. Legitimation kan återkallas bl.a. om den legitimerade varit grovt oskicklig eller på annat sätt visat sig uppenbart olämplig att utöva yrket eller ålagts prøvotid och under prøvotiden på nytt varit oskicklig vid

utövningen av sitt yrke eller på annat sätt visat sig olämplig att utöva yrket.

Patienten har i princip rätt att utfå ersättning för skada som denne drabbats av i sina kontakter med hälso- och sjukvården. Nedan följer en redogörelse för patientens ersättningsrätt vid felbehandling och vårdgivarens disciplinansvar.

3.3.2 Patientens ersättningsrätt vid felbehandling

Någon särreglering av skadeståndsansvaret för skador som drabbat patienter vid deras kontakt med hälso- och sjukvården fanns ursprungligen inte. Den drabbade patienten var hänvisad enbart till de allmänna skadeståndsreglerna i skadeståndslagen (1972:207, SkL).

Enligt huvudregeln i 2 kap. 1 § SkL skall var och en som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar bl.a. personskada ersätta skadan. I 3 kap. 1 § finns bestämmelser om det s.k. principalansvaret. Detta innebär att den som har arbetstagare i sin tjänst skall ersätta bl.a. personskada som arbetstagaren vållar genom fel eller försummelse i tjänsten. Principalansvaret gäller för såväl offentliga som privata arbetsgivare.

Skadestånd till den som tillfogats personskada omfattar enligt 5 kap. 1 § ersättning för sjukvårdskostnad och andra utgifter, för inkomstbortfall och för ideell skada, dvs. sveda och värk, för lyte eller annat stadigvarande men samt olägenheter i övrigt till följd av skadan. Om en personskada lett till döden utgår ersättning enligt 5 kap. 2 § för begravningskostnader och andra skäligena kostnader med anledning av dödsfallet samt i vissa fall till efterlevande för förlust av underhåll.

En patient som drabbas av en skada inom hälso- och sjukvården och som vill föra talan om ersättning av vårdgivaren enligt SkL måste bevisa att skadan orsakats av fel eller försummelse av vårdgivaren eller dennes anställda och att skadan är en direkt följd av en felaktig behandling. Av rättspraxis framkom emellertid att det var svårt för patienten att visa att skadan uppkommit genom fel eller försummelse av någon inom hälso- och sjukvårdspersonalen i samband med behandlingen. En av anledningarna till detta var att förhållandena inom hälso- och sjukvården ofta är komplicerade och svåra att utreda utan sakkunskap. Att få ersättning den skadeståndsrättsliga vägen kunde därför ofta bli en både långdragen och kostsam process för patienten. Dessa svårigheter uppmärksammades i samband med tillkomsten av SkL. Bland annat ifrågasattes om inte vårdgivaren skulle vara skyldig att lämna ersättning till patienten oberoende av om fel eller försummelse kunde läggas hälso- och sjukvårdspersonalen till last. Tillräckliga skäl för en sådan ordning ansågs dock inte föreligga.

Svårigheterna för patienter att få ersättning för behandlingsskador genom det skadeståndsrättsliga systemet ledde till skapandet av en patientförsäkring. Den tillkom den 1 januari 1975 genom ett avtal mellan de offentliga sjukvårdshuvudmännen och ett konsortium av försäkringsbolag. Patientförsäkringen omfattade den av de offentliga sjukvårdshuvudmännen i Sverige bedrivna hälso- och sjukvården. Även vård som bedrevs av privata vårdgivare genom vårdavtal med offentlig vårdgivare omfattades. Vid utgången av år 1994 upphörde konsortiet för patientförsäkring. Anledningen till detta var att sammanslutningen inte ansågs förenlig med konkurrensbegränsningsförbudet i konkurrenslagen.

I prop. 1995/96:187 om *patientskadela*g m.m. konstaterade regeringen att patienterna är en utsatt grupp och att det fanns behov av ett särskilt system för ersättning av skador som drabbar dem i samband med behandling inom hälso- och sjukvården. I anledning härav föreslog regeringen att en patientskadelag skulle införas. Patientskadelagen (1996:799) trädde därefter i kraft den 1 januari 1997.

3.3.3 Patientskadelagen

I patientskadelagen finns bestämmelser om rätt till patientskadeersättning och om skyldighet för vårdgivaren att ha en patientförsäkring som täcker sådan ersättning. Patientskadeersättning lämnas för personskador, såväl fysiska som psykiska, som drabbar patient i samband med hälso- och sjukvård i Sverige. Patientskadeersättning lämnas således enligt 6 § för personskada på patient om det föreligger övervägande sannolikhet för att skadan är orsakad av:

1. undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd under förutsättning att skadan kunnat undvikas antingen genom ett annat utförande av det valda förfarandet eller genom val av ett annat tillgängligt förfarande som enligt en bedömning i efterhand från medicinsk synpunkt skulle ha tillgodosett vårdbehovet på ett mindre riskfyllt sätt,
2. fel hos medicinteknisk produkt eller sjukvårdsutrustning använd vid undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd eller felaktig hantering därav,
3. felaktig diagnostisering,
4. överföring av smittämnen som lett till infektion i samband med undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd,
5. olycksfall i samband med undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd eller under sjuktransport eller i samband med brand eller annan skada på vårdlokaler eller utrustning eller
6. förordnande eller utlämnande av läkemedel i strid med föreskrifter eller anvisningar.

Patientskadeersättning lämnas inte om

1. skadan är en följd av ett nödvändigt förfarande för diagnostisering eller behandling av en sjukdom eller skada som utan behandling är direkt livshotande eller leder till svår invaliditet eller
2. skadan orsakats av läkemedel som utlämnats i enlighet med föreskrifter eller anvisningar.

Patientskadeersättning bestäms i huvudsak enligt reglerna i 5 kap. SkL. Patienten skall dock själv betala en självrisk motsvarande en tjugondel av basbeloppet enligt lag (1962:381) om allmän försäkring (9 § patientskadelagen). Patientskadeersättning är för varje skadehändelse begränsad till högst 1000 gånger det basbelopp som gäller enligt lagen om allmän försäkring när ersättningen bestäms. För varje skadad patient lämnas dock för varje skadehändelse patientskadeersättning med högst 200 gånger basbeloppet. Beloppen innefattar inte ränta eller ersättningar för räntekostnader. Om ansvarighetsbeloppet för en skadehändelse inte räcker till gottgörelse för dem som är berättigade till ersättning nedsätts deras ersättning med samma kvotdel för var och en. Bestämmelserna om ersättning till patient eller efterlevande till patient är i patientskadelagen tvingande till den skadelidandes förmån.

Alla vårdgivare, såväl i offentlig som i privat verksamhet, är skyldig att teckna försäkring som täcker ersättningsskyldigheten enligt patientskadelagen. Om en privat vårdgivare bedriver sin verksamhet efter avtal med en offentlig vårdgivare är det dock den senare som är skyldig att teckna försäkringen (12 §). Av författningskommentaren till lagen (prop. 1995/96:187 sid. 79) framgår angående begreppet vårdgivare följande. "Anställd hälso- och sjukvårdspersonal är inte att betrakta som vårdgivare i patientskadelagens mening, utan vårdgivaren är i sådana fall arbetsgivaren. Om en yrkesutövare som avses i åliggandelagen (lag om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område fr.o.m. den 1 januari 1999) bedriver sin verksamhet som enskild företagare, t.ex. en privatpraktiserande läkare, är han att anse som vårdgivare."

Vidare framgår följande. "Landsting och kommuner har möjlighet att sluta avtal med enskild att på entreprenad utföra uppgifter som de svarar för inom hälso- och sjukvården. Ett landsting kan t.ex. lägga ut driften för en vårdcentral på entreprenad. Ett entreprenadavtal innebär emellertid inte att entreprenören tar över landstingets vårdansvar enligt hälso- och sjukvårdslagen. Landstinget är därför jämte entreprenören att betrakta som vårdgivare för verksamheten vid vårdcentralen." Av 12 § andra meningen framgår att den offentlige vårdgivaren skall teckna försäkring för sådan verksamhet som bedrivs av privat vårdgivare efter avtal med den offentlige vårdgivaren. Nämnade paragrafs lydelse tillkom efter förslag från Lagrådet. Av Lagrådets yttrade (prop. 1995/96:187 bilaga 7) framgår bland annat följande. " I remissen behandlas särskilt

det fallet att ett landsting eller en kommun träffar avtal med ett enskilt företag om att utföra sådana uppgifter inom hälso- och sjukvården som landstinget/kommunen har ansvaret för (jfr 3 § tredje stycket och 18 § femte stycket hälso- och sjukvårdslagen). Avsikten är att både landstinget/kommunen såsom alltjämt vårdansvarig och den enskilde entreprenören skall betraktas som vårdgivare i denna situation. Lagrådet vill ifrågasätta om den i remissen föreslagna definitionen verkligen ger det avsedda resultatet. Den närmast till hands liggande tolkningen är att landstinget/kommunen trots sitt bibehållna ansvar inte längre "bedriver" den verksamhet som har lagts ut på entreprenad (jfr. prop. 1981/82:97 s. 33). I Lagrådets författningsförslag har därför definitionen av begreppet vårdgivare byggts ut för att klargöra att en statlig myndighet, ett landsting eller en kommun som enligt lag har ansvar för en viss verksamhet behåller egenskapen av vårdgivare även om verksamheten läggs ut på entreprenad. Med tanke på regleringen om försäkringsskyldigheten i 12 § har samtidigt begreppet "offentlig vårdgivare" introducerats".

Det åligger den enskilde vårdgivaren, som inte innehar rätt till offentlig finansiering för de tjänster som han eller hon utför, att själv teckna patientförsäkring.

För att tillgodose patientskyddsintresset i sådana fall då en vårdgivare inte fullgjort sin patientförsäkringsplikt åläggs alla försäkringsgivare som meddelar patientförsäkringen att solidariskt ansvara för ersättningen för skador som inträffar hos vårdgivare som saknar patientförsäkring. Dessa försäkringsgivare är skyldiga att ingå i en patientförsäkringsförening som skall handlägga ersättningsfrågor som rör vårdgivare som inte tecknat försäkring. Föreningen har rätt att ta ut en patientförsäkringsavgift från vårdgivare som saknar försäkring.

Den som vill ha ersättning enligt patientskadlagen kan föra talan om detta vid allmän domstol. Patientskadlagen inskränker inte rätten att föra talan om skadestånd enligt SKL i anledning av inträffad skada.

Har patientskadeersättning lämnats för en skada som vållats uppsåtligt eller genom grov vårdslöshet inträder försäkringsgivaren intill det utgivna beloppet i den skadelidandes rätt till skadestånd. Omfattas en skada av produktansvarslagen eller trafikskadelagen och har patientskadeersättning lämnats för skadan, inträder försäkringsgivaren intill det utgivna beloppet i den skadelidandes rätt till ersättning enligt de lagarna.

3.3.4 Vårdgivares disciplinansvar m.m.

I 5 kap. LYHS finns bestämmelser om disciplinpåföljd, prøvotid, återkallelse av legitimation och annan behörighet att utöva yrke inom hälso-

och sjukvården samt begränsning av behörighet att förskriva narkotiska och alkoholhaltiga läkemedel och teknisk sprit.

Om den som tillhör hälso- och sjukvårdspersonalen uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot de allmänna bestämmelserna i lagens andra kapitel om skyldigheter för hälso- och sjukvårdspersonalen eller mot någon annan föreskrift som är av direkt betydelse för säkerheten i vården, får disciplinpåföljd åläggas. Disciplinpåföljd är erinran eller varning.

Därutöver kan en prøvotid om tre år föreskrivas för vårdgivare som fått legitimation att utöva ett yrke inom hälso- och sjukvården om denne varit oskicklig vid utövning av sitt yrke eller på annat sätt visat sig olämplig för yrket och varning inte framstår som en tillräckligt ingripande åtgärd. Om yrkesutövaren varit grovt oskicklig vid utövandet av sitt yrke eller på annat sätt visat sig uppenbart olämplig att utöva yrket, på grund av sjukdom eller någon annan liknande omständighet inte kunnat utöva yrket tillfredsställande, eller under ålagd prøvotid på nytt varit oskicklig vid utövningen av sitt yrke eller på annat sätt visat sig olämplig, skall yrkesutövarens legitimation återkallas. Därutöver kan yrkesutövaren själv begära att legitimationen återkallas.

I 5 kap. 10 § ges möjligheter att återkalla annan behörighet att utöva yrke inom hälso- och sjukvården än legitimation om yrkesutövaren som fått behörigheten varit oskicklig vid utövningen av yrket eller visat sig olämplig att utöva yrket eller på grund av sjukdom eller någon liknande omständighet inte kan utöva yrket tillfredsställande. Vidare finns enligt 5 kap. 11 § möjligheter att dra in eller begränsa läkares och tandläkares rätt att förskriva narkotiska och alkoholhaltiga läkemedel eller teknisk sprit.

Har en legitimation återkallats eller har en behörighet att förskriva enligt 5 kap. 10 § dragits in eller begränsats, skall en ny legitimation respektive behörighet meddelas enligt 5 kap. 13 § efter ansökan när förhållandena medger det.

3.3.5 Socialstyrelsens tillsyn m.m.

I 6 kap. LYHS ges bestämmelser om Socialstyrelsens tillsyn. Där framgår att Socialstyrelsens tillsyn främst skall syfta till att förebygga skador och eliminera risker i hälso- och sjukvården. Av 6 kap. 1 § LYHS framgår att hälso- och sjukvården och dess personal står under Socialstyrelsens tillsyn. Den som, utan att bedriva hälso- och sjukvård, tar emot uppdrag från hälso- och sjukvården avseende provtagning, analys eller annan utredning som utgör ett led i bedömningen av en patients hälsotillstånd eller behandling, står i denna verksamhet också under tillsyn av Socialstyrelsen. För att underlätta tillsynen stadgas det i 6 kap. 4 § att en vårdgivare har skyldighet att anmäla till Socialstyrelsen om en patient i samband med hälso- och sjukvård drabbats av eller utsatts för risk att drabbas av allvarlig skada eller sjukdom. Motsvarande anmälningsskyldighet för vårdpersonalen till vårdgivaren framgår av 2 kap. 7 §.

Den som bedriver verksamhet som står under styrelsens tillsyn är enligt 6 kap. 9 § skyldig att på styrelsens begäran lämna handlingar, prover och annat material som rör verksamheten samt att lämna de upplysningar om verksamheten som styrelsen behöver för sin tillsyn.

Om Socialstyrelsen finner att en vårdgivare inte uppfyller kraven på god vård och om missförhållandena är av betydelse för patientsäkerheten, får styrelsen vid vite förelägga vårdgivaren att avhjälpa missförhållandena. Om ett föreläggande inte följs och om missförhållandena är allvarliga, får Socialstyrelsen helt eller delvis förbjuda verksamheten. Om fara föreligger för patienters liv, hälsa eller personliga säkerhet i övrigt, får Socialstyrelsen utan föregående föreläggande helt eller delvis förbjuda verksamheten. Därutöver stadgas en skyldighet för Socialstyrelsen, då styrelsen anser att det finns skäl för disciplinpåföljd, föreskrift om prøvotid, återkallelse av legitimation, återkallelse av annan behörighet att utöva yrke inom hälso- och sjukvården eller begränsning av förskrivningsrätt, att anmäla detta hos *Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN)*. Styrelsen har även att göra anmälan till åtal om den mot vilken disciplinpåföljd kan övervägas är skäligen misstänkt för att i yrkesutövningen ha begått ett brott för vilket fängelse är föreskrivet.

Frågor om disciplinpåföljd, prøvotid, återkallelse av legitimation eller annan behörighet att utöva yrke inom hälso- och sjukvården samt frågor om begränsning av förskrivningsrätt eller utfärdande av ny legitimation efter återkallelse prövas av HSAN. Ansvarsnämndens verksamhet regleras i lagens 7 kapitel.

I 8 kap. har slutligen bl.a. införts *ansvarsbestämmelser*. Där framgår bl.a. att om en läkare eller tandläkare, vars legitimation har återkallats eller vars behörighet annars har upphört, obehörigen och mot ersättning

utövar yrket, döms han eller hon till böter eller fängelse i högst sex månader. Om gärningen är belagd med strängare straff i annan lag skall det inte dömas till ansvar enligt LYHS utan enligt den andra lagen.

3.4 De statligt reglerade ersättnings-systemen

3.4.1 Inledning

Fram till och med år 1974 utgick sjukvård ersättning enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring (AFL) i form av ersättning för läkarvård, tandvård, sjukhusvård och för vissa särskilda åtgärder, däribland sjukgymnastik.

Landstingen hade från år 1985 det egentliga finansieringsansvaret för privata läkare och sjukgymnaster med offentlig finansiering. Detta i anledning av att den statliga ersättningen till landstingen reducerades med en summa motsvarande det föregående årets utbetalningar till privata vårdgivare.

Under senare hälften av 1980-talet intensifierades diskussionerna om den enskildes möjlighet att själv bedöma sitt vårdbehov och fritt välja vårdgivare. Likaså framkom uppfattningen att olika vårdproducenter inbördes borde konkurrera om att erbjuda vård. I Landstingsförbundets rekommendationer från november 1989 uttalades att "inom sina egna landsting bör människor kunna välja vid vilken vårdcentral de skall få vård. Valet bör också vara fritt mellan de olika sjukhusen, sjukhemmen och annan hälso- och sjukvård som landstinget tillhandahåller på annat håll. Valet bör kunna göras när vårdbehovet uppkommer."

3.4.2 Husläkarreformen

I proposition 1992/93:160 föreslogs att en husläkarreform skulle genomföras från den 1 januari 1994. Reformen skulle vara fullt genomförd vid utgången av år 1995. Genom husläkarreformen fastslogs bl.a. den enskildes rätt att fritt välja sin husläkare. Förutsättningarna för husläkarnas verksamhet angavs i lagen (1993:588) om husläkare (HL). Av lagen framgick bl.a. att varje läkare med specialistkompetens i allmänmedicin hade rätt att verka som husläkare i privat verksamhet. Läkare, som avsåg att verka som husläkare, skulle anmäla detta till landstinget senast sex månader innan verksamheten påbörjades. Huvuddelen av ersättningen för husläkarverksamheten utgjordes av en fast ersättning per individ som var ansluten till husläkaren. Denna ersättning utbetalades av

landstinget. Resterande del av ersättningen till husläkaren var i princip prestationsrelaterad och utgjordes av patientavgifter.

3.4.3 Förändringar i läkarvårdstaxan

Under början av 1990-talet blev gällande läkarvårdstaxa utsatt för kritik. Taxan hade varit i kraft sedan den 1 januari 1975 och hade sedan tillkomsten inte varit föremål för någon allmän översyn. Bland annat synpunkter om att taxan var föråldrad och inte hade följt med i den medicinska utvecklingen, att arvodesnivåerna inneburit att anslutna läkare haft svårt att konkurrera med den offentliga vården, att försäkringskassorna hade svårigheter att följa upp läkarnas taxetillämpning samt att taxorna bedömdes ha en kostnadsdrivande effekt ledde till att den dåvarande regeringen under våren 1992 tillsatte en utredning som, med utgångspunkt från att ett system med husläkare skulle införas i hela landet, fick i uppdrag att utarbeta ett förslag till ett moderniserat ersättningssystem för övrig specialistvård. Utredningen antog namnet Specialisttaxeutredningen.

I november 1992 lämnades betänkandet Arvode för vård hos privatpraktiserande läkare (SOU 1992:118). Förslaget innebar att en ny ersättningsmodell skulle införas som byggde på tre arvodesgrupper. Enligt konstruktionen skulle det göras möjligt att i förväg kunna beräkna kostnaderna för den vård som gavs.

3.4.4 Lag om läkarvårdsersättning och lag om ersättning för sjukgymnastik

Regeringen lämnade i prop. 1993/94:75 förslag till lag (1993:1651) om läkarvårdsersättning (LOL) respektive förslag till lag (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik (LOS). Lagarna, som trädde i kraft den 1 januari 1994, reglerade privatpraktiserande läkares och sjukgymnasters rätt till ersättning från ett av landstingen finansierat och administrerat offentligt ersättningssystem. Läkarvårdsersättning lämnades för vård som gavs av en läkare med specialistkompetens om läkaren hade mottagningsverksamhet inom sin specialitet för enskilda patienter. Sjukgymnastikersättning lämnades till en legitimerad sjukgymnast som efter legitimation fullgjort minst två års tjänstgöring i offentligt finansierad vård, varav minst sex månader i slutet vård eller som hade annan därmed jämförbar erfarenhet. Enligt lagarna gällde i huvudsak att alla privatpraktiserande läkare och sjukgymnaster som önskade gavs möjlighet vara verksamma med offentlig finansiering. En läkare eller

sjukgymnast som avsåg att bedriva verksamhet mot ersättning enligt lagarna och vissa av regeringen beslutade taxebestämmelser skulle, med hänsyn till landstingens i HSL ålagda planeringsansvar för vården, anmäla sin avsikt att bedriva verksamhet med offentlig finansiering sex månader innan verksamheten påbörjades. En liknande anmälningsskyldighet fanns om en läkare eller sjukgymnast avsåg att upphöra med eller flytta sin verksamhet. Lagarna gällde inte läkare eller sjukgymnast som gav vård enligt vårdavtal med landstinget. I dessa fall skulle de villkor som parterna träffat överenskommelse om enligt avtalet i stället gälla. Inte heller gällde LOL för läkare i privat verksamhet som var verksamma enligt husläkarlagen. I samband med riksdagens behandling av propositionen anförde socialdemokraterna i fråga om specialistläkarnas och sjukgymnasternas möjligheter att fritt etablera sig med offentlig finansiering att "fri etablering för läkare och annan vårdpersonal gör det svårare att garantera vårdkvaliteten, svårare att prioritera, svårare att utveckla vården och att fatta nödvändiga strukturbeslut. Sjukvården kan inte bli kostnadseffektiv och rättvist fördelad om läkare och annan vårdpersonal har rätt att fritt etablera sig" (bet. 1993/94:SoU20 mom. 8, reservation 7).

3.4.5 Husläkarlagens upphävande

Relativt omgående riktades kritik mot husläkarlagen bl.a. därför att man ansåg att lagen inte behandlade primärvården i dess helhet utan var allt för läkarinriktad. Riksdagen gav våren 1994 regeringen till känna (bet 1993/94:SoU20, rskr. 1993/94:248) att HL borde upphävas och att regeringen snarast skulle återkomma till riksdagen med förslag på hur en avveckling av lagen borde genomföras. Utskottet uttalade. "Det viktiga är att garantera den enskildes rätt till kontinuitet i sin läkarkontakt, en fast läkarkontakt, inte läkarens rätt att etablera sig som husläkare."

I prop. 1994/95:109 om *vissa privatpraktiserande läkares och sjukgymnasters etablering m.m.* förklarade regeringen sin avsikt att senare återkomma till riksdagen med förslag om husläkarlagens upphörande. Regeringen uttalade att avsikten var att sjukvårdshuvudmännen skulle kunna ges möjlighet att organisera den öppna vården på det sätt som de finner lämpligt. I propositionen uttalade regeringen även att det, trots att de nya ersättningsreglerna till privatpraktiserande läkare och sjukgymnaster varit i kraft under kort tid, fanns oroande uppgifter om de ekonomiska konsekvenserna som den fria etableringsrätten kunde medföra. Inte heller fanns det, enligt regeringens uppfattning, reella möjligheter för sjukvårdshuvudmännen att fullgöra sitt fastlagda planeringsansvar. I propositionen lades därför fram förslag

till lagar om ändringar i HL, LOL och LOS. Förslagen innebar att den yrkesutövare som avsåg att etablera sig med offentlig finansiering endast kunde göra detta under förutsättning att samverkansavtal eller vårdavtal träffats med sjukvårdshuvudmannen. Riksdagen biföll regeringens i propositionen framlagda förslag, till följd att den fria etableringsrätten med offentlig finansiering upphörde för de privata vårdgivarna den 1 januari 1995.

I prop. 1994/95:195 om primärvård, privata vårdgivare m.m. lades, som utlovats, förslag om att husläkarlagen skulle upphöra att gälla vid utgången av år 1995. Vidare föreslogs vissa förändringar i HSL bl.a. i syfte att stärka patientens ställning. Därutöver föreslogs ändringar i LOL och LOS som gav landsting och kommuner ytterligare möjligheter att begränsa sina kostnader för den privat bedrivna offentligt finansierade vården. Socialutskottet ställde sig, i sitt av riksdagen bifallna betänkande 1994/95:SoU 24, bakom övervägande delen av de i propositionen föreslagna förändringarna.

3.5 Nu gällande ersättningsregler för privatpraktiserande vårdgivare med offentlig finansiering

3.5.1 Inledning

I dag ligger finansieringsansvaret för såväl den offentliga hälso- och sjukvården som merparten av den privata bedrivna offentligt finansierade hälso- och sjukvården på landstingen och i viss mindre utsträckning på kommunerna. Det samlade kostnadsansvaret innebär enligt regeringens uppfattning att planeringen av hälso- och sjukvården underlättas och ger bättre förutsättningar för kostnadskontroll (prop.1996/97:123, sid. 19).

I propositionen uttalade regeringen att den ser positivt på ett varierat vårdutbud med olika driftformer och att regeringen för att förbättra samverkan mellan olika vårdformer har verkat för att lokala samarbetsorgan inrättats inom varje landsting. Vidare anförde regeringen. "Ett integrerat hälso- och sjukvårdssystem som det svenska, med landstingen både som finansiärer och producenter av vård, har många fördelar inte minst vad gäller kostnadskontroll och möjligheter att anpassa vårdutbudet efter befolkningens behov. Ett integrerat system är också en förutsättning för att vård av god kvalitet skall finnas tillgänglig i hela landet till rimliga kostnader" (sid. 19).

För att som vårdgivare komma i åtnjutande av rätten till offentlig finansiering krävs att vårdgivaren antingen har ett vårdavtal eller ett samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen. Sjukvårdshuvudmannen kan vägra att teckna avtal med en privat vårdgivare och således hindra denne från att vara verksam med offentlig finansiering.

3.5.2 Vårdavtal

Regeringen har uttalat att den anser att förhållandena mellan sjukvårdshuvudmannen och de privata vårdgivarna bör regleras i avtal, i första hand vårdavtal. Detta för att stärka samarbetet och samverkan mellan sjukvårdshuvudmannen och de privata vårdgivarna (prop. 1996/97:123 sid. 23).

Med vårdavtal avses i detta betänkande sådana avtal som landsting/kommuner ingår med enskilda/privata vårdgivare (en fysisk person, en stiftelse eller annan juridisk person) och där parterna fritt och oberoende av föreskrifter i lag träffar avtal om att vårdgivaren skall vara verksam med offentlig finansiering. Detta betyder således att ett vårdavtal kan ingås med en enskild privatpraktiserande vårdgivare, t.ex. en läkare, en sjukgymnast, en sjuksköterska etc. I bland ingås avtalen personligen med vårdgivaren och i bland anges vårdgivarens bolag som avtalspart. Ett vårdavtal kan även ingås för att t.ex. ett sjukhus eller sjukhem skall drivas i privat regi med offentlig finansiering. I detta fall tecknas oftast avtalet inte med den fysiske vårdgivaren, utan med det bolag eller den stiftelse etc. som avser att driva verksamheten. Bolaget/stiftelsen blir i det aktuella fallet att betrakta som vårdgivare. Bolaget/stiftelsen har i sin tur att träffa avtal med de enskilda vårdgivarna, i regel genom anställning.

Ett vårdavtal bör enligt regeringen (prop. 1996/97:123 sid. 23) bl.a. omfatta verksamhetsinriktning, åtaganden, former för rapportering samt ersättning till vårdgivaren. Parterna bör i vårdavtalet även kunna komma överens om former för kvalitetssäkring, krav på vidareutbildning och vilka möjligheter den privata vårdgivaren har att delta i olika aktiviteter inom den offentliga vården i syfte att fort- och vidareutbilda sig. I vårdavtalen bör även, enligt regeringens uppfattning, kunna regleras samverkan vad gäller jourorganisation m.m. samt eventuellt den privata vårdgivarens möjligheter att få tillgång till lokaler och utrustning inom den offentliga vården, allt för ett effektivare resursutnyttjande. Enligt regeringens uppfattning bör, i syfte att ge den privata vårdgivaren trygghet i verksamheten och garantera patienten en god kontinuitet, vissa grundläggande förutsättningar kunna regleras långsiktigt i avtalet, medan andra delar av avtalet kan ha mer kortsiktigt innehåll.

Sjukvårdshuvudmannen kan naturligtvis träffa vårdavtal med andra vårdgivare än specialistläkare och sjukgymnaster. Delegationen för samverkan mellan offentlig och privat vård har i sitt slutbetänkande Klara spelregler (SOU 1997:179) påtalat vikten av att även andra vårdgrupper ges möjlighet att bedriva verksamhet med offentlig finansiering i privat regi. För att underlätta privat etablering för olika vårdgivare har delegationen föreslagit att en lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal m.m. skall införas. Delegationens förslag redovisas i avsnitt 6.2.

3.5.3 Samverkansavtal

Även samverkansavtal är, som tidigare nämnts, en möjlighet för vissa specialistläkare och sjukgymnaster att vara verksamma mot offentlig finansiering. Ett samverkansavtal innebär att den privata vårdgivaren kommer överens med landstinget om att bedriva verksamhet med ersättning enligt nationellt fastlagda bestämmelser. Ersättning enligt LOL och LOS utgår för läkare respektive sjukgymnast som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet eller till vissa läkare och sjukgymnaster som omfattas av särskilda övergångsbestämmelser.

Med samverkansavtal avses i detta betänkande avtal som ett landsting träffar med en enskild privatpraktiserande läkare eller sjukgymnast där avtalets innehåll och de beslutande ersättningsformerna bestäms av LOL och LOS samt förordningen (1994:1121) om läkarvårdsersättning (FOL) och förordningen (1994:1120) om ersättning för sjukgymnastik (FOS).

För att läkarvårdsersättning skall lämnas krävs att läkaren har specialistkompetens och bedriver mottagningsverksamhet inom sin specialitet i öppen vård för enskilda patienter. Sjukgymnastikersättning lämnas för sjukgymnastik som ges av en legitimerad sjukgymnast. Ersättning lämnas enbart till vårdgivare som bedriver privat läkarmottagning respektive sjukgymnastikverksamhet på heltid och som inte är anställd i något landstings hälso- och sjukvård eller i ett bolag eller annan juridisk person inom hälso- och sjukvården som landstinget har ett rättsligt bestämmande inflytande i. Ersättning lämnas inte heller till en vårdgivare som vid vårdtillfället fyllt sextiofem år om inte landstinget medger något annat.

I lagarna anges att vårdgivarna har rätt till ersättning utifrån tre arvodesnivåer; *enkelt arvode* för enklare undersökningar och behandlingar, *normalarvode* som baseras på beräknade mottagningskostnader och årlig besöksvolym inom specialiteten respektive sjukgymnastikverksamheten och *särskilt arvode* för åtgärder som är särskilt tids- och kost-

nadskrävande (se 16 § i de båda lagarna). Därutöver finns s.k. ersättningstak för vårdgivarna. Ersättningstaken anger hur mycket vårdersättning som utbetalas till en vårdgivare under ett kalenderår och motsvarar en full årsarbetstid. Om en vårdgivare eller vikarie i dennes verksamhet under ett kalenderår erhållit läkarvårdsersättning eller sjukgymnastikersättning med ett belopp som motsvarar ersättning för en full årsarbetstid lämnas därefter ersättning med reducerat belopp upp till nästa tak som ytterligare motsvarar en halv årsarbetstid. När även detta tak har uppnåtts kan vårdgivaren enbart ge vård mot patientavgifter. Detta framgår av 17 § i de båda lagarna. Patientavgiften får enligt 23 § första stycket LOL och 22 § första stycket LOS tas ut med högst samma belopp som en patient betalar för motsvarande vård inom landstinget.

Till de båda ersättningslagarna finns verkställighetsföreskrifter i form av förordningar. När det gäller justering av arvodesnivåer, ersättningstak samt övriga förändringar i förordningarna sker i huvudsak förhandlingar mellan parterna (Landstingsförbundet respektive Sveriges läkarförbund och Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund). Ett gemensamt underlag från parterna lämnas sedan till regeringen senast den 1 oktober varje år. Utifrån parternas överenskommelse beslutar därefter regeringen i förordningarna om taxornas utformning, ersättningstaken och ersättningsnivåerna.

Kostnadsökningar avseende den privata vården ledde till att regeringen i november 1995 ånyo tillkallade en särskild utredare som fick i uppdrag att analysera kostnadsökningarna och beskriva konsekvenserna av gällande regler. Betänkandet *Den privata vårdens omfattning och framtida ersättningsformer - En översyn av de nationella taxorna för läkare och sjukgymnaster* (SOU 1996:91) redovisades därefter till regeringen i juni 1996. Betänkandet behandlades i prop. 1996/97:123. I propositionen föreslogs bl.a. vissa förtydliganden och ändringar i lagarna.

Av ovan nämnda proposition framgår att regeringen ser vårdavtal som den bästa regleringsformen mellan landsting och den privata vårdgivaren. Emellertid uttalade regeringen i propositionen att möjligheten att verka som privatpraktiserande vårdgivare under det statligt reglerade ersättningssystemet bör finnas kvar. Taxorna har enligt regeringen framförallt betydelse för de vårdgivare som i dag är verksamma enligt dessa. De kan även vara av betydelse för de landsting som har en relativt liten andel privata vårdgivare och som därmed ännu inte har tillräcklig erfarenhet av att teckna vårdavtal. På sikt är det enligt uttalande i propositionen (sid. 24) förhoppningen ifrån regeringens sida att den statliga regleringen av ersättningarna till privata vårdgivare blir överflödiga och att ersättningsformer och nivåer i stället regleras i vårdavtal mellan landstingen och de privata vårdgivarna.

3.6 Kundvalssystem med enskilda utförare (checksystem)

3.6.1 Inledning

Ett fåtal av landets kommuner tillämpar ett kundvalssystem med privata utförare eller olika former av kundvalssystem med "check". Detta gäller främst Täby och Nacka kommuner. Ett sådant kundvalssystem innebär att kommunen inbjuder privata utförare att på lika villkor konkurrera med kommunens egenregiverksamhet. Detta sker genom att kommunen prövar privata utförarens lämplighet utifrån fastställda kriterier. De privata utförare som bedöms lämpliga erhåller auktorisation av kommunen och jämförs med den verksamhet som bedrivs inom kommunens egna regi. Ett kundvalssystem innebär i praktiken att det föreligger ett uppdragsförhållande där kommunen är huvudman för verksamheten. Kommunförbundet har bl.a. i skriften "Konkurrens för fortsatt välfärd" förordat ett kundvalssystem.

3.6.2 Närmare om systemet

Kundvalssystemet eller checksystemet tillämpas bl.a. inom hemtjänst och äldreomsorg. Systemet fungerar så att de "kunder" som har rätt till en viss omsorg eller tjänst får en "check" från kommunen som representerar en viss köpkraft, exempelvis rätt till ett visst antal timmars hemtjänst i veckan. "Kunderna" har möjlighet att utifrån en av kommunen fastställd lista med auktoriserade utförare, fritt välja mellan kommunala eller privata utförare. Är "kunden" inte nöjd med kvaliteten på den erhållna tjänsten står det honom eller henne fritt att välja en annan auktoriserad utförare. "Kunden" lämnar "checken" som betalning till utföraren, som i sin tur löser in denna hos kommunen och får då ersättning för varje "check" med det belopp som kommunen fastställt. De kommuner som i dag tillämpar systemet anser att man tillskapat ett marknadsbaserat resursfördelningssystem med permanent konkurrens mellan de olika utförarna. Samtidigt har "kunden" stor valfrihet att välja vem som skall utföra tjänsten.

Upphandlingskommittén har under sina sammanträden diskuterat att föreslå regeringen att införa regler om ett kundvalssystem som en form av förenklad upphandling av B-tjänster och då främst inom vård, skola och omsorg samt fritids- och idrottsverksamhet. Detta skulle enligt kommittén förutsätta klara regler för auktorisation och garantier för konkurrensneutralitet mellan olika anordnare/utförare.

Upphandlingskommittén har under sina diskussioner ansett att det är viktigt för såväl utförare som kunder att systemet är konkurrensneutralt. Detta innebär att de totala insatser som görs från kommunen ifråga om finansiering, infrastruktur, rutiner och service inom ett visst område inte skall vara beroende av vem som är ansvarig för den operativa driften av verksamheten, i vilken juridisk form eller i vilken kommunal verksamhet bedrivs om det inte finns sakliga skäl för det.

Kommittén kommer eventuellt att lämna förslag om ett kundvals-system med enskilda utförare i sitt slutbetänkande.

3.6.3 Särskilt om Nacka kommun

Nacka kommun har drygt 70 000 invånare. Kommunen präglas av en långtgående decentralisering. Kommunen har inte arbetat så mycket med anbudskonkurrens utan har i stället koncentrerat sig på kundval via ett checksystem inom skola, barnomsorg och hemtjänst. Detta betyder att tjänster inom dessa områden har prissatts. Det för enligt kommunledningen i sin tur med sig att kommuninvånare som köper tjänster inom något eller några av dessa områden också kan påverka inte bara vad de köper utan också av vem och i vilken omfattning.

Politiker i kommunen har i enkätsvar till Svenska Kommunförbundet bl.a. anfört att 1992 infördes inom kommunen hemtjänstcheckar som innebär att användarna fritt kan välja privat eller kommunal vårdgivare. Under augusti 1998 kom även "checkar" för ledsagning, för avlastning och hjälp i hemmet. Kommunen fattar biståndsbeslutet och beviljar därmed den enskilde exempelvis rätt till hemtjänst. Kunden väljer själv vem som skall utföra tjänsten. "Checken" som kunden erhåller har en köpkraft som motsvarar kommunens självkostnad för den beviljade hjälpen. Kommunstyrelsen godkänner (auktoriserar) de privata vårdgivarna som skall uppfylla vissa kriterier. Kommunen tecknar inget avtal med de privata vårdgivarna, vilket alltså skiljer systemet från entreprenadformen.

Vårdgivaren får inte kräva eller acceptera betalning utöver "checken" för de tjänster som "checken" avser. "Kunden" betalar en avgift till vårdgivaren enligt en hemtjänsttaxa som kommunen fastställt.

3.6.4 Särskilt om Täby kommun

Täby kommun har cirka 60 000 invånare. Den tidigare beställarutförarorganisationen har i dag ersatts med en mer traditionell organisation. Varje verksamhet lyder således under en särskild facknämnd. Det finns ingen sammanhållen produktionsorganisation. Beställarkompetensen finns dock samlad inom kommunledningskontoret.

All äldreomsorg inom kommunen med undantag från två äldreboenden är upphandlad i konkurrens. 66 procent av platserna inom särskilda boendeformer drivs av privata entreprenörer. Inom hemtjänsten, där kommunen tillämpar ett kundvalssystem med ”check”, svarar privata utförare för 38 procent av de utförda timmarna. För närvarande är fem företag godkända av kommunen, varav endast fyra är aktiva när det gäller att erbjuda kundval.

Det finns även ramavtal med privata vårdgivare, vilket innebär att kommunen köper enstaka platser. För närvarande har kommunen köpt totalt mellan 50-75 platser omfattande både äldreomsorg inom särskilda boendeformer, habilitering och psykiatri.

3.7 Stiftelsers och ideella organisationers hälso- och sjukvårdsverksamhet

3.7.1 Inledning

En del sjukhem, sjukhus och andra vårdinrättningar drivs av stiftelser och ideella organisationer. Dessa vårdinrättningar har ofta en lång tradition av samverkan med den offentligt bedrivna vården och driver i dag vanligtvis sin verksamhet efter vårdavtal med landstingen och/eller kommunen.

Enligt direktiv skall utredningen analysera tillämpningen av LOU när privata sjukhus och sjukhem drivs utan vinstmotiv av stiftelser och ideella organisationer. Utredningen har för att få vetskap om dessa organisationers inställning till upphandlingsförfarandet varit i kontakt med företrädare för Röda Korsets sjukhus, Stockholms Sjukhem och Ersta diakonisällskap.

Nedan följer en kortfattad beskrivning av dessa ideella organisationers hälso- och sjukvårdsverksamhet.

3.7.2 Röda Korsets sjukhus i Stockholm

Röda Korsets sjukhus i Stockholm är ett rehabiliteringssjukhus. Vid sjukhuset behandlas och rehabiliteras patienter som arm- och benamputerats, höftledsopererats eller genomgått andra ortoped-, kärl- och neurokirurgiska ingrepp, är överviktiga, har benskörhet, reumatiska sjukdomar, smärta eller lymfödem. Sjukhuset invigdes år 1927. Sjukhuset samarbetar med sjukhusen inom Stockholms läns landsting. I mer än 30 år har sjukhuset haft avtal med landstinget. Tidigare slöts tre- till femårsavtal. För närvarande är avtalen ettåriga och utan garantier för att de olika sjukvårdsområdena köper det antal vård dagar som de beställt.

Sjukhuset drivs utan vinstsyfte och ägs av Stiftelsen Rödakorshemmet. Sjukhuset skall bedriva rehabilitering med utgångspunkt dels i de lagar och avtal som reglerar hälso- och sjukvården, dels i Röda Korsets humanitära grundprinciper. Behandlingen skall baseras utifrån en helhetssyn på patientens behov och önskemål samt ge patienterna ett liv som är om möjligt fritt från smärta, medicin samt beroendeställning av andra människor. Sjukhuset skall även bedriva forskning och kvalitetsutveckling på sådant sätt att de olika funktionerna och personalen vid sjukhuset med hjälp av ny teknik och nya metoder för test, behandling och utvärdering, kan utveckla och förbättra sin yrkeskompetens och därmed höja kvaliteten på vård och behandling. Genom samarbete med Röda Korset centralt, på distriktsnivå samt med Röda Korsets övriga institutioner skall Röda Korsets humanitära grundprinciper på olika sätt förstärkas i verksamheten.

3.7.3 Stockholms Sjukhem

Stockholms Sjukhem är ett sjukhus och ett sjukhem för vuxna personer med obotlig eller långvarig kroppssjukdom. Verksamheten påbörjades år 1867 och är Sveriges första vårdinrättning för obotligt eller långvarigt kroppssjuka. Stockholms Sjukhem har i dag vårdavtal med såväl Stockholms läns landsting som med Stockholms kommun och omgivande kranskommuner.

Stockholms Sjukhem drivs utan vinstmotiv av en stiftelse. Stiftelseförordnande anger vilka vårdkategorier som skall tas om hand. Patienten skall erbjudas vård i hemlik miljö. Patienten skall erbjudas såväl rehabilitering, lindring som boende. Stockholms Sjukhem erbjuder i dag vård i livet slutskede och rehabilitering av kroniskt sjuka. Därutöver samarbetar Stockholms Sjukhem med högskolan och innehar även en professur i geriatrik.

Stiftelsens fondavkastning bidrar till finansieringen av vårdkostnaderna. Detta bidrag uppgick under år 1998 till 20 procent av kostnaderna för vården.

3.7.4 Ersta diakonisällskap

Ersta är en ideell förening som bedrivit verksamhet sedan år 1851. Föreningen har i över 90 år haft formaliserat samarbete med först Stockholms stad och därefter landstinget inom Stockholms län på såväl sjukvårdens som äldreomsorgens område. Föreningen skall enligt sina stadgar, utan vinstintresse, bedriva sjukvård, socialt arbete, utbildning och forskning. Föreningen har ideologisk anknytning till Svenska kyrkan. Hälso- och sjukvårdsverksamheten drivs inom ramen för Ersta sjukhus.

Erstas sjukvård, äldreomsorg och utbildning finansieras till 95 procent genom avtal med Stockholms läns landsting (sjukvården), länets kommuner (äldreomsorgen), staten (utbildningen) samt Svenska kyrkan (utbildning och uppdrag). Resterande fem procent täcks av gåvor, bidrag, medlemsavgifter samt avkastning på eget kapital. Ersta har en årlig omsättning på 470 miljoner kr.

Ersta sjukhus bedriver följande verksamheter:

- somatisk korttidsvård inom området mag-tarmsjukdomar. Sjukhusets mag-tarmcentrum svarar för 30 procent av Stockholms läns landstings sjukvård inom detta vårdområde och utför årligen cirka 3 000 operationer och 3500 patientbesök.
- medicinsk radiologi,
- vård i livets slutskede,
- psykiatri inom såväl öppen som sluten vård med inriktning på att vårda vårdare,
- neurologi vad avser såväl eftervård som rehabilitering och
- hjärt- och cancerrehabilitering. Denna verksamhet har utvecklats i samarbete med akutsjukhusen i Stockholms län, främst Huddinge, vad gäller eftervård av hjärtopererade patienter.

Därutöver driver föreningen Ersta äldreomsorg som omfattar drygt 250 boendeplatser på sjukhem, ålderdomshem, gruppboende, korttidsboende och dagverksamhet.

3.8 Arbetstagarbegreppet

3.8.1 Inledning

Utredningen skall enligt sina tilläggsdirektiv analysera frågan om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som en uppdragstagare, arbetstagare eller företagare vid de situationer som utredaren närmare skall analysera.

Det finns ett antal situationer när en sjukvårdshuvudman använder sig av annan personal än sin egen för att utföra de tjänster som sjukvårdshuvudmannen har en lagstadgad skyldighet att ombesörja. Det finns därvid bl.a. möjligheten att sjukvårdshuvudmannen använder sig av ett uthyrningsföretag för att täcka ett kortsiktigt personalbehov. Sjukvårdshuvudmannen kan även lägga ut verksamheten på entreprenad. Entreprenören kan ha personal anställd och även få ta över personal om bestämmelserna om övergång av verksamheten blir tillämpliga. Det kan också vara fråga om avknoppningar när man låter f.d. anställda starta och driva verksamhet som de tidigare utfört som anställda.

Frågan om vem som faller in under arbetstagarbegreppet kan ha stor betydelse både när arbetstagare hos landstinget eller kommunen startar eget och när entreprenörer anlitas. Är någon att betrakta som arbetstagare faller han eller hon inom den arbetsrättsliga lagstiftningen med medföljande rättigheter och motsvarande skyldigheter för arbetsgivaren.

Själva arbetstagar- och arbetsgivarbegreppet återfinns i olika rättsområden, som i den civilrättsliga, socialförsäkringsrättsliga och skatterättsliga lagstiftningen. Begreppen har inte definierats i lag. Det har därför överlämnats åt rättstillämpningen att precisera dess innehåll. Skatterättens och civilrättens arbetstagarbegrepp var i mitten av 1970-talet i princip detsamma (Ds 1976:4, sid. 29). Civilrättens och socialförsäkringsrättens arbetstagarbegrepp syntes också i huvudsak vara identiska vid denna tidpunkt (SOU 1975:129, sid. 145). Efter 1970-talet utvidgades lagstiftningen avsevärt på det arbetsrättsliga området och arbetstagarnas sociala trygghet förstärktes.

3.8.2 Bakgrund

I september 1928 antogs kommunalskattelagen (1928:370, KL) av riksdagen. Av de inkomstslag som sedan länge beskattades enligt reglerna i KL var inkomstslaget tjänst och inkomstslaget rörelse. Fram till skattereformen år 1991 angavs i 27 § KL en allmän definition av vad som skulle hänföras till inkomstslaget rörelse. Till rörelse skulle räknas all yrkesmässigt bedriven verksamhet såvida inte intäkten var att hänföra

till inkomstslagen jordbruksfastighet, annan fastighet eller tjänst. Rörelse var det begrepp som användes innan den nya benämningen näringsverksamhet infördes i och med skattereformen år 1991.

I kommentarer till 27 §, som utarbetades före skattereformen 1991, angavs att verksamheten skulle karaktäriseras av självständighet, viss regelbundenhet och varaktighet samt drivas i vinst- och förvärvssyfte för att verksamheten skulle betecknas som yrkesmässigt bedriven förvärvsverksamhet. Kriterierna tjänade även som gräns mot andra inkomstslag, t.ex. inkomst av tjänst. Det var ofta självständigheten som avgjorde om en verksamhet skulle vara att betrakta som rörelse eller tjänst. Vid gränsdragningen mellan dessa inkomstslag uppkom frågan om anställningsförhållande förelåg eller inte. Frågan avgjordes på helt objektiva grunder. Det fanns ingen avtalsfrihet mellan parterna. Eftersom lagen inte närmare hade definierat hur gränsen mellan inkomstslagen rörelse och tjänst skulle dras, hade det lämnats åt praxis att göra detta.

Under 1970-talet utvidgades lagstiftningen avsevärt på det arbetsrättsliga området. Arbetstagarnas sociala trygghet förstärktes och arbetstagarna och deras fackliga organisationer fick nya rättigheter genom lagstiftning. Det blev förenat med ett allt större ansvar att ha arbetstagare i sin tjänst och arbetsgivare anlidade därför andra former för avtal om arbetsprestation än anställningsavtal. För att motverka att lagstiftning och kollektivavtal till skydd för arbetstagare kringgicks, blev domstolarna mer benägna att hänföra förhållanden mellan arbetstagare/arbetsgivare till anställningsförhållanden. I prop. 1973:129 s. 145 uttalade departementschefen att det finns en risk för att de mera långtgående reglerna om tillsvidare anställning kommer att kringgås genom att vissa arbetsgivare i ökad utsträckning väljer att anställa personal för viss tid e.d. Han ansåg det därför vara nödvändigt att vidta åtgärder på det arbetsrättsliga området för att motverka att reglerna kunde kringgås eller urholkas. För att få till stånd en sådan begränsning ansåg han det lämpligt att i lag föreskriva att anställningsavtal skall gälla tillsvidare, om inte annat hade avtalats. Därutöver borde lagen enligt departementschefen innehålla regler om i vilka fall anställningsavtal som gäller för viss tid får ingås. Bestämmelser av samma innebörd återfinns i dag i 4, 5, 5 a och 6 §§ lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS).

3.8.3 Rörelse-/näringsverksamhet eller tjänst

I dag återfinns en definition av inkomstslaget näringsverksamhet i 21 § KL. Av bestämmelsen framgår följande. ”Med näringsverksamhet avses yrkesmässig självständigt bedriven förvärvsverksamhet. Till näringsverksamhet räknas också i annat fall innehav av näringsfastighet samt innehav och avyttring av rätt till avverkning av skog. En privatbostadsfastighet eller en privatbostad kan inte ingå i näringsverksamhet.” I huvudsak innebär detta att vad som hänförs till inkomstslagen rörelse, annan fastighet och jordbruksfastighet ingår i inkomstslaget näringsverksamhet.

I nuvarande lydelse av 31 § KL definieras vad som räknas som inkomst av tjänst. Till tjänst räknas enligt bestämmelsen anställning, uppdrag och annan inkomstgivande verksamhet av varaktig eller tillfällig natur, om den inte är att hänföra till näringsverksamhet eller inkomst av kapital enligt lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt. Någon beskrivning av hur avgränsning mot inkomstslaget näringsverksamhet skall göras finns inte angiven i lagtexten. Det föreligger ingen avtalsfrihet mellan parterna. Frågan vilket inkomstslag en persons inkomst skall hänföras till skall som förut avgöras på objektiva grunder av skattemyndighet eller av domstol. Till stöd för bedömningen föreligger en omfattande rättspraxis i Regeringsrättens (RR) avgöranden.

3.8.4 Näringsbegreppet

Näringsverksamhet föreligger enligt 21 § KL när verksamheten bedrivs yrkesmässigt och självständigt. Med yrkesmässighet menas att verksamheten skall bedrivas med varaktighet och med vinstsyfte. Verksamheten skall alltså kännetecknas av varaktighet, vinstsyfte och självständighet. Självständighet är det kriterium som i första hand är avgörande för gränsdragningen mot inkomstslaget tjänst. Varaktighetskriteriet utgör gräns mot inkomstslaget kapital. Hobbyverksamhet bedrivs ofta självständigt och varaktigt men saknar vinstsyfte. Eventuell inkomst av hobbyverksamhet skall därför numera hänföras till inkomstslaget tjänst.

Någon närmare beskrivning i KL beträffande vad som kännetecknar en självständigt bedriven verksamhet finns inte. Bedömningen får bl.a. göras med utgångspunkt i den praxis som finns på området. Av arbetsavtal mellan uppdragsgivare och uppdragstagare kan ofta graden av självständighet framgå. För att näringsverksamhet skall anses föreligga räcker det ofta inte att endast någon eller några omständigheter som kan tala för självständighet är uppfyllda. I vissa situationer kan det dock räcka att endast en sådan omständighet är för handen. De olika

omständigheterna kan i bland tillmätas olika betydelse beroende på yrkeskategori. Det är en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet som skall avgöra om inkomsterna är att hänföra till inkomst av tjänst eller näringsverksamhet.

3.8.5 Företagsformer

Näringsverksamhet enligt 21 § KL kan bedrivas i olika företagsformer. Beskattningsreglerna syftar till en enhetlig beskattning oavsett i vilken företagsform verksamheten utövas. Även om denna inte utövas i någon officiell företagsform föreligger näringsverksamhet, bl.a. då någon bedriver yrkesmässig och självständig verksamhet. En enskild firma behöver t.ex. inte ha registrerats.

En enskild firma uppkommer när en person börjar bedriva verksamhet. En enskild firma är ingen juridisk person. Den enskilda firman är inte heller något självständigt skattesubjekt och all inkomst beskattas hos den fysiska person som bedriver verksamheten.

Ett enkelt bolag föreligger när två eller flera har avtalat om att gemensamt bedriva näringsverksamhet i bolag utan att handelsbolag föreligger, se 1 kap. 3 § lagen (1980:1120) om handelsbolag och enkla bolag (HBL). Ett enkelt bolag är inte en egen juridisk person och taxeras inte heller för sin inkomst. Inkomsten beskattas hos delägarna i förhållande till vars och ens andel av inkomsten.

Ett handelsbolag uppkommer om två eller flera har avtalat att gemensamt bedriva näringsverksamhet i bolag och bolaget har förts in i handelsregistret (1 kap. 1 § HBL). Ett handelsbolag är en egen juridisk person. Trots detta skall ändå inkomster och förmögenhet beskattas hos delägarna. Om ett handelsbolag bedriver näringsverksamhet skall resultatet från verksamheten som kommer delägarna tillgodo beskattas som inkomst av näringsverksamhet hos delägarna. Om någon däremot uppger handelsbolaget som uppdragstagare medan i själva verket ett arbetsgivar- /arbetstagarförhållande föreligger mellan en delägare och den anlitande parten så skall delägaren beskattas i inkomstslaget tjänst.

Aktiebolag är en företagsform som möjliggör för flera personer att bedriva näringsverksamhet tillsammans utan att någon blir ansvarig för bolagets förpliktelser utöver det kapital som han eller hon har satt in i bolaget. Detta skiljer aktiebolaget från andra bolagsformer. Det finns privata och publika aktiebolag. Aktiebolagslagen (1975:1385, ABL) reglerar bildandet av ett aktiebolag. Skatterättsligt behandlas aktiebolaget som ett självständigt skattesubjekt, vilket innebära att bolaget självt är skattepliktig för sina inkomster. All beskattning hos ett aktiebolag skall ske i inkomstslaget näringsverksamhet. Om en fysisk person som

samtidigt är ägare av ett aktiebolag har uppgett att aktiebolaget är uppdragstagare till en uppdragsgivare, medan det bedöms att det egentligen föreligger ett arbetsgivar-/arbetstagarförhållande mellan den fysiske personen och uppdragsgivaren, kan i vissa fall den fysiska personen beskattas för ersättning i inkomstslaget tjänst medan aktiebolaget inte beskattas alls för inkomsten.

3.8.6 Uthyrning av personal

När en sjukvårdshuvudman anlitar ett uthyrningsföretag för att täcka ett personalbehov blir lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft tillämplig (prop. 1992/93:218).

I lagens 2 § anges att med uthyrning av arbetskraft avses ett rättsförhållande mellan en beställare och en arbetsgivare som innebär att arbetsgivaren mot ersättning ställer arbetstagare till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till beställarens verksamhet. För att lagen skall vara tillämplig skall således ersättning i någon form utgå för att arbetstagare skall ställas till förfogande. Lagen är tillämplig oavsett om verksamheten drivs i vinstsyfte eller om den endast drivs mot självkostnad.

Lagen är uppbyggd på det viset att arbetstagaren skall vara anställd hos uthyraren men tjänstgöra hos inhyraren. Det är uthyraren som utövar arbetsledningen gentemot arbetstagaren dvs. avgör om arbetstagaren inom ramen för arbetsskyldigheten skall tjänstgöra. Inhyraren å sin sida avgör hur arbetet skall utföras. Dessa rättigheter uppkommer på grund av avtalet mellan inhyraren och uthyraren eftersom det inte föreligger något anställningsavtal mellan inhyraren och arbetstagaren.

LAS gäller för anställda i uthyrningsföretaget. De rättigheter och skyldigheter som arbetstagaren har följer av anställningsavtalet mellan uthyraren och arbetstagaren och eventuella kollektivavtal. Vid anspråk får därför arbetstagaren rikta sig mot uthyraren dvs. arbetsgivaren.

3.8.7 Anlitande av enskild vårdgivare

När sjukvårdshuvudmannen anlitar en enskild läkare eller sjukgymnast genom samverkansavtal eller då sjukvårdshuvudmannen tecknar vårdavtal med enskilda privata vårdgivare är lagen om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft inte tillämplig. Frågan som då uppkommer är om den som utför arbetet skall anses vara arbetstagare eller uppdragstagare/företagare.

Det saknas, som tidigare nämnts i svensk rätt, en definition av arbetstagarbegreppet. Huvudregeln är att så fort någon anlitas för att utföra arbete för annans räkning skall han eller hon anses som arbetstagar, om det inte framgår att den som anlitas är självständig företagare.

3.8.8 Avgöranden från högsta instans

Förarbeten och praxis har haft betydelse för tolkning av en lagregel i de fall det kan vara svårt för domstolarna att avgöra om en viss regel är tillämplig i det enskilda fallet. Om regeln inte varit entydig har detta gällt särskilt.

Regeringsrätten (RR) har sedan 1909 varit högsta instans i bl.a. skattemål. Överinstans under RR har varit kammarrätt.

Den 1 juli 1961 inrättades Försäkringsdomstolen (FD) som högsta instans i socialförsäkringsmål. Ärenden överklagades från Riksförsäkringsverket (RFV) direkt till FD. Den 1 januari 1979 inrättades en ny instans för socialavgiftsfrågor, försäkringsrätterna, samtidigt som FD döptes om till Försäkringsöverdomstolen (FÖD).

Den 1 april 1982 ändrades instansordningen. Ärenden gällande socialavgiftsfrågor skulle fortsättningsvis i stället överklagas från RFV till Kammarrätten i Stockholm och sedan till RR.

Den första januari 1985 överflyttades uppbörden av socialavgifter till skatteförvaltningen med Riksskatteverket (RSV) som tillsynsmyndighet. Ärenden överklagas härefter från skatteförvaltningen till länsrätterna och sedan till kammarrätterna. Slutinstans var fortfarande RR.

Beträffande några yrkeskategorier finns avgörande beträffande arbetstagarbegreppet från FD och FÖD. Värdet av dessa domar kan enligt RSV Rapport 1998:4 F-skatt åt flera i någon mån diskuteras eftersom utgångspunkten för dessa avgöranden varit att i första hand tillgodose uppdragstagarnas behov av det skydd som en tillsvidareanställning ger. Inte desto mindre har dessa domar kommit att få en prejudiceffekt så till vida att såväl skattemyndigheterna som länsrätter och kammarrätter i socialförsäkringsärenden regelmässigt beslutat och dömt i enlighet med nämnda praxis. Det kan emellertid inte, framhålls det i ovan nämnda rapport, utslutas att RR vid en prövning i dag skulle göra andra bedömningar vad gäller vissa av de yrkeskategorier som varit föremål för FD:s och FÖD:s prövning.

Nedan följer en genomgång av några avgöranden av RR avseende gränsdragningen näringsverksamhet/tjänst vid utövande av verksamhet inom vårdsektorn.

Läkare

Det finns två avgöranden från RR som avser läkares ställning i nu berörda avseenden. I mål RÅ 81 ref. 1:17 blev läkaren G beskattad personligen för inkomster som uppburits av hans aktiebolag i enlighet med avtal mellan uppdragsgivaren och läkares bolag. Läkaren hade under det aktuella året sin ordinarie anställning hos landstinget med en lön av ca 125.000 kr. Hans aktiebolag, där läkaren var ensam anställd, skulle samma år mot en avtalad ersättning av ca 45.000 kr ställa honom till förfogande för Lesjöforsbolagets företagshälsovård. I målet, som gällde förhållandet till Lesjöforsbolaget, var avgörande för utgången bl.a. att arbetet utförts av läkaren personligen, att vissa arbetstider hade bestämts och att traktamente och bilersättning skulle utgå för varje arbetsdag. Uppdragsgivaren tillhandahöll lokaler, utrustning och sjuksköterska. Läkarbolaget hade inte haft någon anställd förutom G och bolaget hade inte belastats med några lönekostnader.

Notismålet RÅ 1993 not 150 gällde ett förhandsbesked om inkomsttaxering och skiljer sig från tidigare angivet mål eftersom bolaget som tillhandahöll tjänsterna hade flera personer anställda. Målet avsåg frågan om vem av två parter i ett uppdragsförhållande som skall betala de arbetsgivaravgifter som belöper på arbetsersättningen. Frågan var om det läkarbolag (uppdragstagaren) som ställde läkare till förfogande för arbete på en av landstingets (uppdragsgivaren) vårdcentraler skulle anses som arbetsgivare för läkarna. Uppdragsgivaren skulle hålla med lokaler, utrustning och övrig personal samt dessutom hålla anlitade läkare med bostad. Skattemyndigheten och länsrätten ansåg att landstinget skulle anses som arbetsgivare. I kammarrätten anförde läkarbolaget att det drev egen läkarverksamhet och hade ett flertal uppdragsgivare. Kammarrätten fann vid en samlad bedömning att bolaget och dess anställda läkare intagit en så oberoende ställning gentemot uppdragsgivaren att läkarna även i socialavgiftshänseende skulle anses som arbetstagare hos bolaget. RR gjorde samma bedömning.

Har läkaren egen praktik och egen lokal och vänder sig till allmänheten har det enligt RSV:s bedömning av praxis inte någon betydelse hur omfattande verksamheten är. Bedömningen skall då alltid bli att läkaren anses bedriva näringsverksamhet (se RSV rapport 1998:4 sid. 43).

Tandläkare

I RÅ 86 ref 134 var fråga om tre tandläkare som utöver sina ordinarie arbeten inom folktandvården extraarbetade som tandläkare under kvällar och helger. Mot ersättning hade man fått utnyttja annan tandläkares lokaler, inventarier och förbrukningsmaterial samt erhålla assistans av sköterskepersonal på sätt och i omfattning varom närmare överenskommelse skulle träffas. Av utredningen framgick bl.a. att tandläkarna själva disponerade över praktiken under sin arbetstid, ansvarade för behandlingen, debiterade själva sina patienter och mottog ersättning från försäkringskassan. RR fann vid sin bedömning att vid bestämmande av underlag för arbetsgivareavgifter skall det skatterättsliga arbetsgivarebegreppet vara vägledande. Utmärkande för detta är att verksamheten är självständig, varaktig och, i regel bedriven i vinstsyfte. Domstolen fann att de tre tandläkarnas verksamhet uppfyllde kraven på varaktighet och vinstsyfte. Vad som uppgetts angående verksamheten gav enligt rätten även vid handen att tandläkarna intagit en så oberoende ställning gentemot praktiklokalens innehavare att kraven på självständighet fick anses uppfyllt. De tre tandläkarna ansågs därför inte som arbetstagare i förhållande till praktiklokalens innehavare.

Sjukgymnast

Likartade omständigheter som i ovan refererade "tandläkarmål" förelåg i RÅ 86 not 836. En sjukgymnast B hade drivit sin verksamhet hos en sjukgymnast W mot viss fast ersättning. B ansågs inte som arbetstagare i förhållande till W.

Om sjukvårdshuvudmannen vid entreprenader träffar avtal med ett etablerat företag som har ett flertal anställda med verksamhet på flera håll uppstår normalt inga problem. Företaget anses vara arbetsgivare åt den personal som är anställd av företaget.

Om det däremot är fråga om ett litet företag med endast en person som driver företaget kan det vara svårare att avgöra om ett uppdragsförhållande eller ett anställningsförhållande har uppstått. Det kan också förekomma situationer där sjukvårdshuvudmannen har detaljreglerat en stor del av verksamheten såsom arbetstid, avgifter, verksamhetens exakta innehåll, var den skall drivas etc. Man får då göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

De kriterier som vid en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet kan tala för att ett uppdragsförhållande föreligger och inte ett anställningsförhållande är följande:

- Uppdragstagaren är inte personligt arbetskyldig utan kan låta någon annan utföra arbetet.
- Avtalsförhållandet är av mer tillfällig natur.
- Arbetsåtagandet är begränsat till vissa uppgifter.
- Utöver inskränkningar som beror på arbetes natur bestämmer yrkesutövaren själv hur, när och var arbete skall utföras.
- Yrkesutövaren använder sig av egna maskiner, redskap och dyl.
- Yrkesutövaren får själv stå för utgifterna för arbetes utförande.
- Ersättning för arbetets utförande är helt beroende av verksamhetens ekonomiska resultat.
- Yrkesutövaren är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en företagare inom verksamhetsgrenen.
- Avtalsparten för verksamheten har fått personligt tillstånd eller auktorisation av myndighet eller fått egen firma registrerad (F-skattsedel).

3.9 Förekomsten och omfattningen av alternativa driftformer inom landstingen

3.9.1 Inledning

Uppgifterna i detta avsnitt är i huvudsak hämtade från Landstingsförbundets rapport Offentligt finansierad privat öppen vård 1998. I rapporten redovisas omfattningen och riktningen på den offentligt finansierade privata öppna vården under år 1998. Uppgifterna i redovisningen kommer från svar på enkäter som förbundet skickat till sjukvårdshuvudmännen. Samtliga huvudmän har inte kunnat lämna svar på alla uppgifter som efterfrågades i enkäten. Detta har i så fall särskilt antecknats.

I redovisningen har tyngdpunkten lagts på läkare och sjukgymnaster med ersättning enligt LOL och FOL respektive LOS och FOS. För att visa omfattningen av hela den offentligt finansierade privata öppna vården hos läkare och sjukgymnaster redovisas även uppgifter om verksamhet som bedrivs av dessa yrkesgrupper med vilka huvudmännen tecknat vårdavtal.

3.9.2 Bakgrund

Enligt 12 § läkarvårdstaxan (1974:699) hade försäkringskassan det huvudsakliga betalningsansvaret för den läkarvård som lämnats av läkare som var uppförda på en särskild förteckning hos försäkringskassan. Enligt 3 § i läkarvårdstaxan kunde privatpraktiserande läkare som

åtagit sig att följa taxans bestämmelser ansluta sig till försäkringen genom att föras upp på en förteckning hos den allmänna försäkringskassa inom vars verksamhetsområde läkarvården bedrevs. Läkare som uppfördes på förteckningen kunde på egen begäran föras av från den. I 21 § fanns bestämmelser om möjlighet att avföra en privatpraktiserande läkare från förteckningen som bröt mot bestämmelser i taxan. Motsvarande bestämmelser fanns även för sjukgymnaster.

Genom ersättningslagarna, dvs. LOL och LOS, övertog landstingen och de tre landstingsfria kommunerna Gotland, Malmö och Göteborg fr.o.m. den 1 januari 1994 det direkta kostnadsansvaret från staten för ersättningen till privata läkare och sjukgymnaster som var anslutna till försäkringskassan. Med lagarna infördes samtidigt fria möjligheter för heltidsverksamma läkare och sjukgymnaster att driva verksamhet mot erhållande av offentlig finansiering. Det krävdes enbart att läkaren eller sjukgymnasten meddelade landstinget, senast sex månader innan verksamheten skulle påbörjas, sin avsikt att lämna läkarvård eller sjukgymnastikbehandling mot offentlig finansiering (11 § i respektive lag). Verksamheten kunde tidigast påbörjas fr.o.m. den 1 april 1994 enligt övergångsbestämmelser i lagen.

En läkare eller sjukgymnast som vid ikraftträdandet var uppförd på en förteckning hos den allmänna försäkringskassan kunde, om inte verksamheten väsentligen ändrades, enligt övergångsbestämmelser (p 4 och 5, SFS 1993:1651 resp. SFS 1993:1652)) få ersättning enligt LOL och LOS utan en sådan anmälan som föreskrevs i 11 §.

Den 1 januari 1994 trädde även lagen (1993:588) om husläkare i kraft. En specialist i allmän medicin, som vid ikraftträdandet var uppförd på försäkringskassans förteckning och som valde att övergå till verksamhet som husläkare enligt husläkarlagen, fick enligt övergångsbestämmelser till lagen om läkarvårdsersättning åter ta upp verksamhet enligt ersättningslagen utan prövning enligt den lagen (SFS 1993:1651, punkt 5).

Fr.o.m. den 1 juli 1994 infördes genom förordningarna (FOL och FOS) nya taxor för de privata läkarna och sjukgymnasterna.

Den 1 januari 1995 infördes begränsningar för läkare och sjukgymnaster att ansluta sig till den nationella ersättningsregleringen. I 5 § i LOL och 5 § LOS infördes bestämmelser om att läkarvårdsersättning respektive sjukgymnastikersättning enligt lagarna endast lämnades till läkare/sjukgymnast som träffat samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Av punkt 2 i övergångsbestämmelserna (SFS 1994:1961 och 1994:1962) till LOL och LOS lag föreskrevs att en läkare/sjukgymnast som vid ikraftträdandet var verksam mot ersättning enligt lagarna hade rätt till fortsatt sådan ersättning utan samverkansavtal enligt de nya före-

skrifterna. Vidare framgick det av punkt 3 i övergångsbestämmelserna att en läkare/sjukgymnast " som inte omfattas av punkt 2 men som före den 14 november 1994 gjort anmälan enligt 11 § i dess tidigare lydelse och som uppfyller kraven" att få läkarvårdsersättning och sjukgymnastikersättning "får påbörja verksamheten sex månader efter anmälan även utan samverkansavtal. Om verksamheten inte startar den 14 maj 1995 krävs samverkansavtal."

Vid utgången av år 1995 upphörde husläkarlagen att gälla (prop. 1994/95:195). Bestämmelser om vissa husläkares fortsatta verksamhet reglerades genom övergångsbestämmelser i såväl HSL, LOL som i lagen om fortsatt giltighet av försöksverksamhet med kommunal primärvård. Regeringen föreslog i propositionen att husläkarverksamhet som bedrevs enligt lagen av privatpraktiserande läkare inom primärvård skulle regleras i vårdavtal. Om överenskommelse inte kunde uppnås skulle de privatpraktiserande husläkarna ha rätt till ersättning enligt de nationella taxorna.

3.9.3 Läkerverksamhet

Antalet läkare

Antalet läkare med ersättning enligt lag och förordning om läkarvårdsersättning uppgick till 1 426 under år 1998. Bland dessa läkare ingår både läkare som träffat samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet, och läkare som inte innehar samverkansavtal men som på grund av övergångsbestämmelser omfattas av lagen. Det kan vara läkare som tidigare varit anslutna till försäkringskassan och läkare som påbörjade sin verksamhet under tiden det var "fritt" att arbeta med offentlig finansiering. Här kan även ingå husläkare som enligt övergångsbestämmelser övergick till att ge vård mot ersättning enligt de nationella taxorna.

Nedan redovisas antalet läkare med ersättning enligt lag och förordning under åren 1995 -1998. Den 1 januari 1996 trädde 9 § andra stycket LOL i kraft som anger att ersättning inte lämnas till läkare som vid behandlingstillfället fyllt 65 år om inte landstinget medger något annat. Detta är en av förklaringarna till att antalet privatpraktiserande läkare med läkarvårdsersättning minskade från 2 110 år 1996 till 1 667 år 1997.

Tabell 1: Antalet läkare med ersättning enligt lag och förordning om läkarvårdsersättning under 1995-1998.

År	Antal läkare med ersättning nationella taxa
1995	2 065
1996	2 110
1997	1 667
1998	1 426

Antalet läkarbesök

Det totala antalet offentligt finansierade besök hos privata läkare uppgick under år 1998 till drygt 6,3 miljoner. Därav gjordes cirka 3,2 miljoner besök hos läkare som erhöll ersättning enligt lag och taxa. 0,9 miljoner av dessa besök skedde hos specialister i allmän medicin.

Antalet besök hos läkare som erhöll ersättning på grund av vårdavtal uppgick under år 1998 till cirka 3,1 miljoner. Därav skedde drygt 1,6 miljoner besök hos specialister i allmän medicin.

I tabell 2 redovisas antalet offentligt finansierade besök under åren 1995-1998 (inkl. besök hos vikarier) hos läkare.

Tabell 2: Antalet offentligt finansierade läkarbesök hos privata läkare.

År	Besök med ersättning enligt lag	Besök med ersättning enligt vårdavtal	Summa
1995	4 042 373	649 874	4 692 247
1996	4 269 106	1 533 183 ¹	5 802 312 ¹
1997	3 897 902	2 170 175	6 068 077
1998	3 198 128	3 126 838	6 324 966

Utbetald ersättning

Ersättningssystemet som trädde i kraft den 1 juli 1994 innehåller tre arvodestyper; enkelt arvode, normalarvode och särskilt arvode. Ett patientbesök berättigar till ersättning i en av arvodestyperna. Systemet är uppbyggt med två ersättningstak. Ett första ersättningstak reducerar arvodet och efter det andra taket utgår endast patientavgiften. Åtgärder

¹ Inkl. besök hos privata husläkare som uppgår till 796 459 exkl. uppgift från Stockholms läns landsting.

som berättigar till särskilt arvode fanns från början inte med under ersättningstaken.

Den totala ersättning från sjukvårdshuvudmännen till de privata läkarna uppgick under 1998 till drygt 3 470 miljoner kronor. Den utbetalda ersättningen till läkare med rätt till ersättning enligt LOL uppgick till drygt 1 450 miljoner kronor. Av dessa utgjorde närmare 330 miljoner kronor ersättning till specialister i allmänmedicin. Den utbetalda ersättningen till läkare med ersättning enligt vårdavtal uppgick till drygt 2 020 miljoner kronor. Av dessa utgjorde 1 103 miljoner kronor ersättning till specialister i allmän medicin. I tabell 3 redovisas utbetald ersättning (tkr) till privata läkare 1995-1998.

Patientavgiften ingår inte i ersättningen utom vid frikortsbesök (enligt 26 a § hälso- och sjukvårdslagen, 1982:673) då huvudmannen även svarar för denna avgift.

Den dominerande ersättningen var normalarvode. I genomsnitt svarade normalarvodet för 84 procent av ersättningen. Särskilda åtgärder svarade för 9 procent. Reducerat normalarvode svarade för två procent. Enkelt arvode och reducerat särskilt arvode svarade för vardera en procent.

Tabell 3: Utbetald ersättning (tkr) till privata läkare.

År	Utbetald ersättning enligt lag	Utbetald ersättning enligt avtal	Summa
1995	1 700 203	320 418	2 020 621
1996	1 786 628	904 714 ²	2 691 342 ²
1997	1 727 218	1 526 115	3 253 333
1998	1 451 289	2 020 087	3 471 376

3.9.4 Sjukgymnastverksamhet

Antalet sjukgymnaster

Det totala antalet sjukgymnaster som erhöll ersättning enligt lag och förordning om ersättning för sjukgymnastik uppgick under 1998 till 1 855 personer. Bland dessa sjukgymnaster ingår både sjukgymnaster som träffat samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet, och sjukgymnaster som inte innehar samverkansavtal, men som på grund av

² Inkl. ersättning till privata husläkare som uppgick till närmare 460 miljoner exkl. uppgift från Stockholms läns landsting.

övergångsbestämmelser omfattas av lagen. De sistnämnda kan vara sjukgymnaster som varit anslutna till försäkringskassan eller sjukgymnaster som startade sin verksamhet under tiden det var "fritt" att arbeta med offentlig finansiering.

Nedan redovisas antalet sjukgymnaster med ersättning enligt lag och förordning under tiden 1995-1998.

Tabell 4: Antalet sjukgymnaster verksamma enligt lag och förordning om sjukgymnastik under 1995-1998.

År	Antal sjukgymnaster med ersättning enligt nationell taxa
1995	2 346
1996	2 303
1997	2 136
1998	1 855

Antalet besök

Det totala antalet offentligt finansierade besök hos privata sjukgymnaster med offentlig finansiering uppgick under år 1998 till drygt 5,1 miljoner. Det gjordes närmare 4,4 miljoner besök hos sjukgymnaster som erhöll ersättning enligt lag och förordning och drygt 0,7 miljoner besök hos sjukgymnaster som erhöll ersättning på grund av vårdavtal.

I nedanstående tabell redovisas antalet offentligt finansierade besök (inklusive besök hos vikarie) hos sjukgymnaster under 1995-1998.

Tabell 5: Antalet offentligt finansierade besök hos privata sjukgymnaster 1995-1998.

År	Besök med ersättning enligt lag	Besök med ersättning enligt vårdavtal	Summa
1995	4 608 563	183 387	4 791 950
1996	4 655 205	190 831	4 846 036
1997	4 691 734	278 758	4 970 492
1998	4 388 559	746 555 ³	5 135 114 ³

³ Exkl. uppgifter för Landstinget Skaraborg (7 000 besök under 1997).

Utbetald ersättning

Nuvarande ersättningssystem som trädde i kraft den 1 juli 1994 innehåller tre arvodestyper; enkelt arvode, normalarvode och särskilt arvode. En patient berättigar till en av arvodestyperna. Systemet är uppbyggt med två ersättningstak. Efter första ersättningstaket reduceras arvodet och efter det andra taket utgår endast patientavgiften. Åtgärder som berättigar till särskilt arvode låg från början utanför ersättningstaken.

Från och med den 1 januari 1997 fördes även ersättning för särskilda åtgärder in under ersättningstaken. Detta innebär att ett reducerat särskilt arvode utbetalas då vårdgivarens ersättning överstiger det första ersättningstaket. Efter det andra ersättningstaket utgår endast patientavgiften.

Den totala *ersättningen* från sjukvårdshuvudmannen till de privata sjukgymnasterna uppgick under 1998 till drygt 1 040 miljoner kronor. Den utbetalda ersättningen till sjukgymnaster med ersättning enligt LOS uppgick till drygt 855 miljoner kronor. Den utbetalda ersättningen från sjukvårdshuvudmannen till sjukgymnaster med ersättning enligt vårdavtal uppgick till närmare 186 miljoner kronor.

Patientavgiften ingår inte i ersättningen utom vid frikortsbesök (enligt 26 a § hälso- och sjukvårdslagen, 1982:673) då huvudmannen även svarar för denna avgift.

Den dominerande ersättningen var normalarvode. I genomsnitt svarade normalarvodet för 84 procent av ersättningen. Ersättning för särskilda åtgärder svarade för 13 procent. Reducerat normalarvode svarade för två procent. Enkelt arvode och reducerat särskilt arvode svarade vardera för en procent av ersättningen.

Tabell 6: Utbetald ersättning (tkr) till privata sjukgymnaster 1995-1998.

År	Utbetald ersättning enligt lag	Utbetald ersättning enligt avtal	Summa
1995	829 457	37 393	866 850
1996	844 500	32 568	877 068
1997	915 155	51 577	972 732
1998	856 735	185 617	1 042 352

3.10 Omfattningen av alternativa driftformer inom kommunerna

3.10.1 Inledning

Uppgifterna i detta avsnitt har hämtats från skriften *Konkurrens för fortsatt välfärd ? - om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftformer* utgiven av Svenska Kommunförbundet 1999.

Kommunernas totala omsättning inklusive de kommunala företag och kostnader för verksamheten i alternativa driftformer i övrigt uppgick 1997 till omkring 413 miljarder kronor. Kommunernas kostnader för verksamhet i egen regi och för verksamhet i alternativa driftformer exklusive de kommunala företagen uppgick till cirka 300 miljarder. De mjuka verksamheterna dvs. utbildning, barnomsorg, äldre- och handikappomsorg, individ- och familjeomsorg samt kultur och fritid svarade för 240,7 miljarder kronor eller cirka 80 procent av kommunernas bruttokostnader.

Enligt nationalräkenskaperna (1996) uppgick kommunernas kostnader för verksamhet i alternativ drift till närmare 15 miljarder kronor eller cirka 5 procent av de totala bruttokostnaderna för de mjuka verksamheterna. Dessa siffror är dock behäftade med ett antal osäkerhetsfaktorer. Ofta redovisas t.ex. inte kommunernas lokalkostnader för verksamhet som drivs i alternativ drift som kostnader för den alternativa driften. Dessutom är det vanligt att de alternativa utförarna tar ut avgifter från sina kunder. Dessa avgifter utgör en delfinansiering av verksamheten och sänker kommunernas bruttokostnader för den alternativa verksamheten. Detta torde, menar man i ovan nämnda skrift, innebära att bruttokostnaden om fem procent för alternativa driftformer motsvaras av en betydligt större andel av den totala verksamheten som produceras i kommunerna.

3.10.2 Alternativa driftformer inom olika verksamhetsområden

Med hänsyn till inriktningen på utredningens arbete redovisas i detta avsnitt enbart hälso- och sjukvårdstjänster och tjänster rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård. Uppgifterna är även här hämtade ur Svenska Kommunförbundets ovan nämnda skrift.

Social hemtjänst/hemsjukvård i ordinärt boende eller eget boende

Antalet personer som beviljas bistånd i form av hemtjänst/hemsjukvård i ordinärt eller eget boende har minskat under många år. 1997 beviljades bistånd till 145 872 personer. Detta innebar en minskning med 8 845 personer eller nära sex procent jämfört med 1995. Under år 1997 fick 6 114 personer sin hemtjänst eller hemsjukvård utförd av privata företag. Detta motsvarar en marknadsandel på 4,19 procent. Under år 1995 var motsvarande andel 4,33 procent.

Social hemtjänst/hemsjukvård för boende på servicehus och i service-lägenhet

Antalet personer som bodde på servicehus och i servicelägenheter och beviljades bistånd i form av social hemtjänst/hemsjukvård var 1997 48 784 personer, vilket var 484 fler än 1995. Detta innebär en ökning med cirka en procent. Under år 1997 fick 3 954 personer sin hemtjänst/hemsjukvård utförd av privata företag. Detta motsvarade en marknadsandel på 8,1 procent. 1996 var motsvarande andel 6 procent. (Uppgifter från 1995 saknas).

Särskilda bondeformer

Antalet personer som beviljats bistånd i form av plats i särskilda boendeformer var under år 1997 136 206 personer. Jämfört med 1995 var detta en ökning med 806 personer eller med 0,5 procent. 1997 fanns 14 350 platser som drevs av privata företag. Detta motsvarade 10,54 procent av det totala antalet platser. Motsvarande andel var under år 1995 7,98 procent. Andelen kommuner som hade lagt delar av äldreomsorgen på privat entreprenör uppgick till 37 procent 1996.

Individ- och familjeomsorg

Inom individ- och familjeomsorgen är omfattningen av alternativa driftformer förhållandevis stor. Inom området missbruksvård för vuxna beräknas andelen insatser som kan hänföras till alternativ drift till 43 procent. Inom området barn och ungdom beräknas 70 procent av insatserna bedrivas av annan än kommunen.

Olika alternativa utförare

Det finns för närvarande utom kommunerna upp mot 500 olika aktörer som med offentlig finansiering arbetar med

1. sluten vård, dvs. sjukvård, geriatrisk vård och vård i särskilda boendeformer,
2. vård och service till boende i servicehus, servicelägenheter och ålderdomshem,
3. hem för vård eller boende (behandlingshem för missbrukare, för ungdom, barnhem, jourhem m.m.),
4. gruppboendestäder m.m. för psykiskt utvecklingsstörda.

Enligt statistik från statiska centralbyrån utgörs cirka 100 av de 500 entreprenörerna av stiftelser. Resterande del drivs som aktiebolag med minst en miljon kronor i omsättning. Totalt har de cirka 15 000 anställda personer och omsätter cirka 6,6 miljarder kronor.

- När det gäller sluten vård finns cirka 150 entreprenörer med 6 500 anställda personer. De omsätter ungefär 2,5 miljarder kronor.
- Drift av servicehus omfattar cirka 80 entreprenörer med 6 400 anställda. De omsätter cirka 2,1 miljarder kronor.
- Gruppboendestäder för psykiskt utvecklingsstörda drivs av 50-talet producenter med cirka 750 anställda. De omsätter 0,75 miljarder kronor.
- Det finns cirka 240 entreprenörer av olika hem för vård eller boende. Sammanlagt har dessa entreprenörer cirka 2 500 anställda personer. De omsätter cirka 1,3 miljarder kronor.
- 25 procent av företagen finns i Stockholms län. Cirka hälften av företagen finns i de tre storstadsregionerna. Endast ett företag finns i Norrbotten. Vart nionde företag har startats under de tre senaste åren. Detta gäller dock inte företag som bedriver sluten vård. Nästan hälften av dessa företag är äldre än femton år.

4 Tandvård, företagshälsovård och telemedicin

4.1 Inledning

Utredningen skall enligt tilläggsdirektiven utreda om LOU är tillämplig vid landstingens och köp av hälso- och sjukvårdstjänster från privata tandläkare och landstingens och kommunernas köp av företagshälsovårdstjänster från privata enheter. Därutöver har till utredningen från Socialdepartementet överlämnats en skrivelse från Landstingsförbundet angående telemedicin. I detta kapitel beskrivs därför särskilt regelsystemen för tandvård och företagshälsovård. Dessutom lämnas en kort beskrivning av telemedicinska tjänster.

I *avsnitt 4.2* redogörs således särskilt för framväxten av tandvårdslagstiftningen.

I *avsnitt 4.3* behandlas därefter nu gällande regler om tandvård.

Avsnitt 4.4 beskriver därpå gällande regler om företagshälsovård och *avsnitt 4.5* behandlar slutligen telemedicin.

4.2 Tandvård

4.2.1 Inledning

År 1973 fattade riksdagen beslut om en genomgripande tandvårdsreform. Reformen, som trädde i kraft den 1 januari 1974, bestod av två delar. Den ena innebar att landstingen ålades ett ansvar för barn- och ungdomstandvård och för specialisttandvård. Den andra delen innebar att en allmän tandvårdsförsäkring för vuxna infördes. I folktandvårdslagen (1973:457) gavs sålunda bestämmelser om folktandvård som anordnades av landstingskommunerna. Av lagen framgick bl.a. att landstingskommunerna skulle svara för att barn och ungdomar bosatta inom landstingskommunen skulle erhålla tandvård. Denna tandvård var avgiftsfri fram till det år då patienten fyllde nitton år. Vidare hade landstingskommunen enligt lagen att svara för specialisttandvården för vuxna som var bosatta inom landstingskommunen. I samband med folktandvårdslagens ikraftträdande infördes även den allmänna tandvårdsförsäk-

ringen. I 2 kap. lagen (1962:381) om allmän försäkring (AFL) infördes bestämmelser om ersättning för tandvårdskostnader. Försäkringen avsåg alla former av tandvård inbegripande även förebyggande vård inom såväl folktandvården som hos privatpraktiserande tandläkare som var anslutna till försäkringen. Syftet med reformen var att göra nödvändig tandvård ekonomiskt tillgänglig för den breda befolkningen och att integrera tandvård som en angelägen del av den allmänna sjukförsäkringen. Införandet av en allmän tandförsäkring innebar bl.a. att en tandvårdstaxa med reglerade arvoden för angivna åtgärder infördes. Taxan var uppdelad i skilda avdelningar för tandläkare, tandhygienister, tandsköterskor och för tandtekniska arbeten. Patientavgiften beräknades som en procentuell andel av det sammanlagda arvodet för behandlingen.

Den fastlagda utbyggnaden av folktandvården försvårades inledningsvis av bristen på tandläkare. För att tandvårdens behov av tandläkare skulle säkerställas infördes övergångsbestämmelser i lagen (1973:456) om ändring i AFL. En möjlighet gavs därvid för RFV att vid behov begränsa nya tandläkares rätt att ansluta sig till försäkringen. Det prövades då olika åtgärder av frivillig natur för att hindra övergången av tandläkare från folktandvården till privat tandvård. Detta ledde emellertid inte till avsett resultat. För att säkerställa behovet av tandläkare för barn- och ungdomstandvården fann RFV det nödvändigt att begränsa tandläkarnas rätt att ansluta sig till försäkringskassans ersättningsregler. Begränsningen för tandläkare att ansluta sig till tandvårdsförsäkringen kvarstod även sedan tillgången på tandläkare avsevärt förbättrats. Syftet med detta var att utjämna tillgången på tandläkare mellan olika delar av landet.

4.2.2 Tandvårdslagen

Genom införandet av tandvårdslagen (1985:125, prop. 1984/85:79; TVL) den 1 januari 1986 upphörde folktandvårdslagen att gälla. Lagen gäller alltså men har sedan ikraftträdandet ändrats vid ett flertal tillfällen. TVL gäller i princip för all tandvård, dvs. både landstingens och de privata tandläkarnas tandvård. Lagen är utformad med HSL som förebild. Av 2 § framgår att målet för tandvården är en god tandhälsa och en tandvård på lika villkor för hela befolkningen. I likhet med bestämmelserna i HSL framgår av lagen att vården skall vara av god kvalitet, tillgodose patientens behov av trygghet i vården och behandlingen, vara lätt tillgänglig, bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet samt främja goda kontakter mellan patienten och vårdpersonalen. Vidare framgår det att särskild vikt skall läggas vid

förebyggande åtgärder. Vården och behandlingen skall så långt möjligt utformas och genomföras i samråd med patienten. Den tandvård som landstinget själv bedriver benämns i lagen folktandvård. Folktandvården skall enligt 7 § TVL svara för

1. regelbunden och fullständig tandvård för barn och ungdomar till och med det år då de fyller nitton år,
2. specialisttandvård för vuxna,
3. övrig tandvård för vuxna i den omfattning som landstinget bedömer lämplig.

Tandvård som ges till barn och ungdomar är i huvudsak avgiftsfri. Av övriga patienter får landstinget ta ut vårdavgifter enligt grunder som landstinget bestämmer. Av 8 § TVL följer att landstinget skall planera i sin tandvård med utgångspunkt i befolkningens behov av tandvård. Planeringen skall avse även den tandvård som erbjuds av annan än landstinget. I propositionen 1984/85:79 (sid. 33 f) uttalades att det var regeringens uppfattning att barn- och ungdomstandvården borde bedrivas av folktandvården.

4.2.3 Föreslagna förändringar i ersättningssystemet

I januari 1994 överlämnade regeringen till riksdagen propositionen *Förändrat ersättningssystem för tandvården* (prop.1993/94:93). I propositionen lades förslag om riktlinjer för ett nytt ersättningssystem för vuxentandvården. I propositionen förespråkades även att begränsningarna att ansluta sig till tandvårdsförsäkringen skulle upphävas. Riksdagen beslöt att godkänna de i propositionen föreslagna riktlinjerna. Regeringen överlämnade därefter till riksdagen proposition *Ersättningssystemet för vuxentandvård* (prop. 1993/94:221). Propositionen innehöll bl.a. förslag till lagändringar och ytterligare redovisning för hur ett förändrat ersättningssystem skulle utformas. Vidare innehöll propositionen förslag till tandläkares och legitimerade tandhygienisters rätt till fri anslutning med tandvårdsersättning från sjukförsäkringen. Det fanns även i propositionen förslag om att bolag, föreningar och stiftelser som bedriver verksamhet med tandvård som meddelas av tandläkare eller legitimerad tandhygienist skulle erhålla rätt att ansluta verksamheten till sjukförsäkringen. Riksdagsbehandlingen av propositionen blev omfattande och slutade med att riksdagen i juni 1994 avslog den sist nämnda propositionen och upphävde beslutet om godkännande av riktlinjerna.

4.2.4 Tandvårdstaxan

Med tiden kom tandvårdstaxan (1973:638) att bli föremål för betydande förenklingar och korrigeringar. Antalet åtgärder för tandläkare och tandtekniker minskade och särskilda taxor infördes för tandhygienister och behöriga tandsköterskor. Reduktionen av tandläkare- och tandteknikeråtgärderna medförde att flera behandlingsmoment än tidigare kom att hänföras till tidsdebiterade åtgärder. Tandvårdstaxans konstruktion var därefter i huvudsak oförändrad mellan åren 1987 och hösten 1996 även om höjningar av patientens kostnadsandel genomfördes vid flera tillfällen i anslutning till besparingar i statsbudgeten. Regeringen aviserade i 1996 års ekonomiska vårproposition (prop. 1995/96:150) att förändringar av besparingskäl skulle ske i tandvårdstaxan. Det angavs därvid att en reviderad tandvårdstaxa för allmäntandvård och specialisttandvård skulle införas den 1 oktober 1996. RFV fick därvid i uppdrag att utarbeta ett förslag till en sådan reviderad taxa. Den reviderade taxan trädde i kraft den 15 oktober 1996. I ovan nämnda proposition angav regeringen vidare sin avsikt att en begränsning och omstrukturering av tandvårdsförsäkringen skulle ske från år 1998. Samtliga subventioner i försäkringen skulle avskaffas med undantag för ett ekonomiskt stöd till vissa s.k. särskilda patientgrupper, dvs. grupper som till följd av sjukdom eller funktionshinder har särskilda tandvårdsbehov.

4.3 Nu gällande tandvårdsstöd

I propositionen 1997/98:112 *Reformerat tandvårdsstöd* lämnade regeringen förslag till en omstrukturering av ersättningssystemet för vuxentandvård (tandvårdsförsäkringen) fr.o.m. den 1 januari 1999. I propositionen uttalades att tandvårdsförsäkringen skall inriktas på att ge alla vuxna ett ekonomiskt stöd för den dagliga hälsobefrämjande tandvården, s.k. bastandvård. Vissa äldre personer samt andra personer som till följd av sjukdom eller funktionshinder har särskilda tandvårdsbehov skall enligt förslagen i propositionen få ett bättre ekonomiskt stöd. Stödet för bastandvården innebär enligt förslaget att tandvårdsersättning lämnas för all tandvård med undantag för i huvudsak undersökningar och protetiska åtgärder med fasta krontalsbelopp per utförd åtgärd enligt en ny tandvårdstaxa. Vårdgivaren skall enligt förslaget fastställa patientavgiften. För personer som till följd av långvarig sjukdom eller funktionshinder har väsentligt ökade tandvårdsbehov föreslogs det i propositionen att tandvårdsersättningen skulle lämnas för alla tandvårdsinsatser med fasta krontalsbelopp. Vidare föreslogs att

personer boende i särskilda boendeformer för service och omvårdnad av äldre och funktionshindrade m.fl. skall erbjudas uppsökande vård, varvid besöket för en munvårdsbedömning och individuell rådgivning m.m. skall vara avgiftsfritt. För de behandlingsinsatser som därefter kan bli nödvändiga föreslogs att patienten skulle betala en avgift som för öppen hälso- och sjukvård. Landstingen föreslogs svara för finansieringen och få ersättning från staten för detta. Även för personer som har behov av särskilda tandvårdsinsatser som ett led i en sjukdomsbehandling under en begränsad tid föreslogs avgiftsbestämmelserna vid öppenvårdsbesök inom hälso- och sjukvården gälla.

I propositionen föreslogs således att principerna om en högsta taxa-ersättning avskaffades och att prissättningen för tandvården blir fri för vårdgivarna. Vidare föreslog regeringen att de begränsningar som gällt för tandläkare sedan mitten av 1970-talet för att omfattas av tandvårdsförsäkringens ersättningssystem slopades vid införandet av det nya ersättningssystemet. I propositionen föreslogs därför införandet av två nya paragrafer i 2 kap. AFL innebärande att vårdgivaren skriftligen till försäkringskassan skall anmäla sin avsikt att påbörja/upphöra ge tandvård i enskild verksamhet mot ersättning enligt lagen. Därutöver föreslogs vårdgivarebegreppet ändrat så att det med vårdgivare skulle avses antingen verksamhet som bedrivs i offentlig regi eller företag som bedriver tandvårdsverksamhet oavsett företagsform. Skälen för regeringens förslag angavs vara att möjligheterna att bedriva näringsverksamhet skulle öka och att konkurrensvillkoren mellan offentlig och privat sektor därmed skulle bli mer likvärdiga om anslutningsbegränsningen av tandläkare avskaffades och rätten till ersättning från tandvårdsförsäkringen i stället knöts till det företag som bedriver tandvårdsverksamhet. Vårdgivaren, inte den enskilde yrkesutövaren, skall vara ekonomiskt och administrativt ansvarig inför försäkringskassan. Det odontologiska ansvaret mot patienten skall dock åvila den ansvarige tandläkaren eller tandhygienisten inom ramen för hans eller hennes legitimation.

Socialutskottet ställde sig, efter hörande av Lagrådet, i sitt av riksdagen bifallna betänkande (1997/98:SoU 25, rskr. 1997/98:289), bakom de i propositionen föreslagna förändringarna. Utskottet uttalade i betänkandet att det behövdes ytterligare åtgärder, utöver de som föreslagits i propositionen, för att främja konkurrensen mellan offentlig och privat tandvård. Utskottet uttalade därvid att det ansåg att regeringen snarast bör ta initiativ till att frågan om särredovisning av folktandvårdens kostnader för vuxentandvården och barn- och ungdomstandvården ges en tillfredsställande lösning. Utskottet ansåg vidare att regeringen skall se till att nuvarande obalans mellan offentlig och privat tandvård när det gäller mervärdesskatt får en lösning. Utskottet påtalade också

vikten av att fler landsting utnyttjar möjligheten att konkurrensutsätta barn- och ungdomstandvården.

Genom förordning (1998:1337) om tandvårdstaxa, vilken trädde i kraft den 1 januari 1999, infördes nya taxebestämmelser och 1973 års tandvårdstaxa upphörde att gälla.

4.3.1 Särskilda patientgrupper

Som tidigare nämnts skall personer som bor i särskilda boendeformer för service och omvårdnad samt personer som bor i egen bostad och som har så stora behov av vård och / eller omsorg att de kan jämföras med boende på sjukhem eller motsvarande, genom uppsökande verksamhet erbjudas en kostnadsfri munvårdsbedömning, individuell rådgivning och instruktion om daglig munvård. För behandlingsinsatser som därefter kan bli nödvändiga skall patienten betala en avgift som tillämpas inom den öppna hälso- och sjukvården.

Sjukvårdshuvudmännen skall i samråd med kommunerna svara för verksamheten och få ersättning från staten. De grupper av personer som närmast bör kunna komma i fråga för stödet (prop. 1997/98:112) är somatiska eller psykiskt långtidssjuka, äldre personer som behöver särskild service och omvårdnad, yngre personer med funktionshinder som har motsvarande behov, personer som har hemsjukvård, personer som omfattas av lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) samt personer som i övrigt har sådana behov av vård, omsorg och service att de inte själva kan söka tandvård.

I propositionen anges att landstingen förutsätts träffa avtal eller överenskommelser med privata vårdgivare eller folktandvården om hur denna uppsökande verksamhet och den efterföljande nödvändiga tandvården skall fungera och ersättas. Detta kan ske efter ett sedvanligt upphandlingsförfarande. För att hålla samman ansvaret för den uppsökande verksamheten och därefter nödvändig tandvård torde det, enligt regeringens mening, vara lämpligt att det för varje boendeenhet, hemtjänstområde eller liknande finns ett avtal eller en överenskommelse med en vårdgivare. Skulle den enskilde inte godta ett erbjudande om nödvändig tandvård enligt denna stödmodell står det, enligt utlåtande i propositionen, denne fritt att vända sig till annan vårdgivare.

I propositionen anges vidare att regeringen förutsätter att landstingen kommer att konkurrensutsätta denna verksamhet och att regeringen därför inte beredd att föreslå lagstiftning om att verksamheten skall konkurrensutsättas. Vidare hänvisar regeringen till att Utredningen om sjukvårdsupphandling tillsatts.

4.3.2 Barn- och ungdomstandvård

Landstingen dvs. folktandvården skall enligt 7 § TVL svara för regelbunden och fullständig tandvård för barn och ungdomar t.o.m. det år de fyller 19 år. Denna tandvård som inte omfattas av försäkringen är avgiftsfri för patienten. Enligt 5 § TVL ges dock landstingen möjlighet att anlita annan vårdgivare än folktandvården för att utföra sådan tandvård. Detta tillägg i lagen beslutades av riksdagen under hösten 1992 (prop. 1992/93:43, rskr.1992/93:105) i syfte att öka inslagen av konkurrens i den kommunala verksamheten. År 1996 hade tio landsting infört möjligheten till s.k. fritt tandvårdsval inom barn- och ungdomstandvården. Detta innebär (se Socialutskottets betänkande 1997/98:SoU25 sid. 27) att mer än 40 procent av patienterna har möjlighet att välja mellan folktandvård och privat tandvård.

Socialutskottet påtalar i betänkandet att utskottet ser positivt på denna utveckling som ett led i förbättrade konkurrensvillkor mellan folktandvård och privat tandvård. Det är enligt utskottets mening angeläget att fler landsting utnyttjar möjligheterna att konkurrensutsätta verksamheten.

4.4 Företagshälsovård

4.4.1 Internationell reglering

Den av internationella arbetstagarorganisationen (ILO) antagna konventionen om företagshälsovård (nr 161) ratificerades av Sverige år 1986 (prop. 1985/86:141, bet. 1985/86AU16, rskr. 1985/86:253). Konventionen innehåller riktlinjer för en nationell politik om företagshälsovård, företagshälsovårdens uppgifter, organisation och dess verksamhetsvillkor samt allmänna villkor. Företagshälsovården bör enligt artiklarna 9 och 10 i enlighet med nationell lagstiftning och praxis vara multidisciplinär samt professionellt oberoende i förhållande till arbetsgivare, arbetstagarare och deras företrädare. Enligt artikel 3 har medlemsstaterna åtagit sig att successivt bygga ut företagshälsovården för alla arbetstagarare. Detta kan enligt artikel 6 ske genom lagstiftning, kollektivavtal eller på annat sätt som godkänts av en behörig myndighet i samråd med arbetsmarknadens parter. Sverige har senast i januari 1994 rapporterat till ILO om konventionens tillämpning.

Europarådets sociala stadga, vilken Sverige ratificerat 1962, innehåller en rad principer och åtaganden vilka konventionsstaterna skall sträva efter att förverkliga. Dessa principer framgår av stadgans första del. I stadgans andra del anges rättigheter som konventionsstaterna förbundit

sig att garantera. Konventionsstaterna har därvid bl.a. förbundit sig att utforma och genomföra en enhetlig nationell politik avseende säkerhet och hälsa på arbetsplatsen och i arbetsmiljön. Främsta syftet skall vara att förbättra säkerheten på arbetsplatsen och att förebygga arbetsrelaterade olyckor och skador.

Den sociala stadgan har omarbetats och fr.o.m. år 1996 föreligger den reviderade sociala stadgan. Sverige har den 29 maj 1998 ratificerat den reviderade sociala stadgan med undantag av bl.a. artikel 3.4 (prop. 1997/98:82, bet.1997/98AU12, rskr. 1997/98:187). Den reviderade sociala stadgan kommer dock inte att träda i kraft förrän ytterligare två stater har ratificerat den. Av artikel 3.4 i den reviderade sociala stadgan framgår att konventionsstaterna skall främja utvecklingen av företagshälsovård som har en huvudsakligen förebyggande och rådgivande funktion för alla arbetstagare. Anledningen till att Sverige har undantagit artikel 3.4 från ratifikation var att man ville avvakta det då pågående utredningsarbetet angående företagshälsovården. Det svenska arbetet kring företagshälsovården har nu färdigställts i departementsskrivelse Ds 1998:17. Förslag till ändrad lagstiftning har lämnats i en proposition om företagshälsovård 1998/99:120.

Det s.k. ramdirektivet på arbetsmiljöns område, rådets direktiv 89/391/EEG av den 2 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet, innehåller minimikrav för säkerhet och hälsa på arbetsplatser. Direktivet syftar till att främja förbättringar, framför allt på arbetsmiljöområdet, och att trygga en högre skyddsnivå för arbetstagarnas säkerhet och hälsa. Det framgår av direktivet bl.a. att arbetsgivaren skall anlita sakkunnig hjälp utifrån i de situationer där skydds- och förebyggande verksamhet inte kan organiseras på grund av brist på kompetent personal i företaget.

4.4.2 Det svenska regelsystemet

Företagshälsovården i Sverige har vuxit fram på initiativ av parterna på arbetsmarknaden som en partsobunden, utredande och rådgivande expertresurs i det lokala arbetsmiljöarbetet på arbetsplatserna.

Arbetsgivaren har enligt arbetsmiljölagen (1977:1160; AML) huvudansvaret för arbetsmiljön och skall enligt 3 kap. 2 § första stycket vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagaren utsätts för ohälsa eller olycksfall. Av andra stycket i paragrafen framgår arbetsgivarens skyldighet att, om arbetsförhållandena påkallar det, föranstalta om företagshälsovård i den omfattning som verksamheten kräver. Den 1 juli 1991 infördes i 3 kap. 2 a § AML särskilda regler som anger arbetsgivarens skyldighet att planera, leda och kontrollera arbets-

miljöarbetet samt arbetsgivarens ansvar att på ett lämpligt sätt organisera arbetsanpassnings- och rehabiliteringsverksamheten på arbetsplatsen för att fullgöra de uppgifter som följer enligt AML och enligt 22 kap. AFL (prop. 1990/91:140, AU 15, rskr. 1990/91:303). Bestämmelsen innebär bl.a. ett krav på att arbetsmiljöfrågorna skall integreras med övriga frågor som rör verksamheten i dess helhet (internkontroll). Bestämmelsen innebär även att arbetsgivarens ansvar för den arbetsinriktade rehabiliteringen utökas.

4.4.3 Samverkan

Den 1 januari 1998 trädde nya bestämmelser för samverkan inom rehabiliteringsområdet i kraft (prop. 1996/97:63, bet. 1996/97:SfU 12, rskr. 1996/97:273). Enligt dessa bestämmelser behöver lokala former för samverkan inte längre något särskilt godkännande av regeringen eller någon myndighet. Det är de inblandade aktörerna själva som beslutar att bedriva samverkan utifrån lokala förutsättningar och behov.

I propositionen 1996/97:63 *Samverkan, socialförsäkringens ersättningsnivåer och administration m.m.* anförde regeringen att det finns ett stort behov av att mer effektivt utnyttja samhällets samlade resurser för att bättre kunna tillgodose enskilda människors behov av olika stödåtgärder. Många människor med långvarig arbetslöshet, psykosociala eller hälsomässiga problem kan lätt hamna i en gråzon mellan olika ersättningssystem, eftersom problembilden ofta inte renodlat faller inom någon viss myndighets ansvarsområde. Detta kan leda till en rundgång mellan socialtjänst, försäkringskassa, arbetsförmedling och landstingets primärvård med många gånger kortsiktiga och ineffektiva insatser som följd. I propositionen anges vidare att det finns starka skäl att utveckla bra och ändamålsenliga samverkansmodeller som ger bättre förutsättningar för rehabiliteringsarbete.

I budgetpropositionen för år 1998 (prop. 1997/98:1, utgiftsområde 10) lämnade regeringen förslag i syfte att underlätta samverkan mellan försäkringskassa, hälso- och sjukvården och socialtjänsten. I propositionen föreslogs också att Arbetsmarknadsstyrelsen, Riksförsäkringsverket och Socialstyrelsen skulle ha ett gemensamt mål att främja samverkan inom rehabiliteringsområdet för att uppnå en effektivare användning av tillgängliga resurser, allt i syfte att underlätta för den enskilde att försörja sig genom eget arbete. Riksdagen har ställt sig bakom regeringens förslag (bet. 1997/98:SfU1, rskr. 1997/98:111). Det nya samverkansmålet har därefter förts in i regleringsbrev för år 1998 avseende RFV, Arbetsmarknadsstyrelsen, Socialstyrelsen samt Arbetarskyddsstyrelsen.

4.4.4 Regler om offentlig ersättning för enskilda vårdgivare verksamma inom företagshälsovården

Läkare med specialistutbildning inom företagshälsovård omfattas enligt 7 § andra stycket LOL inte av ersättningssystemet. Ett motiv för detta var bl.a. att kostnader som ankommer på arbetsgivaren i så fall skulle belasta landstingen. Vissa företagshälsovårdsenheter har emellertid tillgång till landstingsfinansierad hälso- och sjukvård genom att de anlitat eller har anställt läkare som har annan enligt LOL godkänd specialistkompetens och som har rätt att uppbära ersättning enligt lagen. Vissa andra företagshälsovårdsenheter har tecknat vårdavtal med sjukvårdshuvudmännen om att bedriva en viss andel hälso- och sjukvård inom ramen för företagshälsovård. I tidigare nämnda departementsskrivelse om företagshälsovård (Ds 1998:17) ansåg man att sådana företagshälsovårdsenheter har en konkurrensfördel gentemot andra företagshälsovårdsenheter som inte har tillgång till läkare eller sjukgymnaster med samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen och som därför inte har rätt att uppbära ersättning enligt ersättningslagarna och i stället måste ta ut full ersättning av sina kunder för utförda tjänster.

4.4.5 Avdrag för kostnader relaterade till företagshälsovård

Enligt KL har arbetsgivare rätt till avdrag för kostnader relaterade till företagshälsovård och arbetslivsinriktade rehabiliteringsåtgärder. Avdragsrätten regleras i punkt 34 i anvisningarna till 23 § KL. I förarbetena till punkt 34 finns kriterier upptagna för vad som vid beskattningen kan anses vara företagshälsovård (prop. 1994/95:182 sid. 27 f.). Följande kriterier har därvid uppställts för att avdrag för kostnader för företagshälsovård skall medges;

- företagshälsovården är en professionell och oberoende rådgivare för arbetsgivare och arbetstagare,
- företagshälsovårdens uppgift är att arbeta så att ändamålet med arbetsmiljön uppfylls,
- företagshälsovården arbetar med det förebyggande arbetsmiljöarbetet och arbetslivsinriktad rehabilitering,
- företagshälsovården är baserad på en bred kompetens inom ämnesområden som medicin, teknik, beteendevetenskap, arbetsorganisation och rehabiliteringsmetodik,

- företagshälsovård identifierar och beskriver sambanden mellan arbetsmiljö, organisation, produktivitet och hälsa samt lämnar förslag till åtgärder och verkar aktivt för att dessa genomförs.

4.4.6 Arbetsgivares skyldighet att anordna företags- hälsovård

Regeringen har under våren 1999 i prop. 1998/99:120 angående företagshälsovård föreslagit regler som syftar till att förtydliga arbetsgivarens ansvar att tillhandahålla företagshälsovård. Vidare syftar förslagen till att renodla företagshälsovårdens uppgifter samt att tydliggöra samverkan mellan företagshälsovården och den offentligt finansierade sjukvården. Till grund för regeringens arbete låg promemorian Företagshälsovård - En resurs i samhället (Ds 1998:17). Promemorian var utarbetad inom dåvarande Arbetsmarknadsdepartementet.

I propositionen föreslog och anförde regeringen främst följande. Det skall av AML framgå att det är en skyldighet för arbetsgivaren att anordna den företagshälsovård som arbetsförhållandena kräver. Med företagshälsovård avses en oberoende expertresurs som verkar inom områdena arbetsmiljö och rehabilitering. Vidare anförde regeringen i propositionen att offentliga resurser ämnade att ersätta hälso- och sjukvård enligt de nationella taxorna inte bör användas för att subventionera företagshälsovård. Enligt regeringens mening bör därför nu ytterligare steg tas för att renodla företagshälsovårdens kärnverksamhet, dvs. förebyggande arbetsmiljöarbete och medverkan i den arbetslivsinriktade rehabiliteringen. Ett steg mot en ökad renodling är enligt regeringens mening att ändra det sätt på vilket sjukvården inom företagshälsovård delvis finansieras i dag. På grund härav föreslog regeringen att LOL och LOS skulle ändras så att läkare och sjukgymnaster inte kan få läkarvårdsersättning respektive sjukgymnastikersättning för verksamhet inom företagshälsovården.

I propositionen angavs vidare att avsikten med de föreslagna ändringarna i lagarna inte var att helt avskilja sjukvården från företagshälsovården. Enligt regeringens mening innebär företagshälsovårdens verksamhet i sig fokusering på arbetsrelaterad ohälsa, yrkesrelaterade sjukdomar och arbetslivsinriktad rehabilitering. Det förutsätts därför personal med sjukvårdskompetens och att viss sjukvård bedrivs. Regeringen anser dock inte att det skall finnas möjligheter för vissa företagshälsovårdsenheter att kunna erbjuda offentligt finansierad sjukvård utan att företagshälsovårdsenheten och sjukvårdshuvudmannen träffat avtal om detta. För att göra övergången smidig för vårdgivare och verksamma inom olika företagshälsovårdsenheter anser regeringen att det måste

finnas vissa övergångsregler. Det är enligt regeringens uppfattning viktigt att berörda parter ges rimlig tid att teckna vårdavtal om olika typer av tjänster och åtaganden eller, om detta inte är möjligt, att anpassa sig till de nya förhållandena. De föreslagna ändringarna i ersättningslagarna bör enligt regeringens uppfattning träda i kraft den 1 januari 2000. Läkare och sjukgymnaster som vid ikraftträdandet av lagändringarna är verksamma inom företagshälsovården och som har rätt att uppbära läkarvårds- respektive sjukgymnastikersättning föreslås få en fortsatt rätt till sådan ersättning enligt äldre regler fram till utgången av år 2003.

Vidare framhålls i propositionen att de fall sjukvården inom företagshälsovården skall bedrivas med offentlig finansiering - detta bör regleras genom vårdavtal mellan landstinget och företagshälsovårdsenheten. Enligt regeringens mening finns det många fördelar med att upprätta sådana avtal. Om företagshälsovården ges möjlighet att bedriva viss landstingsfinansierad hälso- och sjukvård bör bl.a. företagshälsovårdens möjligheter att behålla och utveckla sin sjukvårdskompetens öka, vilket är av vikt i arbetet med arbetsrelaterad hälso- och sjukvård. Företagshälsovården kan under sådana förutsättningar enligt regeringen även utgöra en viktig resurs för landstingets läkare, eftersom de då i större utsträckning kan remittera patienter till företagshälsovården för bedömning eller för behandling av arbetsrelaterade sjukdomar och skador.

Regeringen anförde även i propositionen att företagshälsovårdens breda kunskap om samspelet mellan arbetsmiljö och hälsa, i samband med rehabilitering, inte kan ersättas med insatser från primärvården. Ett ökat samspel och en bättre samordning mellan företagshälsovården och primärvården bör enligt regeringen även kunna bidra till en ökad rollfördelning när det gäller sjukvårdsinsatser i allmänhet och arbetsplatsanknuten hälso- och sjukvård. Det är enligt regeringens mening av stor vikt att hitta lösningar som mer effektivt utnyttjar samhällets samlade resurser för att bättre tillgodose enskilda människors behov av olika stödåtgärder. Arbetsrelaterad ohälsa orsakar stora samhällsekonomiska kostnader. Det finns därför enligt regeringen starka skäl för sjukvårdshuvudmännen att utveckla bra och ändamålsenliga samverkansmodeller med bl.a. företagshälsovården.

Regeringen förklarade vidare att en systematisk samverkan bör komma till stånd mellan företagshälsovården, primärvården och andra vårdgivare. Sjukvårdshuvudmännen bör därför i större utsträckning än vad som sker i dag ta till vara möjligheten att teckna vårdavtal med företagshälsovårdenheter om olika typer av tjänster och åtaganden mot bakgrund av att dessa enheter kan bidra med god fackkompetens när det gäller det förebyggande arbetsmiljöarbetet och den arbetslivsinriktade

rehabiliteringen. I propositionen understryker regeringen att sjukvårdshuvudmännen i fråga om avtal kring hälso- och sjukvårdstjänster även bör överväga att träffa avtal med företagshälsovårdsenheter om andra typer av tjänster och åtaganden än läkarvård eller sjukgymnastikbehandling.

Arbetsmarknadsutskottet ställde sig i sitt av riksdagen bifallna betänkande bakom de föreslagna förändring (bet. 1999/2000, AU2, rskr. 1999/2000:8).

4.5 Telemedicin

4.5.1 Inledning

Socialdepartementet har till Utredningen överlämnat en hemställan från Landstingsförbundet angående telemedicin. Landstingsförbundet har uppgett att det skulle underlätta användandet av telemedicin om de regler som finns i LOU kunde anpassas så att ett upphandlingsförfarande inte behöver ske vid köp av telemedicinsk konsultation. Det är därför förbundsstyrelsens uppfattning att Utredningen om sjukvårdsupphandling bör belysa problemen angående köp av telemedicin och föreslå ändringar som medför förenklingar för sjukvårdshuvudmännen.

Telemedicin innebär att digitalteknik används i samband med vård av patienter. Telemedicin gör det möjligt för en vårdgivare i ett landsting att anlita en specialist i ett annat landsting. Ett landsting kan således komma att bedriva hälso- och sjukvård i förhållande till en patient som är bosatt i ett annat landsting. Den telemedicinska verksamheten förekommer numera i en mängd projekt inom landet men även i samarbete med andra länder.

4.5.2 Användningen av telemedicinska tjänster

Tillämpningen inom telemedicinen har prövats under flera årtionden, exempelvis för överföring av röntgenbilder via tele- och satellitnät. Från början användes telemedicinen främst för konsultation och beslutsstöd, men på senare tid har även tillförlitlig diagnostik kunnat ställas i takt med att den genomförda digitaliseringen har ökat kvaliteten på den överförda informationen. Det är otvetydigt att telemedicinen medverkar till att specialistkunskap snabbt kan göras tillgänglig och att kvaliteten och säkerheten inom sjukvården förbättras, allt medan möjligheterna till effektivisering ökar.

Genom bestämmelserna i 4 § andra stycket HSL ges ett landsting rätt att erbjuda hälso- och sjukvård åt den som är bosatt i ett annat landsting, om landstingen kommer överens om det. Om sålunda landstingen är överens kan en läkare i ett landsting via teknik med telemedicin biträda en kollega i ett annat landsting vid behandling av en patient boende i det senare landstinget.

Telemedicin såsom den används i dag ersätter helt eller delvis det traditionella remissförfarandet vid konsultation. I stället för att patienten genom remiss träffar specialisten/konsulten och blir undersökt av denne personligen träffas de via en "skärm" och undersökningen sker med hjälp av endoskop och PC-teknik.

Idén med telemedicin är att spara tid och pengar genom att flytta bilder i stället för läkare och/eller patienter. I glest befolkade områden som exempelvis de nordligaste delarna av Sverige kan man via modern telekommunikation utnyttja experter i högre grad än tidigare. En läkare kan exempelvis behöva konsultera en specialist innan han eller hon beslutar sig för nödvändiga åtgärder. Telemedicin används också inom ett landstings verksamhetsområde. Det är vanligt att primärvårdskliniker anlitar specialistkonsultation på regionsjukhuset för bl.a. bedömning och diagnostisering. (Läkartidningen volym 93, nr 1-2, 1996.).

5 Upphandling och konkurrens

5.1 Inledning

I detta kapitel redogörs för upphandlings- och konkurrenslagstiftningen.

I *avsnitt 5.1* beskrivs kort 1973-års upphandlingskungörelse.

I *avsnitt 5.2* redogörs därefter kort för EG:s upphandlingsbestämmelser.

I *avsnitt 5.3* behandlas lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

I *avsnitt 5.4* behandlas därefter lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) och i

avsnitt 5.5 beskrivs kortfattat konkurrenslagens regler.

Utredarens huvudsakliga uppgift är att utreda tillämpligheten av LOU vid landstings och kommuners köp av hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i beslut den 24 januari 1996 uttalat sig angående krav på anbudsförfarande i samband med avtal med läkare.

I *avsnitt 5.6* beskrivs kortfattat nämndens verksamhet. Vidare lämnas i avsnittet en redogörelse för nämndens beslut i fråga om krav på anbudsförfarande i samband med avtal med läkare.

NOU har på uppdrag av regeringen gjort en genomgång och till regeringen lämnat en redogörelse för kommuners och landstings möjligheter att enligt LOU och gemenskapsrätten kunna genomföra köp från sina egna företag m.m. utan genomförande av ett upphandlingsförfarande. Uppdraget redovisades i mars 1998 till regeringen.

Enligt utredningens tilläggsdirektiv skall utredaren, med beaktande av vad som sägs i NOU:s ovan nämnda rapport och med beaktande av gemenskapsrätten utreda om LOU är tillämplig vid överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner. I *avsnitt 5.7* lämnas därför en redogörelse för nämndens rapport.

Utredaren skall även enligt tilläggsdirektiven utreda om LOU är tillämplig vid s.k. avknoppning från landstingsdriven eller kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet och verksamhet rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård. I *avsnitt 5.8* lämnas därför en redogörelse för begreppet avknoppning.

5.1.1 1973 års upphandlingskungörelse

Regler för de statliga myndigheternas upphandling har funnits i Sverige under hela 1900-talet. Bestämmelserna i början av århundradet avsåg att garantera offentlighet och rättssäkerhet. Svensk vara skulle emellertid ha företräde framför utländsk. Myndigheterna hade att ta hänsyn till behovet av att bevara viss näring inom landet och att förhindra arbetslöshet. Först i 1952 års upphandlingskungörelse infördes kravet på affärsmässighet och det föreskrevs bl.a. att sysselsättningssituationen inte fick inverka på myndigheternas beslut. Kungörelsen gällde i princip för alla statliga myndigheter. Inom det kommunala området hade Svenska Kommunförbundet utfärdat rekommendationer för den kommunala upphandlingen i form av förslag till reglemente. Det ankom på primärkommunerna att anta förslaget.

I december 1971 redovisade Upphandlingskommittén betänkandet (SOU 1971:88) Offentlig upphandling. I förslaget anförde kommittén att särskilda regler för den statliga upphandlingen alltjämt borde finnas. Kommittén föreslog emellertid en mindre detaljmässig reglering än 1952 års upphandlingskungörelse för att myndigheterna skulle få en ökad grad av handlingsfrihet. I betänkandet lämnades förslag till en ny upphandlingskungörelse som skulle tillämpas av samtliga statliga myndigheter. Föreskrifterna syftade ytterst till att staten skulle få så fördelaktiga upphandlingar som möjligt. Upphandlingsföreskrifterna hade utformats så att de skulle främja konkurrensen mellan anbudsgivarna och tillgodose deras krav på en objektiv behandling samt garantera offentlighet i upphandlingen. I betänkandet föreslogs tillämpningsområdet för upphandlingsreglerna vidgat till att omfatta även upphandling av tjänster. Förslaget angav tre upphandlingsformer; sluten upphandling, förhandlingsupphandling och direktupphandling, varav den slutna upphandlingen var den mest formbundna. Sluten upphandling skulle ske genom infordrande, prövning och antagande av anbud utan förhandling med anbudsgivare. Förhandlingsupphandling innebar att förhandlingar fick upptas mellan myndigheter och anbudsgivare innan avslut träffats. Direktupphandling innebar att köp skedde utan att anbud infordrats i särskild ordning.

Sedan riksdagen beslutat att godta riktlinjerna för kommitténs förslag (prop. 1973:73, bet. 1973:FiU 27, rskr. 1973:190) utfärdade regeringen upphandlingskungörelsen (1973:600) med anvisningar utfärdade av Riksrevisionsverket (RRV) varigenom 1952 års upphandlingskungörelse upphävdes. 1980 ändrades namnet till upphandlingsförordningen (UF), varvid också vissa ändringar och omtryck gjordes (1980:850).

På grundval av Upphandlingskommitténs betänkande och efter en överenskommelse mellan Upphandlingskommittén, RRV, Svenska Kom-

munförbundet och Landstingsförbundet utarbetade de båda förbunden ett normförslag för ett kommunalt upphandlingsreglemente jämte därtill hörande anvisningar. Kommunförbundens styrelser beslöt år 1973 att rekommendera samtliga kommuner och landsting att anta såväl reglementet som anvisningarna.

Den 1 juli 1986 trädde upphandlingsförordningen (1986:366) i kraft. Förordningen innebar i huvudsak en modernisering av 1973 års kungörelse. Till förordningen fanns tillämpningsföreskrifter utgivna av RRV. Inom den kommunala sektorn tillämpades ett kommunalt upphandlingsreglemente.

5.2 EG:s upphandlingsbestämmelser

5.2.1 Inledning

I direktiven anges att utredaren skall lämna sina förslag med beaktande av gemenskapsrätten. Av den anledningen kan det vara av intresse att redovisa finansieringen av privat bedriven vård i andra länder. I bilaga till detta betänkande lämnas därför en kortfattad beskrivning av finansieringssystemet i Danmark, Nederländerna, Tyskland och Storbritannien.

Europeiska rådet har fattat beslut om nödvändigheten av att förverkliga en inre gemensam marknad. Den inre marknaden är ett område utan inre gränser med garanterad fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Det har visat sig behövt med särskilda bestämmelser om offentlig upphandling i form av direktiv för att skapa en verklig öppen marknad vid offentlig upphandling och därmed minska de inhemska företagens konkurrensfördelar i förhållande till företag i andra medlemsstater. Grunden för all upphandling skall vara att den sker i konkurrens. Man har därför enats om gemensamma regler på varuområdet och på områdena för byggnads-, anläggningsarbeten och tjänster för inhämtande och urval av anbud samt om motivering av beslut, varigenom anbud antas respektive förkastas. EG-fördraget är grunden för alla direktiv. Direktiven skall komplettera fördragsreglerna och samordna medlemsstaternas upphandlingsregler. Varje medlemsstat kan emellertid införa nationella regler om upphandling under förutsättning att dessa inte strider mot EG-rättsliga regler.

EG:s direktiv tar enbart sikte på större upphandlingar, vilket framgår av reglerna om tröskelvärde.

För att göra den offentliga upphandlingen effektiv har det i s.k. rättsmedelsdirektiv skapats regler för hur kontrollen och insynen i upphandlingsförfarandena skall gå till (se rådets direktiv 89/665/EEG och

92/13/EEG). Reglerna avser att ge den enskilde som anser sig oriktigt behandlad en möjlighet att vända sig till ett nationellt judiciellt organ med sina klagomål. Detta organ skall ha möjlighet att stoppa pågående upphandling och förordna att den skall göras om efter rättelse. Vidare skall det finnas möjlighet till skadeståndstalan.

5.2.2 Tjänstedirektivet

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (nedan tjänstedirektivet) är av särskilt intresse för utredningens arbete. Av direktivet framgår att det är nödvändigt att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster. Tjänsterna skall därför kunna tillhandahållas av såväl fysiska som juridiska personer. Det framgår dock att direktivet inte skall påverka tillämpningen på nationell nivå av bestämmelser för villkoren för att utöva en verksamhet eller ett yrke, förutsatt att dessa bestämmelser är förenliga med gemenskapslagstiftningen. Vidare framgår det bl.a. att direktivet endast skall omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom och att tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar, andra författningar eller anställningsavtal, inte omfattas.

Det lägsta tröskelvärdet för upphandling då det gäller tjänstekontrakten har fastställts till det lägsta av 200.000 ECU eller 200.000 särskilda dragningsrätter (sdr). För statliga myndigheter är tröskelvärdet 130.000 sdr. Kommissionen räknar om ECU till nationell valuta i princip vartannat år. Regeringen utfärdar sedan en förordning med de uträknade värdena i jämna tusentals kronor. Värdena i svenska kronor framgår av förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Tjänsterna är uppdelade i olika grupper. För en viss kategori av tjänster, s.k. B-tjänster som omfattar bl.a. hotell- och restaurangnäring, järnvägstransporter, hälso- och sjukvård och sociala tjänster, utbildning och yrkesutbildning samt rättsliga tjänster ställs mindre stränga krav på publicering av en upphandling.

5.3 Lagen om offentlig upphandling

5.3.1 Inledning

I anledning av EES-avtalet förpliktade sig Sverige att införa regler motsvarande EG:s regler om offentlig upphandling. På grund härav trädde LOU i kraft den 1 januari 1994 (se prop. 1992/93:88, bet. 1992/93 FiU5, rskr. 1992/93:120). Lagen är en förfarandelag för upphandlingar som görs bl.a. av staten, kommuner och landsting. Med upphandling avses enligt LOU köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader och tjänster.

Lagen avser att åstadkomma en öppen och konkurrensutsatt upphandlingsmarknad och innebär i huvudsak att den offentliga upphandlingen regleras i en författning. Lagen genomför EG:s upphandlingsdirektiv. Lagen innehåller bestämmelser om upphandling av varor, byggtreprenader och bestämmelser om upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena samt bestämmelser om upphandling av tjänster. Vidare innehåller lagen bestämmelser om överprövning, skadestånd m.m. Den gäller vid upphandling som görs bl.a. av staten, kommuner och landsting. Lagen gäller bl.a. inte upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

I 1 kap. 4 § fastslås lagens huvudregel, nämligen att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Medlen för att uppnå dessa mål är noga angivna i lagen, som innehåller en omfattande detaljreglering av en upphandlings olika skeden.

En upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller som har lägst anbudspris. Med det först nämnda avses anbud som visserligen har ett högre pris än andra, men som med hänsyn till samtliga omständigheter ändå är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det skall i annonsen anges vilka omständigheter för prövning av anbud som skall användas. Om inget angetts skall det lägsta anbudet antas.

Tillsynen över den offentlig upphandlingen utövas av NOU. Nämndens befogenheter anges i 7 kap 9 § LOU. NOU är en statlig myndighet som bildades år 1993. Nämndens arbetsuppgifter anges i förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. NOU består av ett kansli och en nämnd.

Som tidigare nämnts tar EG:s direktiv enbart sikte på de större upphandlingarna, dvs upphandlingar som överstiger vissa angivna tröskelvärden. Tröskelvärden har införts till LOU. Lagens huvudprinciper, dess

ändamålsparagraf och bestämmelser om överprövning tillämpas även på upphandlingar under tröskelvärdena.

5.3.2 Upphandling av tjänster under tröskelvärdena och B-tjänster, oavsett värde

LOU gäller för upphandling av alla tjänster, dock med vissa generella undantag. Tjänsterna har delats in i A- och B-tjänster och finns förtecknade i en bilaga till lagen.

I 5 kap. LOU regleras upphandling av tjänster som regleras i bilaga A till lagen och i 6 kap. regleras bl.a. upphandling av tjänster som understiger det angivna tröskelvärdet och tjänster, oavsett värde, som räknas upp i bilaga B (nedan B-tjänster). Som B-tjänst räknas bl.a. hälso- och sjukvård samt socialtjänst (punkt 25). Med hänsyn till utredningens inriktning kommer här enbart att redogöras för 6 kap. LOU.

Det framgår av 6 kap. 2 § att upphandling av sådana tjänster som avses i 6 kap. skall göras genom förenklad upphandling. Direkt upphandling får dock göras om upphandlingens värde är ringa eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter, utanför den upphandlande enhetens kontroll och som därför inte kunnat förutses och som inte heller beror på den upphandlande enheten.

Förenklad upphandling är ett skriftligt och formellt förfarande med anbudsinfordran. Deltagande leverantörer skall lämna skriftliga anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Med *direktupphandling* avses upphandling utan infordrande av skriftligt anbud. Detta förfarande är således snabbt och enkelt men kan ge bristande konkurrens. Det bör framhållas att direktupphandling inte innebär att avsteg får göras från kravet på affärsmässighet och kravet på att utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns.

En upphandlande enhet som använder förenklad upphandling skall enligt 4 § infordra skriftliga anbud genom annons eller skrivelse. Varje upphandlande enhet avgör själv vilken annonsering eller vilket utskick av skrivelser som i varje enskilt fall överensstämmer med huvudregeln om affärsmässighet. Lagen innehåller ingen föreskrift om hur många eller vilka tidningar man skall annonsera i. Detta får bedömas från fall till fall. Kravet på affärsmässighet och objektivitet kan i bland föranleda att annonsering bör ske även i rikstidningar och inte begränsas till lokala tidningar. Någon annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning EGT eller i databasen Tender Electronic Daily krävs inte. Inget hindrar dock att den upphandlande enheten använder sig av dessa hjälpmedel för att om möjligt få in flera anbud.

Den upphandlande enheten får enligt 6 kap. 3 § LOU vare sig i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag för upphandlingen beskriva föremålet för upphandlingen på sådant sätt att endast en viss vara eller process kan komma i fråga. I annonsen, skrivelsen eller förfrågningsunderlaget skall enligt 6 kap. 5 § LOU anges den dag anbudet senast skall ha kommit in. Den dagen skall bestämmas så att anbudsgivaren ges skälig tid att lämna anbud. Vidare skall det anges den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande. Enligt 6 kap. 7 § skall försändelser med anbud, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en särskild förrättning. Därefter skall anbuden prövas. Enligt 6 kap. 12 § skall den upphandlande enheten anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom t.ex. pris, leveranstid, driftkostnader. Vidare framgår det av nämnda bestämmelse att enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling skall ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Om den upphandlande enheten skall anta det anbud som har det lägsta anbudspriset, får enheten förkasta anbud som den anser vara orimligt lågt, endast sedan enheten begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. Vidare kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandling t.ex. om han är försatt i konkurs, dömd för brott avseende yrkesutövningen genom laga kraftvunnen dom eller om han gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, se vidare 6 kap. 9 § LOU. Det skall hos den upphandlande enheten finnas dokumentation av de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen. Anbud som kommit in efter angiven tid får inte prövas.

En leverantör, som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada kan vid länsrätt, som första instans, ansöka om överprövning av pågående upphandling. Länsrätten kan besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Efter ansökan kan länsrätten omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Ansökan om överprövning skall göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist. Länsrättens avgörande kan överklagas till kammarrätt och vidare hos Regeringsrätten.

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna kan bli skyldig att ersätta den skada som därigenom uppkommer för en leverantör. Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från

den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

5.4 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

5.4.1 Inledning

Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) trädde i kraft den 1 juli 1994 (prop. 1993/94:222, bet. 1993/94:FiU22, rskr. 1993/94:383). Lagen gör det möjligt att pröva och förbjuda vissa konkurrensnedvridande beteenden från offentliga upphandlares sida. Avsikten är att främja en effektiv konkurrens när stat, kommuner och landsting anordnar anbudstävlingar. Syfte med lagen är således bl.a. att skapa en tilltro hos de privata företagen till att de kommer att ges en affärsmässig och objektiv behandling vid bl.a. anbudsprövningen.

Vidare är syftet med lagen att genom den praxis som utbildas främja en positiv utveckling av upphandlingskompetensen hos de upphandlande enheterna.

5.4.2 Förbud mot otillbörligt beteende vid offentlig upphandling

LIU gäller otillbörligt beteende i samband med sådan upphandling som avses i LOU. Den tvingar inte de upphandlande enheterna att konkurrensutsätta sin verksamhet. I stället tar lagen sikte på att, när den offentlige aktören själv väljer att upphandla, motverka vissa beteenden som kan vara helt oavsiktliga, men som snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandlingen.

Lagen riktar sig mot två beteenden. I det ena fallet vänder den sig mot diskriminering av en extern producent till förmån för annan extern producent eller egen regi. I det andra fallet vänder den sig mot att konkurrensvillkoren är skeva i förhållande till syftet med anbudstävlan. Lagens tillämpningsområde är begränsat till beslut avseende framtida upphandlingar och rör inte beteenden under en pågående upphandling.

De konkurrensnedvridande beteenden som är aktuella kan samtidigt tänkas strida mot LOU. Det är domstolarna som avgör hur det förhåller sig på denna punkt. LOU är dock på sanktionssidan utformad för att

tillgodose det enskilda företagens rätt. Det krävs, som tidigare nämnts, att företaget väcker talan om domstolsingripande och skadestånd vilket regeringen i prop. 1993/94:222 bedömde som otillräckligt när det gäller att skydda samhällsekonomins och konsumenternas intressen.

Förbud mot ett visst beteende kan utfärdas av Marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen får således enligt 3 § första stycket LIU efter ansökan förbjuda en enhet att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att

1. något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller till ett annat företag, eller
2. beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.

En förutsättning för att Marknadsdomstolen skall få förbjuda ett visst beteende är att enheten tidigare tillämpat beteendet eller att det av annan särskild anledning är sannolikt att enheten kommer att tillämpa detta. Ett förbud får gälla inte bara ett visst angivet beteende utan även beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna.

Ansökan kan göras av Konkurrensverket. Om verket beslutat att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett företag som berörs av beteendet. Ett förbud får enligt 9 § LIU förenas med vite.

I prop. 1993/94:222 anges som exempel på förfarande som kan aktualisera ett förbud:

- A) Anbudspaktet görs för stort för de privata företagen.
- B) Bristfällig information ges i förfrågningsunderlaget.
- C) Anbudsgivaren avkrävs onödigt många uppgifter om sin verksamhet.
- D) Krav ställs på att dyrbara investeringar skall ha gjorts före anbudstävlingen.
- E) Krav ställs på att vinnande företag skall ta över lokaler, köpa inventarier m.m.
- F) Privat vinnare får inte disponera lokaler, fordon m.m.
- G) Man bjuder bara in företag som är små, svaga och dyra.
- H) Obefogade krav ställs på att de privata entreprenörerna skall ställa bankgaranti.
- I) Privata entreprenörer får betala för höga avgifter för att delta i anbudstävlingen.
- J) Tidsfristen för avlämnande av anbud görs för kort.

Marknadsdomstolen har i dom 1996-03-05 nr A 8/95 tillämpat LIU. Linköpings kommun hade infordrat anbud på hemtjänst och stöd för boende i särskilda boendeformer i totalt fjorton hemtjänstområden samt dagverksamhet i Missionskyrkans regi. Upphandling skulle ske genom

förenklad upphandling. Av förfrågningsunderlaget framgick att det anbud skulle antas som "är mest fördelaktigt efter en sammanvägd bedömning av pris och kvalitet utifrån de verksamhetskrav som ställs i kravspecifikationen. Externa anbud kommer inte att belastas med avvecklingskostnader för egenregiverksamhet."

Vid anbudstidens utgång hade det kommit in 22 anbud från åtta olika anbudsgivare varav ett från kommunens egen regi, Produktion omsorg. Anbuderna bedömdes vara kvalitetsmässigt likvärdiga. Det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet hade varit att fördela uppdragen så att Partena Care fick nio hemtjänstområden, Miamedica ett område och Produktion omsorg fyra områden. Kommunen beslutade emellertid om ett dyrare alternativ; Partena Care fick två områden, Miamedica ett område och Produktion omsorg nio områden. Skälet för kommunens beslut var att det fanns risk för att de privata utförarna skulle få för stor andel av hemtjänsten i kommunens tätort, vilket på sikt skulle vara negativt för konkurrensen.

Konkurrensverket yrkade att Marknadsdomstolen enligt 3 och 9 §§ LIU skulle förbjuda Linköpings kommun vid vite att i samband med upphandling av hemtjänst i anbudskonkurrens efter det att anbudsupphandlingen påbörjats införa bedömningskriterier vid val av anbudsgivare som avser att andelen privata företag skall begränsas i förhållande till kommunens egenregiverksamhet eller att tillämpa beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna.

Marknadsdomstolen ansåg att kommunens beteende varit otillbörligt enligt 3 § LIU och förbjöd kommunen vid vite av fem miljoner att i samband med upphandling av hemtjänst i anbudskonkurrens efter det att upphandlingen påbörjats införa nya bedömningsgrunder vid val av anbudsgivare, som avser att andelen privata företag skall begränsas i förhållandet till kommunens egenregiverksamhet eller att tillämpa beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna. I övrigt har lagen tillämpats i ytterligare ett fall (avgörande 1997-02-18, nr. MD 1997:3).

5.5 Konkurrenslagen

5.5.1 Inledning

Konkurrenslagen (1993:20; KonkrL) trädde i kraft den 1 juli 1993 (prop. 1992/93:56, bet. 1992/93:NU17, rskr. 1992/93:144). Lagens ändamål är enligt 1 § att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Lagen gäller alla företag. Med företag menas enligt 3 § KonkrL en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Statliga eller kommunala organ som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur räknas som företag. Verksamhet som består i myndighetsutövning omfattas dock inte enligt 3 § KonkrL av begreppet företag.

Om en kommun eller ett landsting tillhandahåller varor eller tjänster finns det anledning att skilja mellan fakultativ (frivillig) verksamhet och obligatorisk verksamhet (jfr. Kommunala Driftentreprenader, Svenska Kommunförbundet 1997 sid 76). När myndigheten bedriver fakultativ verksamhet (t.ex. distribution av elenergi, gas, fjärrvärme, badhus- och museiverksamhet, uthyrning av idrottsanläggningar, campingverksamhet m.m.) anses myndigheten, enligt meningen i ovan nämnda skrift utgöra ett företag (jfr. även prop. 1989/90:21 sid. 50).

När myndigheten bedriver obligatorisk egen regi verksamhet (t.ex. det offentliga skolväsendet) kan den knappast bedömas som ett företag. Beträffande sådan obligatorisk verksamhet som är möjlig att utsätta för konkurrens är rättsläget emellertid inte klarlagt eftersom vare sig förarbeten eller rättspraxis givit något entydigt besked.

När en myndighet upphandlar varor eller tjänster är myndigheten som regel inte att betrakta som ett "företag". Ett otillbörligt beteende kan därför inte angripas med stöd av konkurrenslagen. Däremot kan LIU, som tidigare nämnts, vara tillämplig.

5.5.2 Särskilt om konkurrenslagen

Lagen innehåller bl.a. förbud mot konkurrensbegränsande samarbete. Med konkurrensbegränsande samarbete menas avtal mellan företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om det ger ett sådant resultat (6§). Detta gäller särskilt avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriset eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
 3. marknader eller inköpskällor delas upp,
 4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel eller
 5. det ställs upp villkor för att ingå ett avtal om att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.
- Avtal eller avtalsvillkor som är förbjudna enligt 6 § KonkrL är enligt 7 § KonkrL ogiltiga.

För att bestämmelsen om konkurrensbegränsande skall bli tillämplig krävs inte att det finns ett uppsåt att hämma konkurrensen. Det räcker med att avtalet får den effekten.

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är enligt 19 § KonkrL förbjudna. Sådant missbruk kan enligt bestämmelsen särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen avtalsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner varigenom vissa handelspartner får en konkurrensfördel eller
4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Konkurrensverket är en konkurrensvårdande myndighet som skall verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna. Verket skall utöver de uppgifter som följer av KonkrL uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig verksamhet samt lämna förslag till åtgärder för att undanröja dessa.

5.6 Nämnden för offentlig upphandling

5.6.1 Inledning

Nämnden för offentlig upphandling, NOU, som bildades år 1993 är en statlig myndighet för tillsyn över offentlig upphandling. NOU övertog då tillsynen över upphandling inom staten från RRV i avvaktan på ett utökat tillsynsansvar för hela den offentliga upphandlingen.

NOU skall verka för en effektiv upphandling och sprida information genom bl.a. nyhetsbrev, skrifter och konferenser.

NOU består av en expertnämnd med åtta ledamöter och ett kansli. Enligt 7 kap. LOU skall NOU utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen som skall genomföras enligt lagen. Vid sin tillsyn får nämnden inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. En upphandlande enhet är enligt 7 kap. 10 § LOU skyldig att tillhandahålla de upplysningar som NOU begär för sin tillsyn.

Upphandlingskommittén (Fi 1998:08) har bl.a. fått i uppgift att göra en översyn av nämndens organisation. Kommittén har den 13 december 1999 lämnat ett delbetänkande (SOU 1999:139).

5.6.2 Nämndens för offentlig upphandling beslut angående anbudsförfarande vid sjukvårdshuvudmans avtal med läkare

I april 1995 ställdes följande frågor till NOU.

- Behöver ett tecknande av ett vårdavtal med en redan verksam husläkare föregås av ett anbudsförfarande i enlighet med LOU?
- Behöver ett tecknande av ett vårdavtal vid nyetablering av vårdgivare föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU ?

Som svar på frågorna meddelade fyra av nämndens sju ledamöter att det enligt nämndens bedömning närmast är att anse som en upphandlingssituation att ingå vårdavtal, varvid LOU skall tillämpas.

Tre av nämndens ledamöter var således av skiljaktig mening. En av de skiljaktiga ledamöterna anförde att "vårdavtal i den form som avses i detta ärende med hänsyn till deras bakgrund närmast är att se som ett utflöde av en offentligrättslig reglering av en delvis offentlig finansiering av sjukvårdersättning och inte som en upphandling."

De två andra skiljaktiga ledamöter anförde bl.a. följande. "De tjänster som lämnas av privata vårdgivare är inte tjänster åt respektive sjukvårdshuvudman utan åt den enskilde som söker vård. Man kan säga att det är en med den offentliga hälso- och sjukvården parallell verksamhet. Landstinget har inget ansvar för innehåll och kvalitet i sådan vård, utan

för detta svarar vårdgivaren själv. En annan sak är att landstinget till följd av sitt allmänna ansvar enligt hälso- och sjukvårdslagen måste ta de initiativ som krävs om tillfredsställande vårdmöjligheter saknas på något område. Det sagda illustreras av att de privata vårdgivarnas rätt att bedriva verksamhet inte som sådan är beroende av ett godkännande från landstinget. Den som uppfyller stadgade behörighetskrav, t.ex. legitimerade läkare, kan när som helst påbörja verksamhet riktad till enskilda. Vad som åstadkoms genom vårdavtal är alltså endast en offentlig finansiering, vilket minskar det belopp som annars måste tas ut av patienterna. Den situation då frågan om att teckna vårdavtal uppkommer avviker högst påtagligt från en vanlig upphandlingssituation. En vanlig upphandlingssituation utmärks av att en upphandlande enhet önskar få en viss tjänst av någon utförd utanför den egna organisationen. Man specificerar därefter kraven samt inleder en upphandling av tjänsten i fråga. I detta fall kommer initiativet utifrån. Landstinget får förslag om att en viss tjänst skall utföras samtidigt som det begärs att landstinget skall finansiera denna. Det kan röra sig om en tjänst som landstinget redan tillhandahåller själv eller en tjänst som landstinget bedömt som mindre angelägen. Det kan också vara ett förslag till en annan lösning än landstinget dittills tillämpat, t.ex. att en satsning på ett område kan innebära minskade kostnader på ett annat. Det ter sig mycket främmande att här tala om en upphandling från landstingets sida, för den händelse man vill gå in på en diskussion om ett annat förslag. Enligt vår uppfattning utgör inte vårdavtal sådana avtal om tjänster till landsting eller kommuner som avses i EU:s upphandlingsdirektiv. Det offentliga finansieringsansvaret förmedlas visserligen genom avtal men grunden för avtalet är offentlig rättslig lagstiftning.”

Som underlag för nämndens beslut låg två promemorior, vilka fogats till beslutet. Sammanfattningsvis anfördes i dessa promemorior följande.

För redan etablerade privatpraktiserande vårdgivare

För redan etablerade privatpraktiserande vårdgivare som ingår i ett taxey-system, kan två situationer uppstå:

- a) vårdavtal kan träffas
- b) vårdavtal kan inte träffas - samverkansavtal kvarstår, eller rätt till ersättning på annan grund enligt övergångsbestämmelser kvarstår.

Sjukvårdstjänsten och rätten till ersättning föreligger redan. Ett eventuellt vårdavtal utgör endast en noggrannare reglering av tidigare ingånget avtal. Redan taxean slutna kan inte tvingas in i vårdavtalet eller i normalfallet uteslutas från redan ingånget samverkansavtal. Någon upphandlingssituation föreligger inte.

Samverkansavtal för nyetablering av privatpraktiserande vårdgivare

Samverkansavtal för nyetablering av privatpraktiserande vårdgivare utgör endast en fråga om etableringstillstånd och taxeanslutning. Läkarna m.fl. ansöker på eget initiativ om att få teckna samverkansavtal. Någon egentlig konkurrenssituation om mest utbyte för pengarna föreligger inte i det enskilda fallet. Alla erbjuds samma ekonomiska villkor. Någon upphandlingssituation föreligger inte.

Vårdavtal för nyetablering av privatpraktiserande vårdgivare

Vårdavtal för nyetablering av privatpraktiserande vårdgivare för uppfyllande av en brist eller kompletterande reglering av annat behov inom sjukvården reglerar samtliga villkor för sjukvårdstjänsten såsom verksamhetens inriktning, tillgänglighet, kvalitet och pris m.m. Något avtal föreligger inte tidigare. Läkarna m.fl. kan genom pris, kvalitet m.m. konkurrera om uppdragen. Enligt NOU:s mening föreligger här en upphandlingssituation och LOU är tillämplig.

5.7 Upphandlande enheters köp från egna företag m.m.

5.7.1 Inledning

Såväl landsting och kommuner har i dag befogenheter inom hälso- och sjukvårdsområdet. Kommunernas ansvar omfattar hälso- och sjukvård, utom läkarvård, vid de särskilda boendeformerna för service och omvårdnad, vid bostäder för särskild service och de kommunala dagverksamheterna samt i vissa fall hemsjukvården. Landstingen har ansvaret för övrig hälso- och sjukvård (prop. 1990/91:14 sid 151).

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har i skrivelse till Socialdepartementet framfört önskemål om lagändringar som gör det möjligt för kommuner och landsting att utvidga samverkan mellan huvudmännen på vård- och omsorgsområdet. Dessutom har Sammanläggningsdelegerades arbetsutskott i Skåne läns landsting samt Kommunförbundet i Skåne i en skrivelse till regeringen begärt en lagändring som innebär att en kommun, efter överenskommelse med landstinget, skall få möjlighet att svara för driften av primärvården. Det har i de till Socialdepartementet ingivna skrivelserna framförts önskemål om att göra det möjligt för landsting och kommuner att träffa överenskommelser om att driva verksamhet åt varandra på entreprenad. I proposition

om Nationell handlingsplan för äldrepolitiken (prop. 1997/98:113) gav regeringen uttryck för att de lagliga förutsättningarna för samverkan bör stärkas. I anledning härav har regeringen tillkallat en särskild utredare som fått i uppgift att klarlägga och analysera de problem som i dag framkommer vid samverkan mellan landstingens primärvård och kommunernas vård och omsorg (dir. 1999:42).

I tilläggsdirektiv till Utredningen om sjukvårdsupphandling konstaterade regeringen att förslaget om lagändring som tas upp i de ovan nämnda skrivelserna inrymmer en rad aspekter som måste analyseras. En viktig aspekt är enligt regeringen om LOU är tillämplig i en sådan situation. På grund härav föreskrivs det i tilläggsdirektiven att den särskilda utredaren, med beaktande av gemenskapsrätten, skall utreda om LOU är tillämplig vid överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner.

Under de senaste åren har frågan om ett kommunalt övertagande av primärvården diskuterats. Till följd härav tillkom lagen (1985:1089) om försöksverksamhet inom hälso- och sjukvårdens område. Lagen innebar att vissa kommuner fick möjlighet att träffa avtal med ett landsting och överta driftansvaret för primärvården. Landstinget behöll emellertid huvudmannaskapet för den överlåtna verksamheten. Denna lag var tidsbegränsad och gällde fram till utgången av år 1996.

Enligt 1991 års lag om försöksverksamhet med kommunal primärvård (1991:1136) får en kommun erbjuda viss hälso- och sjukvård (primärvård) om landstinget och kommunen är överens om det och om Socialstyrelsen lämnar sitt tillstånd för det. Enligt 3 § tredje stycket får kommunen sedan sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen ansvarar för enligt lagen. Till skillnad från 1985 års lag om sådan försöksverksamhet, som föregick 1991 års lag, övergår enligt sistnämnda lag huvudmannaskapet under försöksperioden till kommunen; se även avsnitt 2.4.4.

NOU har på uppdrag av regeringen gjort en genomgång av kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från egna företag eller från andra landsting eller kommuner utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande enligt LOU. Uppdraget innefattade bl.a. en redogörelse för gällande rättsregler och domstolspraxis inom området samt en redogörelse för hur andra länder inom EU och EES reglerar dessa frågor. Uppdraget redovisades till regeringen den 11 mars 1998 (regeringskansliets beteckning In 97/1713/KL).

5.7.2 Upphandlande enheters anskaffning av tjänster från egna företag

I KommL ges möjligheter för kommuner och landsting att välja att driva privat verksamhet i privaträttslig form. Kommuner och landsting har enligt 3 kap. 16-19 §§ KommL rätt att lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ. I 3 kap. 6 § KommL regleras de legala förutsättningarna för företagsbildning. De legala förutsättningarna för att överlämna vården av en kommunal angelägenhet till ett av kommunen eller landstinget helägt företag regleras i 3 kap. 17 § KommL. I 3 kap. 18 § regleras förutsättningarna för att överlämna driften av en kommunal angelägenhet till ett företag som kommunen eller landstinget äger del i.

I mål C 360/96 REG 1998 s. 1-6821 Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV (BFI) har EG-domstolen behandlat närliggande frågor om huruvida ett landsting eller en kommun kan genomföra köp från sina egna företag utan att köpet föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Arnhem och Rheden är två kommuner i Nederländerna som beslutat att överlåta insamling av avfall till ett av de två kommunerna för ändamålet bildat aktiebolag (ARA). ARA anförtroddes uppgifter som reglerades i nederländsk lag om sophantering. BFI, ett privat företag som bl.a. sysslar med insamling och behandling av hushålls- och industriavfall väckte talan vid nederländsk domstol och yrkade att direktivet 92/50/EEG skulle tillämpas vid tilldelning av kontraktet. Sedan domen överklagats, förklarade överinstansen att det förelåg författingsenlig ensamrätt beträffande avfallshantering. Därmed kunde undantaget i artikel 6 i direktivet (se 5 kap. 2 § LOU), som avser upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten, tillämpas under förutsättning att ARA var att anse som en upphandlande enhet i direktivets mening.

Den nederländska domstolen ställde därefter ett antal frågor till EG-domstolen rörande organ som lyder under offentlig rätt och särskilt uttrycket organ som tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär. EG-domstolen förklarade att den industriella och kommersiella karaktären är ett kriterium som preciserar innebörden i begreppet allmännyttiga behov (behov i det allmännas intresse enligt 1 kap. 6 § LOU). Reglerna gör åtskillnad mellan å ena sidan allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och å den andra sidan allmännyttiga behov som är av sådan karaktär. Den nationella domstolen ställde frågan om rekvisitet allmännyttiga behov, som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, utesluter behov som även tillgodoses av privata före-

tag. EG-domstolen förklarade att bestämmelsen i fråga enbart anger det behov som organet skall tillgodose och ingalunda hänvisar till om dessa behov även kan tillgodoses av privata företag eller ej. Bestämmelsen utesluter således inte behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag. Domstolen hänvisar också till att direktivet har till syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och då särskilt risken för att nationella anbudsgivare eller sökanden ges företräde när upphandlande enheter tilldelar kontrakt. Att det förekommer konkurrens utesluter inte att organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska och frånvaron av konkurrens är därför inte ett nödvändigt villkor för att en organisation skall klassificeras som ett organ som lyder under offentlig rätt. Domstolen påpekar dock att förekomsten av konkurrens kan ha betydelse för frågan huruvida ett allmännyttigt behov är av industriell eller kommersiell karaktär eller inte. Förekomsten av utvecklad konkurrens, i synnerhet det förhållande att ett organ agerar i en konkurrenssituation på en marknad kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Vidare förklarade domstolen bl.a. med hänvisning till domen i mål C 44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GmbH, Reg 1988 sid. 73 att det förhållandet att det endast är en relativt obetydlig del av den verksamhet som organet faktiskt bedriver som består i att tillgodose behov i det allmännas intresse och förklarade därvid, att förekomsten eller frånvaron av sådana behov skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse (till skillnad från artikel 6 i direktivet, som anger att ensamrätt skall grundas på utfärdad lag eller författning).

Generaladvokaten konstaterade i sitt yttrande bl.a. att de tjänster som utgör föremålet för tvisten utgör A-tjänst. Vidare ansåg generaladvokaten att förhållandet mellan kommunerna och ARA var att betrakta som en form av interorganisatorisk delegering som inte lämnar kommunernas administrativa sfär. Kommunerna har inte på något sätt avsett att privatisera de av kommunerna tidigare fullgjorda funktionerna inom denna sektor. Förhållandet som råder mellan kommunerna och ARA kan enligt generaladvokatens mening inte betraktas som en upphandling i direktivets mening. Han fäste därvid avseende vid dels finansierings-, ägande- och beslutandeformer dels syftet med bolagets bildande. Kommunerna var ensamma delägare, de beslutar själva om och när de skall tillskjuta resurser och majoriteten i ARA:s ledning består av ledamöter som är kommunalt tillsatta. Han nämner vidare att ARA:s överlevnad ur ekonomisk synvinkel inte beror så mycket på verksamhetens volym och verksamhetens effektivitet, som på

kommunernas vilja att avsätta erforderliga finansiella resurser. Det aktuella fallet avser en sammanläggning av två sedan tidigare existerande funktioner och verksamheten är inte av kommersiell karaktär.

NOU har framhållit att domstolen i målet behandlar frågor gällande tillämpningen av direktiven för ARA-bolaget inför den nederländska domstolens tillämpning av artikel 6 (motsvarande 5 kap. 2 § LOU). Domen utgör enligt NOU:s mening inte någon grund för en generell rätt för kommuner eller landsting att utan upphandling köpa varor eller tjänster från sina helägda bolag. För detta krävs att bolaget är en upphandlande enhet enligt 5 kap. 2 §, har en ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget (Anbudsjournalen 1/1999).

5.7.3 Upphandlande enheters överlåtelse av driften av verksamhet till annan upphandlande enhet

NOU har i sin rapport till regeringen även behandlat frågan om kommuners eller landstings anskaffning av tjänster från andra kommuner eller landsting omfattas av direktiven och LOU.

Enligt nämnden omfattas enligt direktivens lydelse kommuners och landstings anskaffning av tjänster från andra juridiska personer inklusive från andra kommuner eller landsting. Kommuner och landsting skall således, enligt NOU, tillämpa LOU när dessa ingår skriftliga avtal med privata företag, kommunägda företag och andra rättssubjekt, samt med andra kommuner eller landsting, eftersom dessa inte ingår i en och samma juridiska person som landstinget eller kommunen.

5.8 Avknoppning

5.8.1 Inledning

Utredningen skall enligt tilläggsdirektiv utreda om LOU är tillämplig vid s.k. avknoppning från landstingsdriven eller kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet och verksamhet rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård.

Med begreppet avknoppning avses i betänkandet att en eller flera anställda inom landstinget eller kommunen bildar ett privaträttsligt organ och i detta, som självständiga företagare, fortsätter att bedriva i stort sett samma verksamheten som de utförde som anställda i landstinget eller kommunen. En ekonomisk förutsättning för att kunna bedriva

verksamheten inom hälso- och sjukvården är ofta att den avknoppade bolaget har ett avtal med landstinget eller kommunen om att erhålla offentlig finansiering för utfört arbete. En avknoppad verksamhet är inte att betrakta som ett kommunalt eller landstingskommunalt företag. Landstinget eller kommunen träffar genom avtalet med den avknoppade verksamheten överenskommelse om att överlämna driften av en kommunal eller landstingskommunal angelägenhet. Landstinget eller kommunen ansvarar dock fortfarande för innehållet i den entreprenaddrivna verksamheten (jfr. avsnitt 8.2.1).

Den offentliga sektorn har i ökad omfattning börjat söka vägar för att konkurrensutsätta verksamhet som traditionellt har bedrivits inom den offentliga sektorn. Ett sätt att konkurrensutsätta den s.k. egenregiverksamheten har varit att avknoppa viss verksamhet och låta denna verksamheten drivas av tidigare anställda. Stockholms läns landsting och Vårdförbundet har under våren 1999 tecknat en gemensam viljeyttring och utarbetat en mall för fler vårdavtal med Vårdförbundets medlemmar. Viljeyttringen är benämnd "Samverkan för avknoppning". Denna viljeyttring berör inte frågan om landstingets ingående av vårdavtal med en avknoppad enhet skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Den fråga utredningen har att besvara är om sjukvårdshuvudmannen, utan ett föregående upphandlingsförfarande, kan teckna avtal med en avknoppad verksamhet om att utföra vissa uppgifter eller tjänster mot offentlig finansiering.

Det har till utredningen framförts önskemål om att utredningen skall se över möjligheterna för den upphandlande enheten att genom direktupphandling tilldela en avknoppad verksamheten ett första kontrakt. Det har i den utredning som genomförts inom Stockholms läns landsting angående landstingets relationer till privata vårdgivare (Partner 98 se avsnitt 6.3) framhållits att landstinget ser problem med att inte direkt kunna teckna avtal med en avknoppad enhet. Det framgår att sjukvårdsområdet och sjukvårdsledningen i bland kontaktas av vårdgivare, främst läkare, som är anställda hos landstinget. De uttrycker därvid sin önskan att bryta sig ur delar av den verksamhet som de f.n. är engagerade i och i stället bedriva den verksamheten i privat regi med offentlig finansiering. Bakgrunden är oftast att vårdgivarna ser att vissa behov är eftersatta eller att den pågående verksamheten och dess organisation inte förmår tillgodose behoven på ett tillfredsställande sätt. Om hälso- och sjukvårdsnämnden anser att det finns behov av den föreslagna tjänsten kan man med hänsyn till upphandlingsreglerna inte direkt träffa avtal med intressenterna. Hälso- och sjukvårdsnämnden är tvungen att efterleva reglerna i LOU och att upphandla en sådan föreslagen tjänst. Besked om att verksamheten skall konkurrensutsättas och eventuellt om

deltagande i anbudsgivning måste enligt Partner 98 ges till de enheter i landstingets egen regi som berörs. Det kan enligt den utredningen då uppfattas som om landstinget "stjäl" en god idé.

Upphandlingskommittén har diskuterat om det är möjligt att lagstifta om avknopningsstöd genom att direktupphandla från företag som bildas av en personalgrupp. Syftet är att öka konkurrenstrycket vid offentlig upphandling. Efter den första avtalsperioden skulle personalföretaget tävla på samma villkor som övriga företag. Upphandlingskommittén avser att behandla frågan i sitt slutbetänkade som skall redovisas under slutet av år 2000.

NOU har på uppdrag av regeringen också gjort en genomgång av kommuners och landstings möjligheter att enligt LOU och gemenskapsrätten genomföra köp från sådan verksamhet som avknoppats från kommundriven eller landstingsdriven verksamhet utan att inleda ett formellt upphandlingsförfarande. Nämndens arbete redovisades i den tidigare nämnda rapporten till regeringen i mars 1998.

5.8.2 Sjukvårdshuvudmannens avtal med avknoppad verksamhet

Frågan är om ett företag vars verksamhet varit ägd eller kontrollerad av en upphandlande enhet, kan erhålla eller överta ett uppdrag/avtal om leverans av varor eller tjänster i samband med överlåtelse av driften av verksamheten. För närvarande föreligger i bland ett motsatsförhållande mellan kraven på god avkastning vid privatisering av verksamhet och kravet på upphandling i konkurrens. Så kan t.ex. offentliga verksamheter som övertas av anställda eller säljs ut i vissa fall vara av mycket begränsat värde om inte inarbetade och gällande överenskommelser ingår i övertagandet. Det är exempelvis nödvändigt för en avknoppad verksamhet inom vården att denna ingår vårdavtal med sjukvårdshuvudmannen om rätt till offentlig finansiering för utförd vård.

Enligt NOU tillåter inte dagens regler att man utan upphandling tilldelar kontrakt till en sådan privatiserad enhet. Detta kan enligt NOU leda till att försäljningsvärdet blir så lågt att den offentlige ägaren av ekonomiska skäl eller sysselsättningsskäl avstår från att sälja, varvid verksamheten aldrig kommer ut på marknaden (ovan nämnda rapport sid. 29).

RR har avkunnat två domar som berör övertagande av pågående uppdrag vid försäljning av ett landstingstvätteri. RR angav i domarna bl.a. att om en upphandlande enhet ingår avtal med tredje man om överlåtelse av en rörelse, t.ex. en tvätterirörelse, jämte överlåtelse av ett antal avtal om att få utföra tjänster åt den upphandlande enheten, t.ex.

tvätteritjänster, så skall sådana tjänster upphandlas enligt LOU. Det gäller även om tjänsterna har ett direkt samband med och är nödvändiga för utförsäljningen i fråga.

NOU yttrade sig i målen efter anmodan från RR. Nämnden anförde i yttrandet att försäljning av verksamhet enligt nuvarande regler inte kan kombineras med övertagandet av gällande överenskommelser. Vidare anförde NOU följande i yttrandet: "Den omständigheten att det pågår överenskommelser mellan tvätteriet och landstingsinterna enheter, om det tecknats mellan två juridiska personer vore att anse som ett kontrakt, kan enligt NOU:s bedömning inte medföra att dessa lagligen, utan mellanliggande upphandling, kunde överlåtas till en privat ägare. Upprättandet av ett nytt avtal, Textilservicekontraktet, kräver utan tvekan upphandling. Landstinget har anført att LOU inte är tillämplig så länge de åtaganden som tas över till omfattning och löptid är affärsmässiga. NOU kan dock inte instämma i detta resonemang. Begreppet affärsmässigt återfinns inte i Europa rådet direktiv om offentlig upphandling. Det är en inhemsk konstruktion som övertagits från tidigare gällande upphandlingsförordning (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen. Avsikten med LOU är dock inte enbart att en upphandlande enhet anskaffar varor, byggentreprenader och tjänster till rätt pris i förhållande till kvalitet och övriga krav, utan även att detta sker i konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör även att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika. Avsikten med annonsering och/eller offentliggörande av förfrågningsunderlag i samband med upphandlingar är inte enbart att få fram lämpliga anbud utan även att möjliggöra för intresserade leverantörer att delta i myndighetens anskaffning av varor och tjänster och få kunskap om existerande och kommande marknader." (.....) "Även om det finns inslag av en försäljning anser NOU att landstingets huvudsakliga syfte med det kombinerade försäljnings- och anskaffningsavtalet har varit att tillförsäkra sig att få behovet av tvätteritjänsterna tillgodosedda och personalens anställning under en övergångstid tryggad. Värdet av tjänsterna är så högt att en anskaffning av dessa och inte försäljning av fastigheten synes vara det primära ändamålet och skulle ha upphandlats. Erbjudandet om övertagande av fastigheten och rörelsetillgångarna kunde i stället ingå i upphandlingen som en delbetalning av tjänsterna."

6 Tidigare utredningsförslag

6.1 Inledning

Enligt utredningens direktiv skall utredningen analysera om vårdavtal enligt en eventuell lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården, som föreslagits av Delegationen (S 1995:117) för samverkan mellan offentlig och privat hälso- och sjukvård, den s.k. Samverkansdelegationen, i delegationens slutbetänkande SOU 1997:197 Klara spelregler skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

I *avsnitt 6.2* redogörs därför för delegationens lagförslag.

Genom beslut i hälso- och sjukvårdsnämnden inom Stockholms läns landsting lämnades ett uppdrag till koncernledningen inom landstinget att utreda landstingets förhållande till externa vårdgivare. Utredningsuppdraget var att beskriva den av landstinget finansierade privat bedrivna vårdens omfattning och de förutsättningar under vilka denna vård arbetar. Vidare gällde uppdraget att utforma strategier för hur relationerna mellan landstinget och privatvården skall fortleva och kunna utvecklas. Utredningen, som antog namnet Partner 98, avlämnade sin rapport i december månad 1998.

I *avsnitt 6.3* redovisas kortfattat innehållet i det lämnade arbetet från Partner 98.

6.2 Samverkansdelegationens förslag

6.2.1 Inledning

Samverkansdelegationen har i sitt slutbetänkande uttalat att en utgångspunkt för delegationens arbete har varit att svensk hälso- och sjukvård skall vara skattefinansierad och demokratiskt styrd. Delegationen anser att en förutsättning för att en positiv utveckling av alternativa driftformer skall komma till stånd under producentneutrala förhållanden är att sjukvårdshuvudmännens beställar- och finansieringsansvar tydligt separeras från den egna verksamheten.

6.2.2 Lagen om etablering av enskilda vårdgivare

Delegationen konstaterar i sitt betänkande att det i dag i princip inte sker något nytillskott av enskilda vårdgivare verksamma i egen regi med offentlig finansiering. Det är därför enligt delegationen viktigt att värna om en utveckling där det också i framtiden ges utrymme och möjlighet att etablera sig som enskild vårdgivare. För att detta enligt delegationen skall komma till stånd krävs klara spelregler vilket i sin tur skapas genom långsiktiga vårdavtal och möjlighet att överlåta sin etablering.

Delegationen anser det inte, med hänsyn till regerings och riksdags uttalade mening att de nationellt fastlagda taxorna på sikt inte skall fastslås av regeringen, vara en framkomlig väg att föreslå nationella ersättningssystem för ett flertal olika vårdgivargrupper. I konsekvens härmed har delegationen föreslagit en lösning som innebär att nu gällande detaljerade lagstiftning angående privatpraktiserande läkares och sjukgymnasters villkor och ersättningssystem (LOL och LOS med vidhängande förordningar FOL och FOS) skall upphöra att gälla och ersättas med en lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal. Den föreslagna lagen innebär således att samtliga legitimerade vårdgivargrupper omfattas av samma grundläggande villkor.

Delegationen föreslår att beslut om taxornas utformning och ersättningsnivåer skall överlåtas till berörda parter att komma överens om. Vidare föreslår delegationen att regeringen och Landstingsförbundet skall träffa en överenskommelse om att 25 procent av all öppenvårdsverksamhet inom respektive landsting och vårdkategori skall bedrivas antingen som personliga etableringar enligt den föreslagna lagen eller bli föremål för upphandling.

I lagförslaget anges att sjukvårdshuvudmännen skall ledigförklara vakanta eller nya etableringar och att intresserade vårdgivare får anmäla sitt intresse att bedriva verksamheten. Av lagförslaget framgår även bl.a. att den del av vårdavtalet som avser etableringstillstånd i princip skall gälla tills vidare. Uppsägning från landstings sida av ett avtal om etablering för att meddela hälso- och sjukvård får endast ske om det föreligger sakliga skäl. I den föreslagna lagen anges vidare att regeringen skall tillsätta ett råd för vårdavtalsfrågor. Rådet skall bl.a. följa och bedöma tillämpningen av den föreslagna lagen och de avtal som träffas med stöd av denna samt pröva frågor angående rätt till avtal, överlåtelse av avtal eller ersättning för uppkommen ekonomisk skada som landsting och vårdgivare hänskjuter till rådet. Rådets uttalande skall vara vägledande för de vårdgivare och sjukvårdshuvudmän som berörs.

Till betänkandet fogades två särskilda yttranden. Sveriges läkarförbunds och Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbunds representanter i utredningen hemställde att de nationella vårdtaxorna även i fortsättningen skall fastställas av regeringen. Landstingsförbundets och

Svenska Kommunförbundets representanter i utredningen anförde att delegationens uppgift enligt direktiven varit att följa utvecklingen när det gäller samverkan mellan offentlig och privat hälso- och sjukvård och att underlätta samverkan mellan vård i olika driftformer. Enligt de båda förbundens representanter går de förslag som presenterades i betänkandet långt utöver direktiven. Om syftet hade varit att lägga fram förslag som fastlägger nya sjukvårdspolitiska principer och ändra de grundläggande förutsättningarna och ansvarsförhållandena, borde detta enligt den skiljaktiga meningen ha beretts av en parlamentarisk kommitté. Vidare anføres i den skiljaktiga meningen bl.a. att det i betänkandet inte ges någon klar bild av de förändringar som föreslås och att det saknas en konsekvensanalys.

6.2.3 Upphandling av vårdavtal som föreslås av Samverkansdelegationen

Delegationen anser att det bör finnas två parallella system för alternativa driftformer inom hälso- och sjukvården. När hela eller delar av verksamheten läggs ut på entreprenad och / eller drivs av kommersiella företag skall verksamheten bli föremål för offentlig upphandling. Detta gäller vårdhem, sjukhus och olika typer av medicinsk service. Enligt delegationen talar emellertid övervägande skäl för att enskilda vårdgivares verksamheter inte bör bli föremål för offentlig upphandling. Delegationen ifrågasätter i det sammanhanget det riktiga i NOU:s uppfattning att det finns möjlighet att priskonkurrera, mot bakgrund av att verksamheten är skattefinansierad och ytterst styrd av politiska beslut. Genom den föreslagna lagen anser sig delegationen ha utvecklat ett ansökningsförfarande som fungerar som urvalsprocess för enskilda vårdgivare. Den vårdgivare som väljs får därmed en personlig etablering där villkoren redan huvudsakligen är fastställda enligt lag eller genom nationella riktlinjer som utformats gemensamt av sjukvårdshuvudmännen och vårdgivarnas företrädare. Delegationen anser därmed att övervägande skäl talar för att LOU inte är tillämplig för dessa personliga etableringar där vårdgivare är verksamma enligt den föreslagna lagen. Slutligen anser delegationen att det är olyckligt att konkurrenslagen inte är tillämplig på myndighets beslut om upphandling och menar att en tillämpning av lagen skulle kunna leda till en effektivare vårdproduktion.

6.2.4 Remissinstansernas synpunkter på Samverksansdelegationens förslag

Många remissinstanser var positiva till förslaget att samla alla legitimerade vårdgivares grundläggande villkor för etablering med offentlig finansiering i en lag. Emellertid var ett flertal remissinstanser negativa till olika delar av lagen. Stockholms läns landsting och det blivande Skåne läns landsting var kritiska till förslaget i dess helhet. Socialstyrelsen avstyrkte den föreslagna lagen. Här kommer enbart att redovisas remissinstansernas synpunkter på om tecknande av vårdavtal enligt den föreslagna lagen skall vara föremål för offentlig upphandling och om någon särreglering bör ske för verksamheter som bedrivs av olika ideella organisationer.

Flertalet av remissinstanserna som yttrat sig angående LOU:s tillämplighet vid tecknande av vårdavtal med enskilda vårdgivare anser, i likhet med delegationen, att LOU i sin nuvarande form inte är lämplig att tillämpa på hälso- och sjukvårdstjänster och välkomnar en översyn av lagen. *NOU* menar dock att hälso- och sjukvårdstjänster som regleras i vårdavtal omfattas av LOU oavsett den föreslagna lagen men påpekar att det från upphandlingssynpunkt inte torde föreligga några lagliga hinder mot att undanta de hälso- och sjukvårdstjänster som avses enligt den föreslagna lagen från LOU:s tillämpningsområde.

Konkurrensverket anser i sitt remissvar att en sådan särreglering ur upphandlingssynpunkt som föreslås beträffande ideella organisationers hälso- och sjukvårdsverksamhet skulle kunna strida mot rådande principer på upphandlingsområdet och eventuellt också mot EG-direktivet. Att ställa olika krav eller ha olika regler beroende på vårdgivarens associationsform torde enligt verket strida mot kravet på lika behandling av anbudsgivare. *Konkurrensverket* anser vidare, i anledning av den föreslagna lagen om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal m.m., att det i betänkandet inte synes vara klarlagt om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som en uppdragstagare, en arbetstagare eller en företagare. Denna oklarhet gör det enligt verket svårt att se vilken part som delegationen avser skall företräde de enskilda vårdgivarna i förhandlingar med landstinget. Att klarlägga förhållandet mellan landstinget och de enskilda vårdgivarna synes, enligt *Konkurrensverkets* bedömning, vara väsentligt för att uppnå en effektiv samverkan i sjukvården. *Konkurrensverket* föreslog därför att Utredningen om sjukvårdsupphandling får i uppgift att klarlägga detta förhållande.

6.3 Partner 98

6.3.1 Inledning

I Stockholms läns landsting har under år 1998 genomförts en utredning angående landstingets förhållande till privata vårdgivare. Utredningen antog namnet Partner 98. Utredningens uppdrag var att beskriva den av landstinget finansierade privat bedrivna vårdens omfattning och de förutsättningar under vilka denna vård arbetar. Uppdraget gällde även att utforma strategier för hur relationerna mellan landstinget och privatvården skall fortleva och kunna utvecklas. Utredningen avlämnade under december månad 1998 en rapport. I arbetet ägnades särskild uppmärksamhet åt olika aspekter av upphandlingslagstiftningen. Särskild vikt lades därvid på frågan hur landstinget med nuvarande lagstiftning skall upprätthålla och utveckla långsiktiga och förtroendefulla relationer till privata vårdgivare.

I det följande lämnas en redogörelse för de av Partner 98 framlagda synpunkterna angående LOU:s tillämplighet vid landstingets köp av hälso- och sjukvårds tjänster från privata vårdgivare.

Sammanfattningsvis kommer Partner 98 i sina överväganden fram till att det är möjligt för landstinget att genom upphandlingsförfarande enligt LOU vidmakthålla och upprätta relationer till privata vårdgivare. Den uppfattning som framförs i arbetet är att LOU skall tillämpas i samtliga fall när avtal träffas med privata vårdgivare. Undantaget är dock, anser Partner 98, i huvudsak de avtal som träffas med specialistläkare och sjukgymnaster som i dag arbetar enligt LOL eller LOS.

Partner 98 anser att även landstingsintern verksamhet kan inbjudas att delta i en upphandling enligt LOU. Med hänsyn till kravet på konkurrensneutralitet och behovet av förberedelser inför konkurrensutsättning skall det i så fall fattas beslut härom i särskild ordning.

Något politiskt ställningstagande till arbetet som utförts inom Partner 98 har inte gjorts inom landstinget.

6.3.2 Tillämpningen av LOU inom Stockholms läns landsting

I den rapport som Partner 98 lämnat ges en redovisning av den privat bedrivna vårdens nuvarande omfattning inom Stockholm läns landsting och en redogörelse för hur upphandlingsreglerna hittills tillämpats inom landstinget. Upphandling sker i dag, med vissa undantag, vid landstingets tecknande av avtal för hälso- och sjukvårdstjänster med privata vårdgivare.

Enligt Partner 98 har vårdavtal som ingåtts med *läkare/sjukgymnast som före avtalsrelationen arbetade enligt den nationella taxan* inte blivit föremål för ett upphandlingsförfarande. Skälet är att relationen redan är etablerad. Enligt en övergripande samverkanspolicy (HSN 1995) eftersträvar landstinget en fördjupad avtalsrelation med just dessa vårdgivare. Att av formella skäl genomföra ett upphandlingsförfarande, när landstinget som finansiär redan är bunden av att finansiera vårdgivarnas verksamhet, har därför inom landstinget inte bedömts vara förnuftigt.

Upphandling har inte heller genomförts inom landstinget då vårdavtal träffats med *mindre grupper av läkare i öppen specialistvård*. Dessa avtal har enligt Partner 98 haft karaktären av ersättningsetableringar/etableringar enligt nationella taxan, vilket bl.a. framgår av att berörda läkare enligt vårdavtalen givits rätt att övergå till ersättning enligt den nationella taxan för den händelse någon part skulle vilja frångå avtalet efter avtalstidens upphörande.

Det anges vidare att landstinget har ett flertal mångåriga avtalsförhållanden med ett stort antal vårdgivare inom främst *somatisk vård, olika typer av rehabilitering samt psykiatrisk vård*. I avvaktan på rekommendationer från Partner 98 har förlängningar av dessa avtal genomförts efter förhandlingar i samråd mellan samtliga berörda sjukvårdsområden och respektive avtalspart.

Inom området *medicinsk service* har inom Stockholms läns landsting upphandling genomförts i stor omfattning och då omfattat såväl privata vårdgivare som landstingsinterna enheter. Dessa enheter har inbjudits att delta i enlighet med landstingets beslut om riktlinjer för konkurrensutsättning. Kritik har enligt Partner 98 riktats mot upphandlingarna från både externa och interna enheter. Kritiken har avsett svårigheter för berörda vårdgivare att bedöma bl.a. objektivitet i kvalitets-säkringar och prisjämförelser. Vårdgivarna har också haft invändningar mot definitioner och andra preciseringar av de tjänster som upphandlats och på krav om återrapportering till finansiären. Partner 98 anser att den kritik som framkommit i dessa upphandlingar nog bör kunna tolkas som att den beror på att vårdgivarna har varit ovana vid upphandlingar och att de som upphandlat varit oförberedda på de starka reaktioner som det väcker hos vårdgivarna att få sin verksamhet inträngande analyserad och värderad. Partner 98 påtalar även att det hittills inte varit aktuellt att tillämpa upphandlingslagen vid landstingets *bidragsgivning till olika ideella föreningars och stiftelsers sjukvårdsverksamhet*.

6.3.3 Partner 98:s överväganden och förslag

Allmänna synpunkter

Partner 98 framhåller de positiva effekter som ligger i ett upphandlingsförfarande. Enligt Partner 98 stimulerar det till och skapar möjligheter till utveckling för vårdgivarna. Det ger ökade möjligheter för landstinget att använda tillgängliga resurser på effektivast möjliga sätt. I rapporten påtalas särskilt att Landstinget i Stockholms län under senare år på en del områden genom upphandling fått till stånd avtal som inneburit att kostnaderna kunnat reduceras med bibehållen eller förbättrad kvalitet. Som exempel på detta nämns bl.a. upphandling av röntgenservice och gråstarrsoperationer.

Partner 98 behandlar vidare frågan om sjukvårdstjänster ur upphandlingssynpunkt är speciella jämfört med andra tjänster. Den bedömning som görs är att anskaffning av hälso- och sjukvårdstjänster i likhet med anskaffningar av andra tjänster skall föregås av ett upphandlingsförfarande. Skälet till den osäkerhet som rått i frågan beror bl.a. enligt Partner 98 på att tjänsternas innehåll och att de som leder den medicinska verksamheten inte är vana vid att utsättas för konkurrens.

Trots de komplikationer som ligger i upphandling av sjukvårdstjänster och de speciella förhållanden som råder på sjukvårdsmarknaden gör Partner 98 bedömningen att LOU kan tillämpas vid i princip all upphandling av sjukvårdstjänster. Utredningen anser att upphandling skall ske samt och att detta är ett verkningsfullt medel att skapa och upprätthålla konkurrens i hälso- och sjukvården och en sund affärsmässighet i relationerna mellan landstinget och privata (och offentliga) vårdgivare.

Partner 98 anser det viktigt att upphandlingsprocessen får en struktur som är tydlig och enhetlig. På grund härav föreslår man att det vid genomförande av landstingets upphandlingar skall prövas om det är möjligt att utarbeta en gemensam avtalsmall som innehåller alla nödvändiga formella relationer mellan parterna samt krav på kvalitetssäkring och systematiskt kvalitetsarbete.

Deltagande av landstingsinterna enheter

Partner 98 konstaterar att det i landstingets riktlinjer för konkurrensutsättning anges att landstingsinterna enheter skall inbjudas delta i anbudsgivning vid upphandlingar. Partner 98 anser att landstingsinterna enheter skall inbjudas delta i anbudsgivning endast om det är fattat särskilt beslut om att konkurrensutsätta denna verksamhet och om berörda enheter haft rimlig tid att förbereda sig för att delta i anbudsgivningen. Om interna enheter skall delta i anbudsgivningen förutsätter

detta enligt Partner 98 att enheterna har tydligt avgränsade verksamheter och ekonomi.

De volymer tjänster som upphandlas externt bör enligt Partner 98, om inte finansiering för ytterligare volymer beslutas särskilt, i ett inledningsskede begränsas till högst de volymer vårdtjänster som f.n. produceras av privata vårdgivare.

Undantag från upphandlingskravet

Partner 98 anser att det finns skäl att föreslå vissa undantag från upphandlingskravet för vissa vårdgivare. Ett sådant undantag bör gälla vid tecknande av avtal med läkare och sjukgymnaster som redan är verksamma enligt LOL eller LOS. Om sådana vårdgivare eller enheter av sådana vårdgivare deltar i ett upphandlingsförfarande och inte får avtal utifrån den genomförda upphandlingen kan dessa ändå fortsätta att bedriva verksamhet enligt de angivna ersättningslagarna. Detta skulle enligt Partner 98 förutsätta att landstinget är berett att inför en upphandling fördubbla den upphandlande verksamheten eller alternativt var beredd att avbryta upphandlingen på grund av bristande finansiering. Även förnyelse av befintliga husläkaravtal skall enligt Partner 98 kunna ske utan upphandling, eftersom dessa vårdavtal innehåller villkor som berättigar läkaren att övergå till den nationella taxans regler i det fall husläkaravtalet skulle upphävas.

Partner 98 ser etableringar enligt LOL eller LOS som otidsenliga. Sådana etableringar ger oinskränkt rätt för vårdgivaren att under återstoden av sitt verksamma liv arbeta med finansiering från landstinget. I stort sett endast mycket flagranta kvalitetsbrister, som leder till deslegitimering, kan leda till att landstingsfinansieringen upphör. En avtalsrelation skall enligt utredningens uppfattning innebära ömsesidiga fördelar för parterna och ömsesidigt risktagande. Partner 98 anser därför att landstinget bör avveckla avtalsformen enligt dessa ersättningslagar och att nya samverkansavtal inte bör tillkomma.

Partner 98 påtalar vidare att ett speciellt område är att hantera läkare och sjukgymnaster som avser att ersätta personer som i dag är verksamma enligt LOL eller LOS. Behov av ersättningsetableringar kan exempelvis uppstå när en person uppnått pensionsålder eller av andra skäl vill sluta sin aktiva tjänst. I dag sker ersättningsetableringar inom Stockholms läns landsting utan ett föregående upphandlingsförfarande. Förhandlingar tas i stället upp direkt mellan berört sjukvårdsområde och den aktuella vårdgivaren. Partner 98 anser det viktigt att för framtiden skapa former som medger att dessa frågor kan hanteras öppet och förtroendefullt mellan alla berörda parter. Partner 98 anser således att s.k. ersättningsetablering inom ramen för ett befintligt vårdavtal skall

kunna ske utan att det föregås av upphandling. Vårdgivaren skall vara skyldig att ta upp frågan med landstinget. Landstinget skall godkänna den nya vårdgivaren, så att totalantalet läkare/sjukgymnaster med etableringsrätt enligt LOL eller LOS inte utökas.

7 Enkät svar och synpunkter från sjukvårdshuvudmän, privata vårdgivares organisationer och stiftelser

7.1 Inledning

För att kunna göra de överväganden som direktiven föreskriver har utredningen haft kontakter och sammanträffanden med ett flertal företrädare för olika privata vårdgivare, intresseorganisationer, sjukvårdshuvudmän samt de ideellt drivna Röda Korsets sjukhus, Stockholms Sjukhem och Ersta Diakonissanstalt.

Utredningen har i samarbete med Upphandlingskommittén genomfört en hearing med företrädare för de privata vårdgivarna MEDiHEM AB, ISS Care Service AB, Bure Hälsa och Sjukvård AB, GranskapsService i Sverige AB, Stiftelsen Stora Sköndal och Praktikertjänst. Vid denna hearing deltog även representanter från olika sjukvårdshuvudmän från Landstinget Värmland, Landstinget Sörmland, Landstinget Östergötland, Täby kommun, Västerås kommun, Österåkers kommun och Malmö stad.

Vidare har utredningen sammanträffat med representanter från Curatus Senior Sverige AB, de privata vårdgivarnas intresseorganisationer såsom Sveriges läkarförbund, Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund, Vårdförbundet, Sveriges Psykologförbund, Riksföreningen Psykoterapi Centrum samt diverse kontakter och sammanträffanden med olika enskilda vårdgivare såsom exempelvis representanter från Crebona AB, Maja Kvinnomottagning, Hälsan Arbetsplatskonsult AB och Norra Specialistmottagningen. I detta kapitel redovisas utredningen vad som huvudsakligen framkommit under dessa sammanträffanden.

För att klarlägga hur landstingen och kommunerna uppfattat, tolkat och efterlevt gällande regler om offentlig upphandling har utredningen genomfört en enkätundersökning som skickats till landets samtliga landsting och kommuner. Resultatet av denna undersökning redovisas inledningsvis i detta kapitel. Därefter redovisas kortfattat de olika synpunkterna som kommit utredningen till del från:

- Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund,
- Sveriges läkarförbund,

- Vårdförbundet och Sveriges Psykologförbund,
- Riksföreningen Psykoterapicentrum,
- Röda Korsets sjukhus, Stockholms sjukhem och Ersta diakoniskällskap.

7.2 Redovisning av inkomna synpunkter

7.2.1 Utredningens enkätundersökning

Inledning

Det ligger i utredningens intresse att få vetskap om hur landstingen och kommunerna tillämpar LOU då de köper hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare samt att inhämta aktörernas olika synpunkter på ett upphandlingsförfarande vid köp av sådana tjänster. I anledning härav har utredningen genomfört en enkätundersökning med samtliga landsting och kommuner.

I detta avsnitt redovisas kortfattat resultaten från utredningens enkätundersökning, varvid landstingens enkät svar redovisas för sig och kommunernas svar för sig. Frågorna i enkäten framgår av *bilaga 3*.

Landstingens ingående av vårdavtal med privata vårdgivare

Enkäten har, som tidigare nämnts sänts till samtliga landsting. Detta betyder att det nya Skånelandstinget ingår som en enhet. Malmö stad har dock redovisats för sig. Separata enkäter har skickats ut till de f.d. landstingen i Västra Götaland. Således har svaren från f.d. Bohusläns landsting, f.d. landstingen i Älvsborg och Skaraborg samt Göteborgs stad redovisats för sig. Totalt har 25 utskick gjorts och 24 svar har erhållits. Detta betyder en svarsfrekvens om 96 procent. Då det i den fortsatta redovisningen anges *landstingen* avses även Göteborgs stad, Malmö stad och Gotlands kommun.

Samtliga landsting har uppgett att man i vart fall har något nu löpande vårdavtal med privata vårdgivare. Förekomsten av avtal mellan olika landsting varierar. Stockholms läns landsting har uppgett att det under den i enkäten aktuella tiden hade 1389 vårdavtal med privata vårdgivare. Detta landsting är det landsting i landet som har flest vårdavtal. Norrbottens landsting är det landsting som har minst antal vårdavtal (två stycken).

Föregås landstingens tecknande av vårdavtal med privata vårdgivare av ett upphandlingsförfarande ?

Enbart ett fåtal av de träffade vårdavtalen har föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Elva av de landsting som svarat på enkäten har uppgett att de överhuvudtaget inte upphandlat några avtal avseende hälso- och sjukvårdstjänster.

Övriga 13 landsting har uppgett att man i vart fall vid något tillfälle genomfört ett upphandlingsförfarande enligt LOU då avsikten varit att teckna ett vårdavtal med en privat vårdgivare. De avtal som ingåtts med *andra vårdgivaregrupper än läkare och sjukgymnaster* har oftast föregåtts av ett anbudsförfarande. Landstingen har även i stor utsträckning upphandlat tjänster för *medicinsk service*.

Ett par landsting har uppgett att man upphandlat vårdavtal som ingåtts med *läkare/sjukgymnaster som inte tidigare varit verksamma enligt LOL eller LOS*. Ett landsting har uppgett att man enbart träffar samverkansavtal med "nya" läkare/sjukgymnaster. Detta för att "slippa" ett LOU-förfarande.

Majoriteten av de landsting som genomfört något upphandlingsförfarande avseende hälso- och sjukvårdstjänster har uppgett att man inte tillämpat upphandlingsreglerna vid vårdavtal med *enskilda läkare och sjukgymnaster eller grupper av dessa vårdgivare som tidigare har ett avtal med rätt till ersättning enligt gällande ersättningslagar*. Ett par av landstingen har vidare uppgett att man inte heller företagit ett upphandlingsförfarande för tecknande av vårdavtal med sådana vårdgivares bolag. Anledningen till att landstingen inte tycker att ett upphandlingsförfarande bör företas vid tecknande av vårdavtal med dessa grupper är att landstingen anser att man redan genom samverkansavtalet förbundit sig att finansiera den vård dessa vårdgivare utför.

Stockholms läns landsting har påtalat att avtal med *stiftelser och ideella organisationer* bör föregås av ett upphandlingsförfarande. Göteborgs stad har uttalat att man inte bedömt sig ha någon fördel av att genomföra ett upphandlingsförfarande vad avser vårdavtal med dessa stiftelser och organisationer.

Således föregås långt i från alla vårdavtal av ett anbudsförfarande enligt LOU.

Landstingen har uppgett att vårdavtalen i huvudsak löper under en tid om ett till fyra år. I samtliga fall då vårdgivaren *övergått från samverkansavtal till vårdavtal* har vårdgivarna efter vårdavtalets giltighetstid haft rätt att återgå till verksamhet enligt det tidigare träffade samverkansavtalet.

Föregås landstingens tecknande av samverkansavtal med privata vårdgivare av ett upphandlingsförfarande ?

13 av landstingen har uppgett att man har något pågående samverkansavtal med enskilda läkare/sjukgymnaster. Enbart åtta av dessa landsting har emellertid uppgett att man under tiden den 1 juli 1997 till den 30 juni 1998 ingått något nytt samverkansavtal. De landsting som inte ingått några samverkansavtal har uppgett att de anser denna avtalsform föråldrad och att regeringen dessutom i prop. 1996/97:123 om privata vårdgivare uppgett att man önskar att parterna i stället ingår vårdavtal.

Alla landsting har uppgett att samverkansavtalen löper till dess vårdgivaren fyller 65 år.

Enbart landstinget i Gävleborg har uppgett att samverkansavtalen föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. De övriga landstingen har i huvudsak uppgett sig ha kommit i kontakt med den kontrakterade vårdgivaren sedan vårdgivaren till landstinget anmält sitt intresse av att ingå avtal.

Landstingens synpunkter på ett upphandlingsförfarande vid ingående av avtal för hälso- och sjukvårdstjänster

Landstingens synpunkter på upphandlingsreglerna varierar. Inom Stockholms läns landsting har genomförts en utredning, Partner 98, angående landstingets relationer till privata vårdgivare samt landstingets syn på upphandlingsförfarandet. Dessa synpunkter har även redovisats i landstingets enkät svar. I betänkandet redogörs i avsnitt 6.3 för Partner 98:s arbete. De synpunkter som framförts där berörs därför endast i mindre utsträckning i detta kapitel.

Landstingen i Stockholms län och Skaraborgs län, samt Göteborgs stad har uttalat att de ser fördelar med ett förfarande enligt LOU. Göteborgs stad har påtalat att den främsta fördelen är att upphandlingsprocessen resulterar i en större tydlighet om vad parterna åtar sig än vad som normalt fås fram i interna budget-/planeringsprocesser eller i en förhandling direkt med en vårdgivare.

Alla landsting har dock uppgett att de anser att tecknande av vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster inte bör föregås av ett upphandlingsförfarande. Många landsting har uppgett att de anser att vårdavtal med läkares/sjukgymnasters bolag inte heller bör bli föremål för ett upphandlingsförfarande. Malmö stad har uppgett att man för att inte bryta mot NOU:s beslut enbart tecknar samverkansavtal med "nya" läkare/sjukgymnaster. Detta för att "slippa" att genomföra ett upphand-

lingsförfarande om man senare skulle önska träffa ett vårdavtal med denna vårdgivare.

De flesta landstingen är negativa till att tillämpa LOU:s regler vid köp av hälso- och sjukvårdstjänster. Landstinget i Sörmland har uppgett att alla vårdavtal bör kunna ingås utan upphandling i konkurrens och att upphandlingsreglerna till och med leder till att landstinget avstår från att teckna avtal som innebär att vården tillhandahålls i alternativa driftformer. Gotlands kommun har anfört att LOU enligt kommunens uppfattning fungerar dåligt för att reglera befintliga och fortlöpande förbindelser samt att få vårdgivare är intresserade av att träffa ett tidsbegränsat avtal. Många landsting uppfattar dessutom upphandlingsreglerna som krångliga samt anser att det saknas erfarenhet inom landstingen för att skriva förfrågningsunderlag och att de har svårt att värdera inkomna anbud.

Dessa nackdelar leder enligt ett flertal landsting till att de antingen etablerar verksamheten i egen regi eller söker efter möjligheten att komma fram till avtal utan att följa upphandlingsreglerna. Ett sätt har då varit att träffa ett samverkansavtal med en vårdgivare. Ett annat sätt är att ändå träffa ett avtal och chansa på att det inte finns någon annan vårdgivare som känner sig förfördelad och klagar hos domstol.

Landstinget i Sörmland har uppgett att man anser att skillnaden ur upphandlingssynpunkt mellan att teckna vårdavtal och samverkansavtal inte är relevant. Många landsting, bl.a. landstinget i Kronoberg och Stockholms läns landsting har påtalat att de anser att samverkansavtalen är föråldrade och att det inte fungerar att binda sig till avtal som gäller till dess vårdgivaren fyller 65 år. Av detta skäl har vissa landsting uppgett att de inte ingår några nya samverkansavtal.

Kommunernas ingående av vårdavtal med privata vårdgivare

Utredningen har skickat enkäten till samtliga kommuner (288 stycken). 202 kommuner har inkommit med svar. Detta innebär således en svarsfrekvens på 70,13 procent.

Av de kommuner som svarade på utredningens enkät uppgav 60,8 procent eller 123 stycken att de inte har något avtal med privatpraktiserande vårdgivare. 79 av de svarande kommunerna eller 39,2 procent uppgav att de i vart fall hade något avtal med en privat vårdgivare. De träffade avtalen rörde i huvudsak kommunernas köp av platser på olika privata vårdhem för äldre personers boende. Någon kommun har även uppgett sig ha tecknat avtal med sjuksköterskor och arbetsterapeuter.

Föregås kommunernas tecknande av vårdavtal med privata vårdgivare av ett upphandlingsförfarande?

Nära merparten av de kommuner som tecknat vårdavtal med privata vårdgivare eller 45,5 procent har uppgett att de enbart har ingått ett eller högst två avtal. Av dessa avtal har cirka vart tredje avtal föregåtts av ett upphandlingsförfarande.

Fjorton av de kommuner som inkom med svar har uppgett att kommunen ingått fler än tio avtal med privata vårdgivare. Inom dessa kommuner har vårdavtalen i större utsträckning (64,3%) än i kommuner med få avtal föregåtts av ett upphandlingsförfarande.

De olika vårdavtalens avtalstider varierar. Det finns kommuner som tecknar avtal som löper under sex månader och det finns kommuner vars avtal med privatpraktiserande vårdgivare löper tills vidare. Merparten av avtalen synes dock ha en giltighetstid om ett år.

Inte någon kommun har ingått något samverkansavtal.

Kommunernas synpunkter på ett upphandlingsförfarande vid ingående av avtal för hälso- och sjukvårdstjänster

Endast cirka hälften av kommunerna som inkommit med svar på den utskickade enkäten har svarat på frågan i enkäten om kommunens uppfattning om regelsystemet. Med så stort svarsbortfall är det svårt att dra några egentliga slutsatser. Svarsbortfallet är inte analyserat.

Bland de kommuner som har svarat varierar synpunkterna. Grovt kan man finna två huvudgrupper. Antingen ser man få eller ringa problem med ett upphandlingsförfarande eller betydande problem. Oftast beskrivs emellertid regelverket som krångligt.

De kommuner som inte tillämpar LOU då de köper hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare verkar dock i större utsträckning se problem med förfarandet vid upphandling än de kommuner som regelmässigt tillämpar LOU.

7.2.2 Lämnade synpunkter från privata vårdgivare och deras organisationer

Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund

Vårdavtal bör i allt väsentligt föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Träffande av vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster, enligt LOL eller LOS skall dock enligt förbundets mening inte behöva föregås av ett upphandlingsförfarande, eftersom vårdgivaren redan är inne i systemet.

Samverkansavtal skall inte behöva föregås av ett upphandlingsförfarande. Alla förutsättningar är kända enligt lagen och någon konkurrenssituation om bästa villkor föreligger inte.

Sjukgymnastförbundet kan inte se någon användning av ett s.k. checksystem inom den landstingsfinansierade vården. Visserligen kan ett kundvalssystem med check fungera som en särskild form av förenklad upphandling, men ett taxsystem liknande det som finns i dag för läkare och sjukgymnaster är ett bättre system.

För att andra vårdgivargrupper än läkare och sjukgymnaster i större utsträckning än i dag skall få möjlighet att ingå avtal för utförande av privata vårdtjänster med offentlig finansiering måste det skapas tydliga nationella regler för dessa andra yrkesgrupper. Att upphäva LOL och LOS utan att ersätta dessa lagar med ett annat nationellt regelverk vore en katastrof. Det är viktigt att spelreglerna görs på ett sådant sätt att de ger långsiktiga förutsättningar för enskild privat vård.

Sveriges läkarförbund

Vårdavtal skall, enligt Läkarförbundets uppfattning, i huvudsak föregås av ett upphandlingsförfarande. Om vårdgivaren redan är inne i taxsystemet, dvs. innehar ett samverkansavtal, skall emellertid inte ett anbuds förfarande behöva äga rum, då samverkansavtalet skall göras om till ett vårdavtal.

Det är mycket lämpligt att det finns två typer av avtal dvs. både vårdavtal och samverkansavtal. Om det enbart skulle finnas möjligheter att teckna vårdavtal och således inte samverkansavtal, skulle troligen de mindre läkarvårdspraktikerna slås ut och försvinna.

Nytecknande av samverkansavtal skall inte behöva bli föremål för ett upphandlingsförfarande eftersom de olika vårdgivarna inte konkurrerar

om bästa villkor, då avtalen helt följer uppställda förutsättningar i ersättningslagarna.

Det kan ibland vara svårt att avgöra om ett avtal är att se som ett vårdavtal eller samverkansavtal. Detta måste avgöras utifrån avtalens innehåll. Om man skriver ett avtal helt i enlighet med LOL är detta ett samverkansavtal. Om man i avtalet särskilt reglerar t.ex. praktikens öppettider frågar sig förbundet om detta innebär att avtalet i stället blir att betrakta som ett vårdavtal. Det vore enligt förbundet lämpligt om utredningen övervägde att föreslå regler för att definiera olika typer av avtal för hälso- och sjukvårdstjänster.

Taxesystemet är en form av kundvalssystem där samverkansavtalet är att se som en auktorisation. Patienten har rätt att välja den vårdgivare som han eller hon önskar och vårdgivaren har rätt att debitera landstinget för den utförda tjänsten. Det torde inte finnas behov av ett checksystemet inom den landstingsfinansierade hälso- och sjukvården, utan möjligheten att ingå samverkansavtal är tillräcklig.

Vårdförbundet och Sveriges Psykologförbund

I takt med att sjukvårdshuvudmännens intresse ökar för att lägga ut allt mer verksamhet på entreprenad med stöd av offentlig finansiering, är det av utomordentlig vikt att det skyndsamt läggs fram förslag till nya spelregler som underlättar patienternas valfrihet och som samtidigt gör att olika yrkesgrupper får möjlighet att i större utsträckning bedriva verksamhet i egen regi.

Förutsättningarna för att bedriva privat vård med offentlig finansiering är synnerligen ojämlika mellan olika yrkesgrupper. Medan läkare och sjukgymnaster har ett taxesystem som fastställs genom både partsförhandlingar och regeringsbeslut är exempelvis sjuksköterskor och psykologer hänvisade till att på egen hand teckna vårdavtal med de lokala sjukvårdshuvudmännen. Samverkansdelegationen föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 1997:179) ett enhetligt system för alla legitimerade vårdgivaregrupper och lyfte dessutom fram behovet av särskilda stimulansåtgärder för att stödja yrkesgrupper som i jämförelse med läkare och sjukgymnaster inte har samma förankring som enskilda vårdgivare. Det är därför mycket angeläget att regeringen snarast fattar beslut och att ett ställningstagande tas till Samverkansdelegationens förslag om hur samspelet mellan offentlig och privat vård skall utvecklas även för andra vårdgivaregrupper än läkare och sjukgymnaster.

Röda Korsets sjukhus i Stockholm, Stockholms sjukhem och Ersta diakoniställskap

Stiftelser och ideella organisationers verksamheten bedrivs utifrån ett ideellt perspektiv. Det är därför inte relevant att tala om begreppet marknad eftersom marknaden vill optimera vinsten. De stiftelsedrivna och ideella organisationernas verksamhet är unik och passar inte i ett upphandlingsförfarande. LOU är synnerligen dåligt anpassad till stiftelser och ideella organisationers verksamhet.

Vid köp av hälso- och sjukvårdstjänster från inte vinstdrivande stiftelser och ideella organisationer måste ägarstruktur, stadgar och verksamhetens syfte beaktas. Organisationerna är bundna av sina stadgar och stiftelseförordnande och kan inte förändra sin verksamhet så att man kommer i strid med dessa förordnanden.

Ofta är stiftelsens eller organisationens inriktning och syfte med verksamheten speciell. Röda Korsets sjukhus är centrum för alla amputerade i Stockholms län. Ersta och Stockholms Sjukhem har hospice för olika patientkategorier i livets slutskede. Det finns inte förutsättningar för någon annan vårdgivare att erbjuda en sådan verksamhet som dessa organisationer utför på liknande villkor. Det är därför en nästan omöjlig uppgift för den upphandlande enheten att författa ett neutralt upphandlingsunderlag i dessa fall. Detta måste skrivas särskilt så att det passar den verksamhet som stiftelsen eller organisationen erbjuder.

Stiftelserna och organisationerna har ofta en lång tradition av samverkan med den offentligt bedrivna vården. Ofta betraktas dessa ideella enheter som en integrerad del av den samlade sjukvårdsproduktionen från sjukvårdshuvudmannens sida. Det handlar i dessa fall inte om entreprenader i vanlig mening, dvs. att den entreprenör, som fått kontrakt, övertar en redan befintlig verksamhet, som ofta tidigare bedrivits i landstingets egen regi. Dessa organisationer och stiftelser driver sin verksamhet sedan årtionden. De är ofta föregångare inom sitt prioriterade verksamhetsområde. De har ofta successivt utvecklats och anpassat sin verksamhet i nära samarbete med sjukvårdshuvudmannens behov. Vården bedrivs i egna lokaler och sjukhusbyggnader som ägs av stiftelsen eller organisationen. En förutsättning för de ideella organisationernas överlevnad är att de erhåller ett kontrakt med sjukvårdshuvudmannen. Ett uteblivit kontrakt efter en offentlig upphandling innebär, om inte verksamheten kan bedrivas vidare utan offentlig finansiering, att stiftelserna och organisationerna måste upplösas.

Ett ytterligare stort och svårt problem utgörs av att landstingets vård kan vara dyrare än de privata enheternas. Den verkliga vårddagskostnaden på olika kliniker inom landstinget är inte beräknad och därför kan

inte externa vårdenheter konkurrera med landstinget. Vid upphandling får därför de ideella sjukvårdsenheterna konkurrera med varandra.

Riksföreningen Psykoterapicentrum

Föreningen har uppgett att man mest har dåliga erfarenheter av offentlig upphandling. Avtalstexten har ofta varit oklart utformad beträffande viktiga uppgifter som avgör om god vård går att bedriva.

Om god vård skall kunna garanteras måste mycket göras för att utbyta kunskaper mellan legitimerade psykoterapeuter och de jurister, ekonomer och verksamhetschefer som för landstingen avgör avtalens utformning. Den tredje parten, patienten, måste också få ett direkt inflytande med sina erfarenheter och synpunkter. Det gäller både avtalstext om behandlingsvillkor och ersättning, men också för vilka patienter och vilken behandling som krävs. Patienters och legitimerade psykoterapeuters kunskaper måste komma in redan innan anbudsunderlaget formulerats eller avtalsförslaget utformats.

Fleråriga avtal är enda sättet att garantera god psykoterapi för flertalet av de svårast sjuka patienterna. Om upphandlingen görs om årligen och de anlitade psykoterapeuterna skiftar, blir kontinuitet och kvalitetsutveckling lidande. Det kan bli svårt att alls driva praktik med så osäkra avtal. Då det är viktigt att patienten får välja privat psykoterapeut, är det bra om så många privata psykoterapeuter som möjligt omfattas av offentlig finansiering.

Avtal om psykoterapi måste utformas så att bra och effektiv behandling kan bedrivas. Detta säkras bäst genom samverkansavtal, dvs. de avtal där landstingen träffar avtal med enskilda läkare eller sjukgymnaster och där avtalens innehåll och ersättningsformerna bestäms av LOL och LOS samt vidhängande förordningar. En legitimerad psykoterapeut med grundutbildning som läkare eller sjukgymnast kan alltså bedriva psykoterapi inom ett sådant samverkansavtal. Det är utmärkt med denna för både psykoterapeut och patient trygga avtalsform, men den borde även gälla för behandling hos alla legitimerade psykoterapeuter. Det är oacceptabelt, sett ur både patientens och vårdgivarens synpunkt, att det skall råda så olika villkor för samma behandling hos privata vårdgivare.

II Utredningens överväganden och förslag

8 Allmänna utgångspunkter

8.1 Inledning

En utgångspunkt för utredningens arbete är det som regeringen beskrivit i prop. 1996/97:123 *om privata vårdgivare* (s. 9), nämligen att den svenska hälso- och sjukvården skall vara offentligt finansierad och demokratiskt styrd. Verksamheten skall således ytterst vara styrd av politiska beslut på såväl central som regional nivå. Hälso- och sjukvården skall finansieras solidariskt och ha en god tillgänglighet på lika villkor för alla medborgare.

Landstingen har enligt 3 § HSL det huvudsakliga ansvaret för hälso- och sjukvården. Landstingets ansvar omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som en kommun inom landstinget har ansvaret för.

Produktionen av hälso- och sjukvården kan däremot ske genom olika producenter. En kommun eller ett landsting kan, om man finner det lämpligt, besluta att uppdra åt annan att mot ersättning ombesörja driften av en kommunal eller landstingsdriven verksamhet. Driften av verksamheten kan således bl.a. överlämnas åt en privat entreprenör (såväl en fysisk som en juridisk person). Entreprenören fullgör därefter den avtalade tjänsten helt eller delvis med ersättning från kommun eller landsting.

Regeringen har vid ett flertal tillfällen uttalat att den ser positivt på att det finns ett varierat vårdutbud med olika driftformer. Valet av vårdgivare bör enligt regeringen i första hand styras av verksamhetens inriktning, tillgänglighet, kvalitet och kostnadseffektivitet (prop. 1996/97:123 sid. 11).

I många landsting och kommuner pågår för närvarande ett förändringsarbete vad gäller antagande av olika konkurrensprogram i

syfte att bl.a. renodla och effektivisera verksamheten. Att skapa valfrihet och mångfald i serviceutbudet är ett annat motiv för förändringsarbetet.

För att som privat vårdgivare få rätt till offentlig finansiering för den vård som lämnas krävs enligt huvudregeln att vårdgivaren har avtal med en sjukvårdshuvudman rörande sin verksamhet. Det är utredningens uppgift enligt givna direktiv att utreda om LOU är tillämplig vid landstings och kommuners tecknande av sådana avtal med en vårdgivare.

En vårdgivare kan således teckna ett avtal med sjukvårdshuvudmannen som innebär att vårdgivaren, eller i många fall vårdgivarens bolag, kan bedriva vård med bl.a. avtalad ersättning från sjukvårdshuvudmannen, dvs. med offentlig finansiering. Ett sådant avtal föregås i dag i vissa fall av ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU. Detta sker vid tecknande av vårdavtal med de flesta slag av vårdgivare. Vid ingående av andra typer av avtal s.k. samverkansavtal med enskilda läker och sjukgymnaster genomför landstingen i dag inte något upphandlingsförfarande. Dessa avtal ingås i huvudsak efter det att vårdgivaren – en läkare eller en sjukgymnast – anmält sitt intresse till landstinget för att få teckna ett sådant avtal och således förklarat sig villig att erbjuda en viss tjänst med offentlig finansiering enligt LOL eller LOS. Om landstinget anser sig ha behov av den erbjudna tjänsten kan eventuellt ett avtal mellan vårdgivaren och landstinget därefter komma till stånd.

Det finns även ett antal verksamma vårdgivare med offentlig finansiering enligt ersättningslagarna LOL och LOS som inte tecknat något avtal med sjukvårdshuvudmannen. Rätten till offentlig finansiering har då i stället uppkommit genom särskilda övergångsbestämmelser (se vidare under avsnitt 3.9.2).

Det genomförs således redan i dag ett upphandlingsförfarande vid upphandlande enheters köp av olika "mjuka" tjänster, däribland även olika hälso- och sjukvårdstjänster, från externa producenter. Upphandlingskommittén konstaterar i sitt delbetänkande som överlämnats till finansministern i december 1999 att allt fler köp görs genom anbuds-förfarande i konkurrens. Samtidigt har, konstaterar kommittén, konkurrensen i de enskilda upphandlingarna ökat.

8.2 Innebörden av begreppet alternativa driftformer

Med alternativa driftformer avses i detta betänkande sådan verksamhet som har drivits eller skulle kunna drivas i förvaltningsform, men som i stället överlämnas till att drivas av en privaträttslig person eller organisation (t.ex. ett aktiebolag eller en stiftelse). Verksamheten är dock även efter överlämnandet helt eller delvis offentligt finansierad.

En utgångspunkt för att ett landsting eller en kommun skall kunna anlita en extern producent för att utföra uppgiften är att landstinget eller kommunen har stöd i lag för att driva verksamheten. Förutsättningarna för att en förvaltningsuppgift skall kunna överlämnas till en privat entreprenör är angivna i 11 kap. 6 § tredje stycket RF. Där anges att förvaltningsuppgift kan överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse eller enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning skall det ske med stöd av lag.

Motsvarande bestämmelse har intagits i 3 kap. 16 § första och andra styckena KommL och i 3 § tredje stycket samt 18 § femte stycket HSL. I KommL anges även att ett överlämnande måste föregås av ett fullmäktigebeslut. Detta innebär inte att fullmäktige måste godkänna varje enskilt avtal. Det är tillräckligt att fullmäktige fattar ett övergripande beslut om möjligheterna att låta driften av verksamheten ske inom alternativa driftformer.

De alternativa driftformer som behandlas i detta betänkande är drift-entreprenader, kommunala företag, kundvalssystem med enskilda utförare och köp av enstaka tjänster.

Driftentreprenad

Driftentreprenad innebär att en kommun eller ett landsting, mot ersättning för utförda tjänster, anlitar en extern producent för en viss uppgift som annars skulle ha utförts inom kommunens eller landstingets egen regi. De entreprenaddrivna verksamheterna kan vara av olika slag. En kommun kan exempelvis överlämna driften av särskilt boende för äldre som tidigare drivits i offentlig regi. I detta fall kan entreprenören överta verksamhetslokalerna och en redan uppbyggd verksamhet. Ett entreprenadkontrakt kan också innebära att sjukvårdshuvudmannen ingår ett avtal om att en vårdgivare i egna lokaler skall driva viss verksamhet för enskilda patienter. Parterna kan då exempelvis överenskomma att vårdgivaren skall starta en verksamhet och behandla patienter med en viss diagnos. Kommunen eller landstinget har, trots att man överlåtit uppgiften, kvar det yttersta ansvaret för verksamheten och har därför att se till

att den anlitate entreprenören uppfyller de bestämmelser som gäller för verksamheten. Innehållet i entreprenadavtalet är därför enligt regeringen (prop. 1993/94:188, *Lokal demokrati*, sid. 40) av största vikt för att kommunen eller landstinget skall kunna fullgöra sitt ansvar gentemot sina medlemmar.

Entreprenadavtalet är vid sidan om de associationsrättsliga och de särskilda regler som gäller enligt bl.a. HSL och LYHS det som styr verksamheten sedan den överlämnats.

Kommunala företag

Kommuner och landsting har enligt 3 kap. 16-19 §§ KommL rätt att, efter beslut av fullmäktige, lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett privat organ. Kommuner och landsting kan således välja att driva verksamhet i privaträttslig form.

I 3 kap. 16 § regleras förutsättningarna för företagsbildning. De legala villkoren som gäller för överlämnande av en kommunal angelägenhet till ett av kommunen eller landstinget helägt företag regleras i 3 kap. 17 §, till delägda företag i 18 § och till företag som ägs av annan än kommunen eller landstinget i 19 §.

Kommunala företag betraktas som privaträttsliga organ "för vård av kommunala angelägenheter" (prop. 1990/91:117 sid. 161 och 1990/91 KU38 sid. 43). Bolaget anses således driva kommunal verksamhet. När kommunen eller landstinget överlämnar vården av en kommunal angelägenhet till en privaträttslig organisation enligt 3 kap. 17-18 §§ KommL är verksamheten – liksom då ägarstrukturen är den i 19 § angivna – att betrakta som enskild, trots att kommunen eller landstinget helt eller delvis äger subjektet (SOU 1982:13, sid. 54).

Kundvalssystem med enskilda utförare

Det föreligger, som tidigare nämnts, en alternativ driftform, när en privat utförare anlitas inom ramen för kundvalssystem med enskilda utförare, eller ett s.k. checksystem. Kundvalssystemet förekommer inom olika typer av kommunal verksamhet, bl.a. inom äldreomsorgen. Kundvalssystemet är i första hand ett system för att öka valfriheten för användarna.

Köp av enstaka tjänster

Kommuner och landsting har sedan länge anlitat privata utförare för bl.a. tillhandahålla tjänster i olika former av boende för äldre och handikappade. Dessa tjänster är ofta särskilt utformade för att passa enskilda individers behov. Platserna köps styckvis eller avropas från ett ingånget ramavtal. Enligt den kartläggning av alternativa driftformer som gjorts av Svenska Kommunförbundet 1997 framgår att individuella avtal är vanligast för speciella målgrupper, där behovet av vård är osäkert, och för akuta situationer som inte kunnat förutses.

8.2.1 Det offentliga huvudmannaskapet

Det offentliga huvudmannaskapet innebär att när en entreprenör ges i uppdrag att ombesörja driften av en kommunal- eller landstingsdriven verksamhet det fortfarande är fråga om offentlig verksamhet i förhållande till kommuninvånarna eller användarna.

Kommunen eller landstinget ansvarar i egenskap av huvudman fortfarande för innehållet i den entreprenörsdrivna verksamheten. Enligt 3 kap. 19 § KommL skall fullmäktige därför – innan en kommun eller ett landsting överlämnar vården av en kommunal angelägenhet till någon annan – se till att kommunen eller landstinget tillförsäkras en möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten. Detta innebär således att kommuner eller landsting fortfarande tar befattning med verksamheten i alla frågor som inte hör till den löpande driften. Verksamheten är alltså en kommunal eller landstingskommunal angelägenhet. Kommunen eller landstinget har, trots att man överlåtit driften av tjänsten, kvar det yttersta ansvaret för verksamheten och skall se till att den anlitade utföraren uppfyller de bestämmelser och kvalitetskrav som gäller för denna. Enligt regeringen måste man därför avtalsvägen genom särskilda villkor skapa garantier för att entreprenören beaktar de allmänna regler som gäller för offentlig förvaltning. Vidare bör avtalen enligt regeringen innehålla de kvantitativa och kvalitativa mål som gäller för verksamheten. Avtalen måste dessutom enligt regeringen ge kommunen eller landstinget en möjlighet att vid behov häva avtalet om verksamheten skulle slå fel (prop. 1993/94:188).

Kommunen eller landstinget beslutar om verksamhetens mål, inriktning, uppföljning och utvärdering, eventuella kompletterande insatser samt om sådana uppgifter som den offentlige huvudmannen inte kan överlåta till den externa producenten att fatta beslut om, såsom t.ex. taxor och avgifter.

Hälso- och sjukvårdsverksamhet kan naturligtvis även bedrivas helt i privat regi utan rätt till offentlig finansiering. I dessa fall svarar inte landstinget eller kommunen i egenskap av huvudman för verksamhetens innehåll. Den privat bedrivna och privat finansierade hälso- och sjukvården i Sverige är tämligen blygsam. Det är dock vanligt att exempelvis kiropraktorer och naprapater driver verksamhet utan avtal med sjukvårdshuvudmannen om rätt till offentlig finansiering för tillhandahållen vård.

Den offentlige huvudmannen kan överlämna viss drift av offentligt bedrivna och skattefinansierad verksamhet till en privaträttslig person. I debatten har ofta marknadsorientering, konkurrensutsättning och bolagisering m.m. på ett missvisande sätt betecknats som privatisering. Med begreppet privatisering avses i detta betänkande, att det allmänna fränhänder sig ansvaret för en uppgift som tidigare bedrivits i offentlig regi eller i vart fall med stöd av offentliga medel. Det allmänna avvecklar således både driftansvaret och finansieringsansvaret för verksamheten (SOU 1995:105; Konkurrens i balans, sid. 39 f.). Överlämnande av en kommunal eller landstingskommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ enligt 3 kap. 17-19 §§ KommL innebär med denna definition inte någon privatisering.

8.2.2 Sjukvårdshuvudmannens olika roller

Sjukvårdshuvudmannen måste beakta sitt ansvar för kostnadsutvecklingen och se till att tillgängliga resurser utifrån fastställda kvalitetskriterier utnyttjas på effektivast möjligaste sätt. Samtidigt har sjukvårdshuvudmannen enligt HSL det huvudsakliga ansvaret för hälso- och sjukvården och har att se till att god vård och omsorg skall kunna erbjudas alla oberoende av den enskildes ekonomiska förhållanden. Därutöver har sjukvårdshuvudmannen som producent av hälso- och sjukvård ansvar för den egna produktionen och även det arbetsrättsliga ansvaret som följer av detta.

Ett exempel på hur sjukvårdshuvudmannens olika roller kan sammanblandas är, som Samverkansdelegationen, påtalat när sjukhusens verksamhetschefer får ett avgörande inflytande över huruvida privata specialistläkare inom en specialitet, som utövas inom verksamhetschefens sektor, skall medges etablering med offentlig finansiering eller inte (SOU 1997:179 sid. 191).

Samverkansdelegationen påtalade vidare att Svenska Kommunförbundet i sin bok "Kommunalt handlingsprogram för konkurrens" tagit upp frågan om jäv. Kommunförbundet betonade därvid vikten av att hålla isär rollerna som "köpare" och "säljare" när den egna verksamheten

ges möjlighet att lämna bud i konkurrens med externa anbudsgivare. Som exempel framhölls att det är helt oacceptabelt att samma personer som svarar för utformningen av ett internt anbud även svarar för utformningen av förfrågningsunderlag och deltar i anbudsprövningen.

Konkurrensverket konstaterade i rapport 1.99 att offentliga myndigheter under 1990-talet, främst kommuner och landsting, i ökad utsträckning börjat att konkurrensutsätta sin egen verksamhet genom anbudstävlan. Oftast har verksamheter inom den egna regionen deltagit i denna tävlan genom att lämna eget anbud. Myndigheten har i sådant fall både rollen som beställare/finansiär och producent/utförare. Dessa roller kan enligt Konkurrensverket vara motstridiga. Konkurrensverkets erfarenheter är att myndigheterna i sådant fall haft svårt att genomföra en regelrätt egen extern anbudsgivning och göra ett objektivt val mellan egen och extern anbudsgivare. I många fall har i dessa situationer, enligt Konkurrensverket, den egna utföraren gynnats.

Mot denna bakgrund ansåg Samverkansdelegationen att verksamhetschefer inom den offentliga vårdproduktionen inte bör ges ett avgörande inflytande över huruvida en privat etablering skall medges eller inte. Verksamhetschefen bör inte heller, enligt delegationen, uppträda som köpare av privat vård.

8.3 Utredningens bedömning

Utredningens bedömning: Det är från upphandlingssynpunkt en fördel om sjukvårdshuvudmannens beställar- och finansieringsansvar för vård som bedrivs i alternativa driftformer så långt som möjligt separeras från den egna produktionen av hälso- och sjukvård.

Om en sjukvårdshuvudman beslutar att överlämna driften av en verksamhet till en extern producent kan reglerna om offentlig upphandling bli tillämpliga. Syftet med regleringen är att värna om att ingen upphandling får göras på ett sådant sätt att leverantörer särbehandlas. Grunden för all upphandling är att den skall genomföras affärsmässigt och i konkurrens.

Nedan följer en beskrivning av gällande grundprinciper för offentlig upphandling. Dessa principer gäller vid all upphandling, både över och under tröskelvärdena (jfr. Vägledning till 6 kap. LOU, 1999, sid. 19 ff utgiven av kansliet vid NOU).

Kravet på affärsmässighet

I 1 kap. 4 § LOU fastslås huvudregeln om affärsmässighet. Av bestämmelsen framgår att upphandling skall genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbeten till LOU anges att "ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen skall ske på marknadens villkor och det är marknaden som kan ge de bästa villkoren. Det är därför angeläget att marknaden får tillfälle att arbeta" (se prop. 1992/93:88 sid. 59).

Det är enligt utredningens uppfattning viktigt att poängtera att det inte får uppkomma en snedvriden konkurrens. Detta framgår av bestämmelsen genom kravet på att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt.

Kravet på att utnyttja befintliga konkurrensmöjligheter

Med den i 1 kap. 4 § LOU fastlagda regeln att de konkurrensmöjligheter som finns skall utnyttjas åsyftas bl.a. att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa krav som är mer konkurrensbegränsande än nödvändigt. RR har i dom (RÅ 1997 ref. 40) förklarat att en upphandling skulle göras om i ett fall där den upphandlande enheten vid köp av arbetsmarknadsutbildning (B-tjänst) hade krävt i sin anbudsinfördran att anbudsgivarna skulle lämna uppgift om vilka kostnader anbudet grundade sig på och vilka påslag som gällde för de olika kostnaderna samt anbudsgivarens beräknade vinst för det fall anbudet skulle antas. Kravet var enligt RR konkurrensbegränsande och stred mot huvudregeln om affärsmässighet.

Regeln innebär också att förfrågningsunderlag skall utformas på ett sådant sätt att upphandlingen inte styrs så att någon speciell leverantör favoriseras på andra leverantörers bekostnad. RR har i en dom i januari 1999 (mål nr 6017/97) prövat huruvida en upphandling av tandvårdstjänster var förenlig med kravet på affärsmässighet. Landstinget hade ställt krav på att samma leverantör skulle åta sig ansvaret för all tandvård för barn och ungdomar inom tio betjäningssområden i länet. RR ansåg att endast en leverantör, Kronbergstandvård AB, ett bolag ägt av landstinget och tio ekonomiska föreningar, i realiteten haft möjlighet att inkomma med anbud i enlighet med förfrågan. Landstinget hade därför genom att kräva ett anbud på hela den aktuella tandvården brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 4 § LOU om att upphandlingen skall göras med

utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och genomföras affärsmässigt. RR tillade att landstinget inte hade anfört några bärande skäl för att inte acceptera anbud på delar av den aktuella tandvården.

Likabehandlingsprincipen (principen om icke-diskriminering)

I begreppet "utan ovidkommande hänsyn" som föreskrivs i 1 kap. 4 § LOU ligger, enligt uttalande i prop. 1992/93:88 (sid. 60), ett centralt moment för upphandlingen, nämligen principen om likabehandling och icke-diskriminering (jfr. artikel 12 i EG-fördraget). I propositionen nämns vidare att denna princip kan sägas ligga till grund för den mycket detaljerade direktivreglering som beslutats inom EG. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Kravet på likabehandling medför bl.a. enligt NOU:s kansli (se Vägledning till 6 kap. LOU) att en upphandlande enhet inte får lämna ut information rörande kommande upphandlingar om detta innebär att anbudsgivare som får denna information särbehandlas jämfört med anbudsgivare som inte får informationen.

EG-domstolen har i ett par domar behandlat överträdelse av likabehandlingsprincipen. Domstolen har bl.a. ansett att en upphandlande enhet som inlett förhandlingar med en anbudsgivare, vars anbud inte uppfyllde krav i förfrågningsunderlaget, brutit mot principen (jfr. mål C-243/80 EG-kommissionen mot Danmark, REG 1993 s. 3353).

Proportionalitetsprincipen

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att den upphandlande enheten skall uppsöka den konkurrens som finns. Därav följer att det inte åligger den upphandlande enheten att skapa förutsättningar för konkurrens. Det åligger däremot det allmänna att öppna sig mot marknaden. De krav på upphandlingen som får ställas skall därför vara avvägda mot detta krav och eventuellt begränsande krav användas restriktivt.

Principen om förutsebarhet och öppenhet

För att konkurrenssituationen skall bli verklig och så effektiv som möjligt är det enligt kansliet vid NOU (se Vägledning till 6 kap. LOU sid. 21) av avgörande betydelse att potentiella anbudsgivare kan förutse och söka information om hur en upphandlande enhet agerar vid upphandling-

ar, även om det inte föreligger formella krav på annonsering. Ett förfrågningsunderlag måste vara fullständigt och tydligt, de kriterier som skall användas för utvärdering av inkomna anbud skall anges och om möjligt vara rangordnade. En anbudsgivare skall således kunna erhålla fullständig information om det som efterfrågas så att denne därigenom kan lämna ett så fördelaktigt anbud som möjligt.

Förbud mot lokala hänsyn

Varken upphandlingsdirektivet eller LOU medger att lokala hänsyn tas vid upphandlingen. Vid en upphandling hade en kommun i Västergötland bestämt sig för att inte anta det anbud som var det mest fördelaktiga enligt anbudsvärderingen utan antog ett annat anbud av den anledningen att det anbudsgivande företaget låg i kommunen och därför bidrog med arbetstillfällen där. Ett sådant förfarande strider mot regler i såväl EG-fördraget, upphandlingsdirektivet som kravet på affärsmässighet enligt LOU (jfr. Kammarrätten i Jönköpings beslut i mål 3312-97). Även EG-domstolen har behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att detta strider mot fördraget (jfr. t.ex. mål C-21/88 Du Pont de Nemours Italiana SpA mot Unità sanitaria locale No 2 di Carrara, REG 1990 sid. 889).

Sammanfattning

Om kommunen eller landstinget beslutar att konkurrensutsätta viss verksamhet, kan genomförande av ett upphandlingsförfarande bli aktuellt. Skall ett upphandlingsförfarande genomföras är det enligt utredningens mening av avgörande betydelse att det kan ske på ett så objektivi vis som möjligt. Detta inte minst för att upprätthålla förtroendet för den offentliga upphandlingen.

Det är enligt utredningens uppfattning viktigt att sjukvårdshuvudmannen vid sina upphandlingar följer de generella principer som EG-rätten och LOU föreskriver. Den gemensamma nämnaren för EG:s regelverk är den öppna marknaden. I detta begrepp ligger omsorgen om att ingen upphandling får göras på ett sådant sätt att leverantörer särbehandlas. Grunden för all upphandling skall vara att den sker i konkurrens. Inga ovidkommande hänsyn får tas.

För att kunna genomföra upphandlingar som uppfyller dessa krav är det enligt utredningens uppfattning en fördel om sjukvårdshuvudmannens beställar- och finansieringsansvar för vård som bedrivs i alternativa driftformer så långt som möjligt separeras från den egna produktionen av

hälso- och sjukvård. Utredningen anser därför, i likhet med Samverkansdelegationen, att verksamhetschefer inom den offentliga vårdsektorn inte bör ges ett avgörande inflytande över valet av utförare.

9 Vissa arbetsrättsliga frågor

9.1 Inledning

Enligt tilläggsdirektiven skall utredningen analysera om den enskilde yrkesutövaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som en arbetstagare, uppdragstagare eller enskild företagare.

Det finns ett flertal situationer när landstingen och kommunerna, nedan sjukvårdshuvudmannen, inom hälso- och sjukvården använder sig av annan personal än sin egen. Sjukvårdshuvudmannen kan exempelvis välja att använda sig av ett *uthyrningsföretag* för att täcka ett kortsiktigt personalbehov.

Det finns även tillfällen när sjukvårdshuvudmannen lägger ut verksamheten på *entreprenad*. Entreprenören kan själv utföra uppdraget. Han eller hon kan också ha personal anställd och även få ta över personal om bestämmelserna om övergång av verksamhet blir tillämpliga.

Det kan också vara fråga om *avknoppningar* där man låter före detta anställda starta och driva verksamhet som de tidigare utfört som anställda.

Det kan även förekomma att *anställda* inom landstinget eller kommunen *driver egen verksamhet* vid sidan om sin ordinarie anställning som sjukvårdshuvudmannen väljer att anlita.

I detta kapitel redogör utredningen för den bedömning som måste göras för att kunna avgöra frågan om en yrkesutövare, i de situationer utredaren skall analysera, främst är att se som anställd, uppdragstagare eller egen företagare. Vidare redogörs för bestämmelser om övertagande av personal vid övergång av verksamhet samt möjligheten för den upphandlande enheten att, i samband med att en viss verksamhet konkurrensutsätts, uppställa krav på att den som vinner upphandlingen skall överta anställda.

9.2 Utredningens bedömning

9.2.1 Personalinhyrning

Utredningens bedömning: Då sjukvårdshuvudmannen använder sig av ett uthyrningsföretag för att täcka ett personalbehov föreligger normalt inget arbetsgivaransvar för sjukvårdshuvudmannen gentemot den inhyrda personalen. Det är i denna situation uthyrningsföretaget som är arbetsgivare. Någon generell tillämplig slutsats kan inte dras av om ett avtalsförhållande mellan sjukvårdshuvudmannen och uthyrningsföretaget pågått under en lång tid och avsett samma arbetstagare. I stället måste en bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet göras innan frågan kan avgöras.

När en sjukvårdshuvudman anlitar en uthyrningsfirma för att täcka ett personalbehov, blir lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft (uthyrningslagen) tillämplig.

Med uthyrning avses enligt 2 § uthyrningslagen ett rättsförhållande mellan en beställare och en arbetsgivare, som innebär att arbetsgivaren mot ersättning ställer arbetstagare till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till beställarens verksamhet. Arbetsgivaren skall erhålla ersättning i någon form för att uthyrningsverksamhet skall föreligga enligt lagens mening. Storleken på ersättningen saknar betydelse. Lagen är tillämplig oavsett om verksamheten drivs i vinstsyfte eller inte.

Lagen är uppbyggd så att arbetstagaren skall vara anställd hos uthyraren men tjänstgöra hos inhyraren. Det är uthyraren/arbetsgivaren som avgör om arbetstagaren skall tjänstgöra. Det ankommer emellertid på inhyraren/beställaren att i detalj avgöra hur arbetet skall utföras. Hans skyldighet därvid lag uppkommer på grund av avtalet mellan inhyraren och uthyraren och det föreligger inte något anställningsförhållande mellan inhyraren och arbetstagaren.

De rättigheter och skyldigheter arbetstagaren har följer primärt av lagar och andra författningar och av anställningsavtalet mellan uthyraren och arbetstagaren .

Normalt sett föreligger inte något arbetsgivaransvar för sjukvårdshuvudmannen gentemot den inhyrda personalen. Det är i denna situation uthyrningsföretaget som är arbetsgivare. Någon generell tillämplig slutsats kan emellertid inte dras om ett avtalsförhållande mellan sjukvårdshuvudmannen och uthyrningsföretaget pågått under lång tid och avsett samma arbetstagare. Ett kriterium för att ett anställningsförhållande kan ha uppkommit mellan inhyraren och den

inhyrda personalen kan vara längden av inhyrningen. Detta kan sannolikt vara fallet vid ett mycket långvarigt arbete för inhyrd personal hos en och samma inhyrare som påminner om en anställning. I dessa fall måste en bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet göras innan frågan kan besvaras.

I uthyrningslagen finns regler för att förhindra oönskad rekryteringsverksamhet. En arbetstagare som sagt upp sig från sin anställning och tar anställning hos ett uthyrningsföretag får inte enligt 4 § punkt 2 hyras ut till sin förra arbetsgivare tidigare än sex månader efter det att anställningen hos denne upphörde. Arbetstagare får heller inte genom villkor i avtal eller på något annat sätt hindras att ta anställning hos beställare/inhyrare som de utför eller har utfört arbete hos (4 § punkt 1). Om en arbetsgivare uppsåtligen eller av oaktsamhet handlar i strid mot dessa bestämmelser kan denne enligt 7 § första stycket dömas till böter. Det är vidare enligt 6 § förbjudet för den som hyr ut arbetskraft att begära, avtala om eller ta emot ersättning av arbetstagare för att erbjuda eller anvisa dem arbete. Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot denna bestämmelse döms enligt 7 § andra stycket till böter eller fängelse i högst sex månader.

9.2.2 Entreprenadavtal med enskilda vårdgivare

Utredningens bedömning: I fråga om samverkansavtal och vårdavtal skall den enskilde vårdgivarens arbetsrättsliga situation inte avgöras med utgångspunkt i endast vissa omständigheter. I stället måste en helhetsbedömning göras i varje enskilt fall. Endast undantagsvis kan en enskild vårdgivare som är verksam enligt samverkansavtal eller vårdavtal ses som anställd av landstinget eller kommunen.

Då sjukvårdshuvudmannen anlitar ev vårdgivare med *egen firma* och som själv utför uppdraget/den avtalade vården, exempelvis en läkare, en sjukgymnast eller en barnmorska är lagen om privat arbetsförmedling inte är tillämplig. Inte heller är lagen tillämplig då sjukvårdshuvudmannen anlitar en sådan avknoppad verksamhet som beskrivs i avsnitt 5.8 för utförande av en viss tjänst.

I ovan nämnda fall tillhandahåller och utför vårdgivaren, på grund av vårdavtal eller samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen, vissa tjänster och erhåller för detta offentlig finansiering. Frågan som uppkommer i dessa fall är om en vårdgivare är att se som arbetstagare eller uppdragstagare.

I svensk arbetsrätt saknas en definition av begreppet arbetstagare. Innebörden av begreppet har i stället fått fastställas genom domstolsavgöranden. Arbetstagarbegreppet är dock tvingande. Det skall på objektiva grunder, och utifrån samtliga förhållande i det enskilda fallet, avgöras om det föreligger ett arbetstagarförhållande eller inte.

Ett flertal kriterier har uppställts till hjälp vid avgörande av huruvida ett anställningsförhållande eller ett uppdragsförhållande föreligger.

Rekvisiten som enligt praxis talar för att ett *anställningsförhållande* föreligger är:

- Förhållandet mellan parterna skall i princip vara grundat på avtal.
- Avtalet skall gå ut på att den ena parten presterar arbete för den andra partens räkning och att den part som åtager sig att prestera arbetet själv skall delta eller vid en bedömning på förhand kan förutsättas delta i arbetet.
- Den arbetspresterande parten har ställt sin arbetskraft till förfogande allt eftersom arbetsuppgifter har uppkommit.
- Arbetsuppgifterna har varierat.
- Förhållandet parterna emellan kan vara av mer stadigvarande eller regelbunden karaktär.
- Avtalsparten har varit förhindrad t.ex. på grund av att tid och krafter inte räckt till, att samtidigt utföra liknande arbete av betydelse för någon annan.
- Att avtalsparten beträffande arbetets utförande, arbetsplatsen eller arbetstiden har varit underkastad bestämda direktiv eller kontroll från inhyraren.
- Att avtalsparten har haft att i arbetet använda maskiner, redskap, eller råvaror som har tillhandahållits av inhyraren.
- Att avtalsparten har fått ersättning för direkta utlägg, t.ex. för tjänsteresor, att ersättningen för arbetsprestationen åtminstone delvis har utgått i form av garanterad lön och att han eller hon allmänt sett är i ekonomiskt eller socialt hänseende jämställd med en arbetstagare.

Särskilt torde den omständigheten att den arbetspresterande parten är varaktigt knuten till sin inhyrare samt underkastad dennes ledning och kontroll i fråga om tid, plats och sätt för arbetets utförande tala starkt för att ett anställningsförhållande föreligger.

De rekvisit som talar för att ett *uppdragsförhållande* föreligger är:

- Utföraren är inte personligt arbetskyldig utan kan låta någon annan utföra arbetet.
- Avtalsförhållandet är av mer tillfällig natur.
- Arbetsåtgärdet är begränsat till vissa uppgifter.
- Utöver inskränkningar som beror på arbetets natur bestämmer utföraren själv hur, när och var arbetet skall utföras.

- Utföraren använder sig av egna maskiner, redskap o.d.
- Utföraren får själv stå för utgifterna för arbetets genomförande.
- Ersättningen för arbetets utförande är helt beroende av verksamhetens ekonomiska resultat.
- Utföraren är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en företagare inom verksamhetsgrenen.
- Utföraren har fått personligt tillstånd eller auktorisation av myndighet eller fått egen firma registrerad (F-skatt).

Vid den rättsliga prövningen av om ett visst avtalsförhållande skall ses som en anställning eller inte görs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Vid en prövning har domstolarna t.ex. tagit hänsyn till omständigheterna kring hur avtalet har uppkommit.

Utredningen anser att enskilda vårdgivare som själva utför tjänster och för detta erhåller offentlig finansiering på grund av samverkansavtal eller vårdavtal med sjukvårdshuvudmannen, endast undantagsvis, efter en samlad bedömning av de enskilda omständigheterna, kan anses som anställd av landstinget eller kommunen. Vårdgivaren utför normalt tjänsten i egen lokal som han eller hon själv står för. Vårdgivaren ansvarar i dessa fall i huvudsak själv för utgifter för arbetets genomförande och ersättningen för arbetets utförande är helt beroende av verksamhetens ekonomiska resultat. Verksamheten bedrivs också ofta, i vårdavtalssituationen, i egen firma som vårdgivaren registrerat.

9.2.3 Entreprenadavtal med företag

Utredningens bedömning: Om sjukvårdshuvudmannen vid entreprenader träffar avtal med företag med flera anställda uppstår normalt inga problem. Företaget anses, utom i undantagsfall, vara arbetsgivare åt den personal som är anställd av företaget.

Sker en avknoppning är det avknoppade företaget i princip att se som arbetsgivare.

Om landstinget eller kommunen vid entreprenader träffar avtal med ett företag som har flera anställda med verksamhet på flera håll uppstår normalt inga problem. Kommuner kan exempelvis träffa avtal med olika företag om att företaget skall tillhandahålla vissa omsorgstjänster. Kommunen träffar därvid inget avtal med respektive utförare och något anställningsförhållande uppstår därför inte. Det är det enskilda bolaget som träffar anställningsavtal med de personer som skall utföra arbetet. Företaget är därmed att anse som arbetsgivare åt den personal som är anställd av företaget. Om det däremot är fråga om ett litet företag med enbart en anställd kan det vara svårare att avgöra om ett uppdragsförhållande eller anställningsförhållande har uppstått. En sådan helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, som beskrivs i de föregående avsnitten, måste då ske för att kunna besvara frågan.

Vad gäller avknoppningar blir frågan även där om personalen skall anses vara arbetstagare eller uppdragstagare, i förhållande till sjukvårdshuvudmannen. Med avknoppning avses, som redogjorts för i avsnitt 5.8, att en eller flera inom landstinget eller kommunen tidigare anställda personer startar ett företag genom vilket de driver samma slags verksamhet som de tidigare utfört som anställda. De driver därefter verksamheten självständigt och utför tjänster på uppdrag av kommunen eller landstinget.

Enligt utredningens bedömning torde det inte heller i ovan nämnda situation föreligga några större svårigheter att avgöra var personalen i det avknoppade företaget är anställd. Sker en avknoppning är det avknoppade företaget i princip att se som arbetsgivare.

9.3 Arbetsgivaransvar vid verksamhetsövergång

Utredningens bedömning: Eftersom reglerna om personalövertagande enligt 6 b § LAS är tvingande för arbetsgivaren och skall tillämpas vid en verksamhetsövergång bör förfrågningsunderlaget innefatta upplysningar om dessa regler.

Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan gäller särskilda regler för arbetstagarna. Bestämmelserna finns i 6 b § LAS där det anges att vid en verksamhetsövergång alla rättigheter och skyldigheter övergår på grund av de anställningsavtal som är gällande vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren tillsammans med förvärvaren är dock ansvariga gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Bestämmelserna gäller för alla arbetstagare oavsett om de är verksamma i privat eller allmän tjänst. Bestämmelsen är dock inte tillämplig vid övergång i samband med konkurs. Regeln i 6 b § LAS bygger på EG-direktivet om överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, det s.k. överlåtelse-direktivet (77/187 EEG).

För att avgöra om bestämmelserna om verksamhetsövergång är tillämpliga måste man ta ställning till om det föreligger en övergång av verksamheten enligt bestämmelsen i LAS. Det är av stor betydelse om verksamheten har bevarat sin identitet. Det är inte tillräckligt att alla tillgångar i en pågående rörelse omfattas av överlåtelsen utan verksamheten skall fortfarande vara en bestående enhet för att det skall vara fråga om en övergång. Enbart den omständigheten att arbetsuppgiften som sådan övergått betyder inte att det behöver vara fråga om en övergång av verksamheten.

EG-domstolen har i mål 24/85, den s.k. Spijkers-domen, uppställt ett antal kriterier som skall tas med i bedömningen av om en övergång har skett. Omständigheterna skall inte beaktas isolerade var för sig utan det skall göras en samlad bedömning av alla förhållanden kring överlåtelsen. Domstolen uppställer följande kriterier:

1. Arten av företaget eller verksamheten.
2. Om företagets materiella tillgångar såsom exempelvis byggnader och lösöre har övertagits.
3. Värdet av överlåtna materiella tillgångar vid tiden för överlåtelsen.
4. Om den nye arbetsgivaren övertagit majoriteten av de anställda.

5. Om kunderna tagits över.
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen.
7. I förekommande fall den tidsperiod som verksamheten legat nere.

Om det är fråga om en verksamhetsövergång, övergår automatiskt anställningsavtalen till förvärvaren. En arbetstagare har emellertid möjlighet att motsätta sig att anställningsförhållandet går över till den nye arbetsgivaren. Arbetstagaren skall i så fall inom skälig tid från det att han blivit underrättad om övergången meddela att han inte vill gå över till den nye arbetsgivaren.

I 7 § LAS stadgas att en sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b § inte i sig utgör saklig grund för uppsägning. Detta gäller dock inte om uppsägningar sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar av arbetsstyrkan ingår.

Arbetsdomstolen (AD) har i dom 1995 nr 163 mellan Svenska Kommunalarbetsförbundet (i fortsättningen betecknat Kommunal) som kärke och Swebus, Linjebuss och Ödåkrabuss som svarande prövat frågan om 6 b § LAS är tillämplig vid entreprenadskifte och huruvida verksamheten bevarat sin identitet.

Omständigheterna i det aktuella målet var följande.

Upphandlingen av linjetrafik i dåvarande Malmöhus län ledde till att Swebus gick miste om tidigare entreprenadkontrakt. Swebus sade därför upp ett stort antal anställda. Kommunal yrkade i målet bl.a. att AD skulle ogiltigförklara Swebus uppsägningar och förklara att de nya entreprenörerna – Linjebuss och Ödåkrabuss – inträtt som arbetsgivare. Kommunal hemställde också om att AD skulle begära tolkningsbesked från EG-domstolen. Arbetsgivarparterna bestred yrkandet.

AD förordnade i interimistiskt beslut att uppsägningarna kunde fullföljas och att någon begäran om tolkningsbesked från EG-domstolen inte skulle göras. AD konstaterade i den följande domen att de i målet aktuella lagbestämmelserna i 6 b och 7 §§ LAS skulle tolkas i enlighet med överlåtelsedirektivets innebörd och EG-domstolens praxis. För att bedöma om entreprenörsskiftena faller inom direktivets tillämpningsområde ställde AD frågor dels om en lagenlig överlåtelse hade skett och dels om denna hade "omfattat en verksamhet eller del av en verksamhet". AD konstaterade i domen att det av EG-domstolens praxis följer att en lagenlig överlåtelse kan ske i två steg; först då den verksamhet som en entreprenör bedriver tas tillbaka av uppdragsgivaren och sedan övergår från denne till en ny entreprenör. Någon formaliserad överlåtelse med direkt rättsligt samband mellan den gamle och nye entreprenören krävs inte. I "Spjikers-domen" har EG-domstolen uppgett sju omständigheter som har betydelse vid bedömningen av om det är en stabil organiserad ekonomisk enhet som går över till en ny arbetsgivare och därmed bevarar sin identitet. I det aktuella målet övertog den nye entreprenören

varken arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar från Swebus. Detta talade enligt AD med avsevärd styrka för att verksamheten inte bevarat sin identitet vid entreprenörskiftet, varför någon övergång av verksamheten inte bedömdes ha ägt rum.

Utredningen anser att en anbudsgivare i förfrågningsunderlaget bör uppmärksammas på reglerna om verksamhetsövergång. Enligt 6 b § LAS övergår som huvudregel de anställningar som berörs av entreprenaden automatiskt på entreprenören. Anställningsavtalet och anställningsförhållandet skall dock inte övergå om arbetstagaren motsätter sig detta.

9.4 Krav på övertagande av anställda

Utredningens bedömning: Rättsläget i Sverige är för närvarande oklart när det gäller frågan om en upphandlande enhet vid en upphandling, trots att verksamhetsövergång inte förekommit, kan uppställa sådana krav som går längre än reglerna i LAS på att den som tilldelas kontraktet skall erbjuda berörda arbetstagare anställning.

Det kan tänkas att den upphandlande enheten i samband med att en viss verksamhet konkurrensetsätts vill säkerställa att den upphandlande enhetens anställda får sysselsättning hos den arbetsgivare som tilldelas ett kontrakt efter en upphandling. Ett skäl för detta kan vara att den upphandlande enheten riskerar få bära kostnader för icke övertagen personal, om enheten vid tiden för upphandlingen själv bedriver verksamhet. Landsting och kommuner har på grund av tvingande regler i LAS en omfattande omplaceringskyldighet av personal.

I en upphandling av Trafiknämnden i Göteborg avseende linjetrafik med buss angavs i förfrågningsunderlaget avseende anbud på trafikövervakning att den som vann uppdraget skulle ta över anställda hos den entreprenör, Göteborgs Spårvagnar AB, som utförde tjänsten vid tiden för upphandlingen. Orsaken var att nämnden ansåg att ett sådant åtagande följde av EG-direktivet om överlåtelse av företag. EG-direktivet har, som ovan nämnts, införlivats i svensk rätt genom bestämmelser i bl.a. LAS.

I den aktuella upphandlingen ansåg Länsrätten i Göteborg och Kammarrätten i Göteborg (Kammarrättens mål 3696/1998) att det inte fanns något stöd i LAS för att en ny yrkesutövare skulle vara skyldig att

överta anställda. Villkoret om övertagande av anställda bedömdes stå i strid med kravet på affärsmässighet.

EG-domstolen har i det s.k. Beentjes-målet (mål nr 31/87, REG 1988:4635) angett att en upphandlande enhet vid sin bedömning av anbud skall beakta om arbetsgivaren uppfyller vissa ekonomiska och tekniska villkor samt om visst anbud har det lägsta priset eller är det ekonomiskt mest fördelaktiga vid en samlad bedömning (beroende på vilket alternativ som den upphandlande enheten valt att tillämpa). I Beentjes-målet angavs därutöver också att en upphandlande enhet får uppställa villkor avseende själva uppdraget i fråga, så länge inte dessa villkor används för utvärderingen av om anbudsgivaren uppfyller angivna tekniska och ekonomiska villkor samt om anbudet har det lägsta priset eller om det är det ekonomiskt mest fördelaktiga och inte heller står i strid med andra EG-regler, t.ex. förbudet mot diskriminering.

I målet hade uppställts krav på att 70 procent av den arbetskraft som skulle användas för att uppfylla ett visst uppdrag skulle utgöras av långtidsarbetslösa. Ett sådant villkor är tillåtet så länge det endast är fråga om ett villkor avseende själva utförandet av uppdraget. I doktrinen har angetts: "In Beentjes, the condition requiring the successful tender to employ a given number of unemployed or long-term unemployed for the execution of the works contract would not seem to discriminate against tender from other member states. All tenders, national or otherwise, are subject to the same conditions" (Arrowsmith, sid. 642).

Det finns således inte något generellt förbud mot att uppställa krav på att den upphandlande enhetens anställda skall tas över, så länge inte dessa villkor används för utvärdering av anbud och inte heller står i strid med andra EG-rättsliga regler. Kammarrättens dom bör därför tolkas restriktivt och ses som ett avgörande i det enskilda fallet. De särskilda omständigheterna i målet var att de anställda som den upphandlande enheten, Trafiknämnden i Göteborg, ansåg att den nye trafikövervakaren borde ta över, inte var anställda hos den upphandlande enheten själv utan hos en annan entreprenör, Göteborgs Spårvagnar AB. Det kan vara så att kammarrätten ansåg att det inte kunde vara affärsmässigt av en upphandlande enhet att uppställa villkor avseende anställda hos en annan juridisk person. Vidare kan kammarrätten ha ansett att andra trafikövervakare kan ha diskriminerats i förhållande till Göteborgs Spårvagnar AB, eftersom detta bolag inte behövde ta över några anställda alls.

Även om det kan finnas stöd för att uppställa krav på att den upphandlande enhetens anställda skall tas över av den som vinner upphandlingen är rättsläget för närvarande oklart i Sverige. Kammarrättens dom skulle också kunna förstås så att det skulle stå i strid mot LOU att uppställa krav på att överta anställda, eftersom det hindrar anbudsgivare från att utnyttja enbart den egna organisationen.

Enligt vad utredningen inhämtat arbetar NOU bl.a. med frågor avseende övertagande av anställda vid upphandling. Kansliet vid nämnden har i vart fall i nuläget intagit en restriktiv hållning avseende möjligheterna för upphandlande enheter att uppställa villkor om att anställda skall tas över, bl.a. med hänvisning till kammarrättens ovan nämnda dom. Kansliet har dock haft en mer positiv inställning till krav på att anställda skall övertas i det fall mottagaren av en tjänst har ett särskilt behov av kontinuitet i relationen med den upphandlande enhetens personal, såsom inom vård- och omsorgsområdet.

10 Upphandling och konkurrens

10.1 Inledning

EG-fördraget innehåller inte särskilda regler om offentlig upphandling. Däremot innehåller det ett flertal grundläggande principer som är tillämpliga även vid offentlig upphandling, dvs. vid upphandling såväl *under* som *över* tröskelvärdena, vila principer framgår av kapitel 8. Varje medlemsstat är enligt *solidaritetsprincipen* (art. 10) skyldig att vidta alla lämpliga åtgärder som säkerställer EG-rättens efterlevnad i det egna medlemslandet.

En av EG-fördragets viktigaste principer är principen om *icke-diskriminering*. I artikel 12 stadgas att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden. Denna princip innefattar även offentlig upphandling. Detta innebär exempelvis att ett förfrågningsunderlag inte får innehålla krav som endast svenska leverantörer kan uppfylla.

Även *likabehandlingsprincipen* inom EG-rätten är tillämplig på all upphandling såväl över som under tröskelvärdena. Denna princip innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar att delta som möjligt. Således måste den upphandlande enheten tillse att lika information lämnas till alla leverantörer och att informationen finns tillgänglig för alla leverantörer samtidigt.

Proportionalitetsprincipen gäller vid all upphandling. Principen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och inte vara av oväsentlig betydelse.

Principen om *öppenhet* och *transparens*, som även den gäller vid all upphandling, innebär en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Det skall således för leverantörerna vara förutsebart vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen. Ett viktigt exempel på transparens är kravet på

att förfrågningsunderlaget är fullständigt och tydligt och att utvärderingskriterierna om möjligt är rangordnade. Leverantören måste kunna förstå vad den upphandlande enheten efterfrågar så att han kan lämna ett rätt anbud och poängtera dess fördelar. I begreppet öppenhet ligger att alla leverantörer som så önskar har rätt att få del av förfrågningsunderlag och inkomma med anbud.

Principen om *ömsesidigt erkännande* innebär att intyg och certifikat som utfärdas av en medlemsstat skall anses som gällande också i en annan.

Europeiska rådet har, som redogjorts för i kapitel 5, fattat beslut om nödvändigheten av att förverkliga en inre gemensam marknad. Bestämmelser om offentlig upphandling i form av direktiv har visat sig behövliga för att skapa en verkligt öppen marknad vid offentlig upphandling och därmed minska de inhemska företagens konkurrensfördelar. Rådet har därför enats om gemensamma regler för inhämtande av anbud på varuområdet och på områdena för byggnads-, anläggningsarbeten samt tjänster samt regler om motivering av beslut varigenom ett anbud antas eller förkastas.

10.2 Tjänstedirektivet

Utredningen skall enligt direktiv och tilläggsdirektiv redogöra för om landstings och kommuners köp av olika hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt gemenskapsrätten och enligt LOU. Med anledning av det i direktiven utformade uppdraget redogörs i betänkandet endast för rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster EGT L209, 24.7.1992, s.1, Celex 392L0050, nedan kallat tjänstedirektivet. Direktivet syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten av tjänster.

Direktivet omfattar endast tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar, andra författningar eller anställningsavtal omfattas således inte av direktivet.

Tjänsterna har indelats i olika grupper, A- och B-tjänster. För kategorin B-tjänster, som omfattar bl.a. hälso- och sjukvård och sociala tjänster, ställs mindre stränga krav på utlysning av en upphandling än de som ställs i frågan om A-tjänster.

Direktiven tar enbart sikte på upphandlingar överstigande vissa s.k. tröskelvärden. Tröskelvärdena är beloppsgränser uttryckta i ECU (European Currency Unit). Värdena är olika beroende på vad som skall

upphandlas. Således gäller t.ex. olika tröskelvärden för byggtreprenader och varor och tjänster inom försörjningssektorerna.

Omräkning av tröskelvärdena till nationella valutor görs av kommissionen. Värdena anges sedan i Sverige i en särskild förordning, tröskelvärdesförordningen (SFS 1996:581). De lägsta tröskelvärdena för tjänstekontrakten har fastställts till det lägsta av 200.000 ECU (f.n. 1.728.000 SEK) eller 200.000 särskilda dragningsrätter (sdr).

10.2.1 Lagen om offentlig upphandling

I anledning av EES-avtalet förpliktade sig Sverige att införa regler motsvarande EG:s regler om offentlig upphandling. På grund härav trädde som redogjorts för i kapitel 5 LOU i kraft den 1 januari 1994. I förarbetena till lagen (prop. 1992/93:88 sid. 1) sägs. "Förslaget innebär en omdaning i flera viktiga avseenden av det system som hittills gällt i Sverige. Den svenska upphandlingen har i materiellt hänseende skett med konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet som främsta ledstjärnor. I den delen innebär EES-avtalets krav inte någon förändring. Förändringarna ligger snarare i att de medel som anbefalls och tillhandahålls för att uppnå dessa mål är noga angivna genom stundom tämligen omfattande detaljregleringar av en upphandlings olika skeden."

LOU skall användas när en upphandlande enhet köper, leasar, hyr eller hyrköper varor, vid byggtreprenader eller tjänster från någon annan fysisk eller juridisk person. En upphandlande enhet som bedriver verksamhet i egen regi kan således utan upphandling tillgodogöra sig de varor eller tjänster som den egna verksamheten genererar. Om den upphandlande enheten i stället anskaffar varor eller tjänster från någon annan person är lagen tillämplig. Köp som görs från ett av kommunen eller landstinget helägt bolag behandlas i detta betänkande i avsnitt 5.7 och i kapitel 15.

LOU är ett tvingande regelverk och skall därför tillämpas av alla upphandlande enheter. Lagen är indelad i sju kapitel. Genom lagens första till och med femte kapitel och sjunde kapitel har reglerna för offentlig upphandling inom den inre marknaden införlivats i svensk rätt. Avsikten är att de upphandlande enheterna genom att följa LOU också följer EG:s upphandlingsdirektiv. Kapitel *ett* innehåller allmänna bestämmelser. Lagens syfte är att åstadkomma en öppen och konkurrensutsatt marknad. Detta framgår av 1 kap. 4 § där det stadgas att all upphandling skall genomföras med utnyttjande av de konkurrens fördelar som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Kapitel *två* avser varuupphandling. Upphandling av byggtreprenader

behandlas i kapitel *tre*, medan kapitel *fyra* innehåller bestämmelser om upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena. I en bilaga till lagen finns två listor med olika typer tjänster uppräknade. Tjänsterna är, i likhet med uppdelningen i tjänstedirektivet, uppdelade i A- och B-tjänster. A-tjänster över tröskelvärdena omfattas av bestämmelserna i kapitel *fem*.

Sjätte kapitlet i LOU omfattar bestämmelser för upphandlingar under de tröskelvärden som anges i 2, 3, 4 och 5 kap. Vidare omfattar 6 kap. upphandling av s.k. B-tjänster oavsett värde. Upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och försvarsupphandlingar skall upphandlas enligt reglerna i 6 kap. (6 kap. 1 § och 1 kap. 3 § andra stycket.) Kapitel *sju* behandlar slutligen frågor om överprövning och skadestånd m.m.

10.2.2 Särskilt om B-tjänster

Hälso- och sjukvård och socialtjänst är, som nämnts, s.k. B-tjänster enligt tjänstedirektivet och LOU (jfr. punkt 25 i bilaga B till LOU). Upphandlande enheters anskaffning av sådana tjänster skall, oavsett om tjänstens värde överstiger eller understiger tröskelvärdet föregås av ett upphandlingsförfarande enligt reglerna i 6 kap. LOU.

LOU går således längre än EG-direktivet genom att lagens sjätte kapitel även innehåller bestämmelser om upphandlingarna under tröskelvärdena och upphandlingar av s.k. B-tjänster, oavsett värde.

I propositionen till LOU (prop. 1992/93:88 sid. 42) anfördes beträffande upphandlingar av tjänster *under* tröskelvärdena att "den upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i lagen är totalt sett en mycket viktig del av upphandlingen, även om varje enskild upphandling inte uppgår till betydande belopp. Med hänsyn till att det ligger ett betydande egenvärde i förhållandet att all upphandling hanteras i en och samma författning bör lagen omfatta all upphandling, oavsett värde."

Lagstiftaren ansåg således att reglerna i LOU skulle omfatta all offentlig upphandling oavsett värde. Emellertid fann man inte någon anledning att detaljreglera de mindre upphandlingarna i samma utsträckning som de större upphandlingarna. Till följd härav tillkom kapitel sex i LOU om upphandling under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster oavsett värde. Det förutsattes i propositionen att de rutiner som vid tillfället tillämpades med stöd av upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet skulle kunna komma att tillämpas även i fortsättningen för dessa upphandlingar.

Av 6 kap. 2 § LOU följer som nämnts i kapitel 5 att upphandling understigande tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster, oavsett

värde, skall göras genom förenklad upphandling. Den förenklade upphandlingsformen innebär att alla intresserade producenter har rätt att delta i anbudsgivningen. Anbudet skall vara skriftligt. Den upphandlande enheten har rätt att förhandla med en eller flera anbudsgivare. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Direktupphandlingen innebär att den upphandlande enheten vänder sig direkt till en leverantör utan att infordra ett skriftligt anbud. Således skall enligt lagtexten upphandlande enheters köp av B-tjänster från extern producent oavsett värde utom i undantagsfall, då synnerliga skäl föreligger, göras genom förenklad upphandling. Det framgår av 6 kap. 16 § LOU att den upphandlande enheten vid köp av B-tjänster över tröskelvärdet även skall tillämpa bestämmelserna i 1 kap. 12-16 §§ och 5 kap. 1-10 §§ LOU. Bestämmelsen innebär att när det i underlaget för upphandlingen görs en teknisk beskrivning måste denna hänvisa till europeiska specifikationer m.m. (1 kap. 12-16 §§). Hänvisningen till 5 kap. 1-10 §§ innebär att undantagen i 5 kap. 1 och 2 §§ också är tillämpliga i sjätte kapitlet. I 5 kap. 3-10 §§ anges hur tröskelvärdena skall beräknas. Det innebär att vid upphandling av B-tjänster måste tröskelvärdesberäkningen göras för att det skall vara möjligt att avgöra om 6 kap. 16 § skall tillämpas. När en upphandling av B-tjänster inom den klassiska sektorn är genomförd skall enheten senast inom 48 dagar från det att upphandlingen avslutats, till publikationskontoret sända ett meddelande för efterannonsering. Specialregleringen för B-tjänsterna i 6 kap. 16 § har sin grund i EG-direktivet.

I vissa undantagsfall tillåts dock, som nyss nämnts, direktupphandling. Direktupphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU som upphandling utan infordrande av skriftligt anbud. Direktupphandling är tillåtet om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Kansliet NOU har (info 194) uttalat att ett basbelopp enligt lagen om allmän försäkring för varor och tjänster kan vara ett lämpligt riktmärke beträffande vad som kan anses vara lågt värde. Vidare uttalade NOU att för vissa konsulttjänster kan två basbelopp accepteras.

Direktupphandling skall endast avse enstaka upphandlingar under ett år. En upphandlande enhet som använder sig av direktupphandling skall enligt 2 § andra stycket LOU vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Som exempel på vad som kan menas med begreppet synnerliga skäl nämner lagtexten synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, exempelvis på grund av bristande planering. Det skall här framhållas att direktupphandling inte innebär att avsteg får göras från principen om affärsmässighet.

LOU innebär således att lagens huvudprinciper, uttryckta i dess ändamålsparagraf 1 kap. 4 §, också tillämpas på upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster, liksom lagens bestämmelser om överprövning m.m.

LOU är ett tvingande regelverk som skall följas av alla upphandlande enheter. Lagstiftningen är enligt RR (RÅ 1996 ref 50) närmast att betrakta som en förfarandelag för upphandling. Detta innebär att lagen innehåller många procedurregler. Detta har enligt Lagrådet (prop. 1992/93:88, bilaga 3, sid. 137) inneburit att "lagen fått en omfattning och detaljeringsnivå som allmänt sett inte är önskvärd och som får anses strida mot den i Sverige normalt tillämpade lagstiftningstekniken."

Med anledning av att lagstiftningen bygger på EG-direktiv skiljer sig såväl lagstiftningsmetod som tolkningen av lagen från vad som tidigare varit brukligt. I Sverige har det varit vanligt att studera förarbeten till en viss lagregel för att få närmare information om hur bestämmelsen bör tolkas. För direktiven finns inte några förarbeten i egentlig mening att tillgå. Inom EU tolkas direktiven av domstolarna och det är således främst ur EG-domstolens praxis som information om lagens tillämpning finns att hämta.

10.2.3 Begreppet upphandlande enhet

Enligt 1 kap. 2 och 5 §§ LOU skall lagen tillämpas av statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting. Dessutom skall lagen enligt 1 kap. 6 § tillämpas på sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller annan upphandlande enhet, eller
2. upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller tillsyn av en annan upphandlande enhet eller
3. styrelsen till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting, eller annan upphandlande enhet.

Organisationen skall således ha inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse för att anses som en upphandlande enhet. Att organisationen arbetar kommersiellt eller industriellt är därför inte utslagsgivande (Vägledning till 6 kap. LOU, sid 10). Regeln innebär enligt EG-domstolens domar C44-96 Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. och Strohal Rotationsdruck, REG 1988 s.73, att även om enbart en mindre del av företagets verksamhet omfattas av bestämmelsen och den större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell karaktär

skall ändå bestämmelsen om att organisationen är en upphandlande enhet tillämpas fullt ut på bolagets hela verksamhet.

10.3 Utredningens bedömning

Utredningens bedömning: Varken EG-direktiven eller LOU lämnar utrymme för undantag från upphandlingsreglerna avseende s.k. B-tjänster *över* tröskelvärdena. Upphandling av B-tjänster skall enligt huvudregeln ske genom förenklad upphandling.

Utredningen skall enligt direktiven redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna avtal för hälso- och sjukvårdstjänster och andra tjänster.

Medlemsstaterna inom EU kan, med iakttagande av de begränsningar som i övrigt följer av EG-rätten, fritt reglera upphandlingsformen för anskaffningen av B-tjänster både *under* och *över* tröskelvärdena. Frågan är dock om B-tjänsterna *över* tröskelvärdena får undantas från upphandlingstjänstedirektivets och därmed LOU:s tillämpning. NOU har i rapport till regeringen angående kommuners och landstings köp från egna bolag (Dnr 165/97-29) menat att så inte är fallet, eftersom kraven på efterannonsering och iakttagande av europeiska specifikationer (standarder) gäller. NOU har även uttalat att upphandlingar av B-tjänster enligt nämndens mening omfattas av rättsmedelsdirektiv I (7 kap. LOU), trots B-tjänsternas begränsade reglering i tjänstedirektivet. Den omständigheten att B-tjänsterna enligt LOU skall upphandlas enligt lagens sjätte kapitel innebär således enligt nämnden inte att dessa skulle vara undantagna från rättsmedelsdirektivet (jfr. yttrande från NOU till RR i mål 1399-1997 och mål 2006-1997). Möjligheterna till överprövning och skadeståndstalan i samband med upphandling av B-tjänster *över* tröskelvärdena talar därför enligt NOU (ovan nämnda rapport till regeringen sid. 40) emot möjligheten att kunna undanta dessa från kravet på upphandling och konkurrensutsättning.

Som tidigare nämnts är hälso- och sjukvårdstjänster s.k. B-tjänster. Upphandling av sådana tjänster skall göras enligt reglerna i 6 kap. LOU. Upphandling av B-tjänster är inte lika utförligt reglerade som upphandling av A-tjänster. Medlemsstaterna kan, med iakttagande av de begränsningar som i övrigt följer av EG-rätten fritt reglera upphandlingsformen för anskaffning av B-tjänster, både *över* och *under* tröskelvärdena. Upphandlingsförfarandet för upphandling av A-tjänster *över* tröskelvärdena styrs däremot av relativt detaljerade procedurregler.

Att inte anskaffningen av B-tjänster är lika utförligt reglerad innebär dock inte, enligt utredningens bedömning, att dessa skulle vara enklare att upphandla. Enligt utredningens mening kan en upphandling inom exempelvis äldreomsorg eller en upphandling för anskaffande av olika hälso- och sjukvårdstjänster vara en uppgift som ställer mycket höga krav.

Såvitt utredningen kunnat finna råder det en viss otydlighet i debatten kring B-tjänster. Det förhållandet att dessa omfattas av endast några få artiklar i tjänstedirektivet betyder inte att dessa är uteslutna från direktivet. De är inte heller uteslutna från tillämpningen av LOU. Tvärtom anges tydligt att de omfattas av upphandling enligt 6 kap. LOU. Detta innebär att de skall upphandlas genom förenklad upphandling eller direktupphandling, beroende på omständigheterna i varje enskilt fall. Det nu sagda betyder dessutom att de rättsmedel som anges i 7 kap. LOU fullt ut kan användas även i fråga om B-tjänstupphandling. I inledningen till tjänstedirektivet anges att kommissionen för statistik över upphandlingsmarknaden. Därav följer att den ordning som gäller i dag således inte är beständig. Om det sålunda i kommissionens övervakning visar sig att det finns anledning till det kan förslag läggas om att en eller flera av de tjänster som i dag är B-tjänster skall överföras till A-tjänster och således utsättas för det större regelpaketet. EG:s grundläggande principer om likabehandling, förutsesbarhet, ömsesidigt erkännande och icke-diskriminering gäller dock även upphandlingar som genomförts enligt 6 kap. LOU. EG-domstolen har dessutom uttalat följande: "När en nationell lagstiftning för lösningen av problem i rent interna situationer anpassas till den lösning som valts i gemenskapsrätten - för att bl.a. undvika att inhemska medborgare diskrimineras eller att det uppstår eventuella snedvridningar av konkurrensen, såsom i det aktuella fallet - föreligger det ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt (mål C28/95 Leur-Bloem och Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam, REG 1997, s. 4160 p. 32.).

Att generellt undanta upphandlande enheters upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena från lagens tillämpning strider därför enligt utredningens uppfattning mot tjänstedirektivet, eftersom B-tjänsterna omfattas av rättsmedelsdirektivet. Möjligheterna till överprövning och skadestånd i samband med upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena talar därför emot möjligheten att generellt undanta hälso- och sjukvårdstjänster och omsorgstjänster från kravet på upphandling och konkurrensutsättning. Av den anledningen finns det enligt

utredningens bedömning inte någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna avtal för B-tjänster *över* tröskelvärdena, däribland bl.a. olika avtal för hälso- och sjukvårdstjänster, jämfört med andra tjänster, dvs. A-tjänster överstigande tröskelvärdet. Upphandling av B-tjänster skall dock enligt bestämmelserna i 6 kap. 2 § LOU ske genom förenklad upphandling.

11 Vårdavtal

11.1 Inledning

11.1.1 Allmänt

Utredningen skall enligt direktiv och tilläggsdirektiv utreda om upphandlande enheters tecknande av vårdavtal skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Utredningen skall därvid särskilt analysera om lagen är tillämplig vid upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med enskilda vårdgivare. Därutöver skall också tillämpningen av LOU analyseras när det gäller privata sjukhus och sjukhem som drivs av stiftelser eller andra ideella organisationer. Utredningen skall också enligt tilläggsdirektiven utreda om LOU är tillämplig då kommuner köper hälso- och sjukvårdstjänster och tjänster rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård.

I detta kapitel redogörs för utredningens uppfattning i ovan nämnda frågor

11.1.2 Offentligt finansierade alternativa driftformer som komplement till den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården

Regeringen har i prop. 1996/97:123 *om privata vårdgivare* (sid. 20) uppgett att den ser det som mycket angeläget att ett ökat antal vårdavtal sluts mellan privata vårdgivare och sjukvårdshuvudmännen. De privata vårdgivarna har enligt regeringen mycket aktivt bidragit till att tillgängligheten av sjukvården har ökat.

I propositionen anges att ett centralt mål för reformsträvandena i den svenska hälso- och sjukvården under senare år har varit att stärka patientens ställning bl.a. genom att ge denne ökade möjligheter att välja vårdgivare inom primärvården och olika typer av specialistvård liksom att välja sjukhus vid slutna vård. Den ökade valfriheten har i sin tur enligt regeringen bidragit till att förbättra bemötandet inom hälso- och sjukvården. Tillgången till privata verksamheter har därför enligt regeringen bidragit till att öka valfriheten och förbättra kontinuiteten.

För att garantera patienten en likvärdig behandling, oavsett driftform, är det enligt regeringens mening viktigt att kraven på utbildning och fortbildning, möjligheterna att utöva tillsyn och att erhålla redovisningar om vårdens innehåll och kvalitet så långt möjligt likställs mellan offentliga och privata vårdgivare.

Att det finns olika driftformer inom hälso- och sjukvården har även enligt regeringen positiva effekter för personalen. Regeringen har därför menat att det är viktigt att det finns alternativ för de vårdgivare som vill arbeta i mindre enheter och som eftersträvar större självständighet, vilket enligt regeringen troligtvis i högre utsträckning kan möjliggöras inom ramen för ett personalkooperativ eller som privat vårdgivare (prop. 1996/97:123 sid. 20).

I propositionen konstaterade regeringen vidare att kravet på sjukvårdshuvudmannen att vara kostnadseffektiv blir allt tydligare. Vårdutbudet kommer troligtvis också att behöva vara mer flexibelt än tidigare, bl.a. till följd av patientens krav och önskningar och att en allt större del av vården kan ges i öppna former av allt fler kategorier av vårdgivare. Mot kravet på flexibilitet står den private vårdgivarens krav på långsiktighet och stabilitet vad gäller anslutningsrätt och ersättningar. Finns det inte ett långsiktigt engagemang begränsas den private vårdgivarens möjligheter att vilja delta i fort- och vidareutbildning och genomföra erforderliga investeringar i medicinteknisk utrustning för att upprätthålla och vidareutveckla kvalitet i verksamheten (prop. 1996/97:123 sid. 22 f.).

11.2 Nuvarande tillämpning av upphandlingsreglerna

11.2.1 Beslut av Nämnden för offentlig upphandling angående upphandling av läkartjänster

Som tidigare redogjorts för i avsnitt 5.6.2 ställdes i april 1995 följande frågor till NOU:

1. Behöver ett tecknande av ett vårdavtal med en redan verksam privatpraktiserande husläkare föregås av ett anbudsförfarande enligt LOU?
2. Behöver ett tecknande av ett vårdavtal vid nyetablering av vårdgivare föregås av ett anbudsförfarande ?

Som svar på frågorna uttalade fyra av nämndens sju ledamöter att det enligt nämndens bedömning närmast är att se som en upphandlingssituation att ingå vårdavtal. Enligt nämndens beslut den 24 januari 1996

skulle således tecknande av vårdavtal i de aktuella situationerna föregås av en upphandling.

Tre av nämndens ledamöter var således av skiljaktig mening. En av de skiljaktiga ledamöterna anförde att "vårdavtal i den form som avses i detta ärende är med hänsyn till deras bakgrund enligt min mening närmast att se som ett utflöde av en offentlighetsreglering av en delvis offentlig finansiering av sjukvårdersättning och inte som en upphandling.

De två andra skiljaktiga ledamöterna anförde sammanfattningsvis följande. Det framgår tydligt att lagstiftaren inte avsett att här aktuella vårdavtal skall tecknas efter ett LOU-förfarande. Sjukvårdshuvudmännen får efter lagändringarna möjligheter att ge en sökande tillstånd att etablera sig med offentlig finansiering. Om vårdavtal träffas kan de ömsesidiga åtagandena preciseras på det sätt som är lämpligt i varje enskilt fall. Detta ändrar dock inte rättsförhållandets grundläggande offentlighetsregleringskaraktär.

För en utförligare redovisning av nämndens beslut och till de skiljaktiga meningarna hänvisas till avsnitt 5.6.2.

11.2.2 Begreppen utövande av offentlig makt och myndighetsutövning

Skälen för de skiljaktiga meningarna i NOU:s beslut om upphandling av vårdavtal var i princip att avtalen har grund i en offentlighetsreglering och att de därför inte omfattas av EG-direktivet, eftersom avtalen är ett utflöde av en medlemsstats utövande av offentlig makt.

Av artikel 45 (f.d. art. 55) i EG-fördraget framgår att bestämmelserna i kapitel om etableringsrätt "skall för den medlemsstat som är berörd inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövande av offentlig makt."

De enda tillåtna begränsningarna i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandla hålla tjänster kan således uppkomma vid verksamhet som, om endast tillfälligt, är förenad med utövande av offentlig makt. EG-domstolen har betonat att artikeln i fördraget måste tolkas restriktivt för att begränsa tillämpligheten till vad som är absolut nödvändigt för att medlemsstaterna skall kunna tillvarata de intressen bestämmelserna ger dem rätt till (jfr. mål C 147/86, kommissionen mot Grekland)

Uttrycket "utövande av offentlig makt" är inte definierat i fördraget. I mål C 2/74 Reyners ./ Belgiska staten argumenterades för att advokatyret skulle vara undantaget från det aktuella kapitlet eftersom utövande av advokatyret innebar utövande av offentlig makt. Domstolen uttalade emellertid att så inte var fallet. Det framgår enligt uttalande i doktrinen

att undantaget från etableringsrätten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster utgör en inskränkning från den fundamentala fördragsregeln om fri etableringsrätt, och måste bli tolkad restriktivt, så att man inte överskrider det syfte för vilket regeln tillkom. (Wyatt & Dashwood's European community law, 3rd edition 1993 sid. 291).

Det kan i detta sammanhang påpekas att begreppet myndighetsutövning sedan länge använts inom den svenska rättsordningen. Begreppet förekommer i en rad lagar men saknar en legal definition. Myndighetsutövningsbegreppet används exempelvis i RF, i förvaltningslagen, i KommL, i HSL och i TVL. I propositionen till den nu upphävda förvaltningslagen (1971:290), till vilken RF:s och den nu gällande förvaltningslagens förarbeten hänvisar, fanns dock en definition av begreppet (prop. 1971:30 sid. 331 ff.). Enligt denna avsåg myndighetsutövning "utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande." Det svenska myndighetsutövningsbegreppet synes inte vara detsamma som det EG-rättsliga begreppet utövande av offentlig makt (jfr. remiss yttrande från Juridiska fakulteten i Uppsala 1998-09-08 till Regeringskansliet, Justitiedepartementet, över betänkande Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler (SOU 1997:194)).

11.3 Utredningens bedömning

11.3.1 Inledning

För att en vårdgivare skall få offentlig finansiering för den vård som han eller hon bedriver måste vårdgivaren antingen omfattas av övergångsbestämmelser till LOL eller LOS eller också ha ingått avtal med sjukvårdshuvudmannen rörande sin verksamhet. Företrädesvis skall parterna enligt regeringen träffa s.k. vårdavtal, i vilka parterna kommer överens om verksamhetsinriktning, åtagande, omfattning, lokalisering, ersättningsfrågor m.m. (jfr. bl.a. prop. 1996/97:123 sid. 23). För enskilda läkare eller sjukgymnaster finns även en möjlighet att ingå avtal med sjukvårdshuvudmannen enligt de nu gällande nationella bestämmelserna i LOL och LOS med tillhörande förordningar.

Med vårdavtal avses i detta betänkande, som redovisats i avsnitt 3.5.2 avtal som landsting eller kommuner, dvs. sjukvårdshuvudmannen, ingår med privata vårdgivare och där parterna fritt och oberoende av föreskrifter i lag träffar avtal om att vårdgivaren skall vara verksam med erhållande av offentlig finansiering.

Sjukvårdshuvudmannen har enligt bestämmelser i HSL ett ansvar för att en god vård och omsorg skall kunna erbjudas alla som är bosatta

inom landstinget eller som tillfälligt befinner sig inom detta. Vården skall erbjudas alla oberoende av den enskildes ekonomiska förhållanden. Enligt 7 och 20 §§ HSL skall ett landsting respektive en kommun planera sin hälso- och sjukvård med utgångspunkt i befolkningens behov av sådan vård. Planeringen skall avse även den hälso- och sjukvård som erbjuds av privata och andra vårdgivare. Sjukvårdshuvudmannen avgör om den erforderliga vården skall drivas i egen regi eller om driften skall överlämnas till någon annan utförare. Detta betyder att olika sjukvårdshuvudmän kan ha olika behov av hälso- och sjukvårdstjänster. Det kan hända att en sjukvårdshuvudman vid tillfället bedömer att det finns ett behov av en enskild vårdgivares tjänster. Ibland kanske det finns behov av en entreprenör med mer omfattande verksamhet, t.ex. en läkarpraktik med flera verksamma läkare och annan vårdpersonal. Sjukvårdshuvudmannen kan även lämna över driften av ett helt sjukhus eller sjukhem till alternativa driftformer.

Med hänsyn till de olika behoven kan avtalen se ut på många olika sätt, beroende av vad för avsikt parterna har haft då de träffat sitt avtal. Vårdavtalet bör dock enligt regeringen bl.a. omfatta verksamhetsinriktning, åtaganden, former för rapportering och ersättningar till vårdgivaren. I vårdavtalet bör parterna t.ex. kunna komma överens om former för kvalitetssäkring, krav på vidareutbildning och vilka möjligheter den privata vårdgivaren har att delta i olika aktiviteter inom den offentliga vården i syfte att fort- och vidareutbilda sig och därmed bredda sin kompetens. I ett vårdavtal bör också enligt regeringen de privata vårdgivarna till viss del kunna knytas till den offentliga produktionen för att där kunna ingå i en jourorganisation m.m. Detta ökar enligt regeringen flexibiliteten hos den offentlige vårdgivaren (prop. 1994/95:195 sid. 63).

Sjukvårdshuvudmannen kan ingå vårdavtal med såväl fysiska personer som med juridiska personer av olika slag. Ett vårdavtal kan naturligtvis ingås även med andra vårdgivargrupper än läkare och sjukgymnaster t.ex. sjuksköterskor och arbetsterapeuter. Sjukvårdshuvudmannen kan även ingå avtal med en verksamhet som avknoppats från den offentliga vårdens egna verksamhet. Ett landsting kan också ingå avtal med ett annat landsting, vilket exempelvis skulle kunna ske vid köp av olika telemedicinska tjänster. Sjukvårdshuvudmannen kan därutöver ingå avtal med ett eget företag för utförande av vissa tjänster. Angående utredningens bedömning av om LOU är tillämplig vid upphandlande enheters köp från avknoppad verksamhet, hänvisas till avsnitt 5.8 och kapitel 16. Upphandlande enheters köp från egna bolag och vid överlåtelse av driften mellan landsting och kommuner behandlas i avsnitt 5.7 och i kapitel 15.

11.3.2 Vårdavtal med andra än läkare och sjukgymnaster

Utredningens bedömning: Upphandlande enheters ingående av vårdavtal med enskilda vårdgivare (andra vårdgivare än läkare och sjukgymnaster), med vårdgivarbolag och med ideella organisationer inom vården för köp av hälso- och sjukvård samt tjänster rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och kraven i EG-direktiven.

Utredningens förslag: En erinran om reglerna i LOU skall tas in i HSL. Vidare skall en definition av vad som avses med vårdavtal tas in i HSL.

I detta avsnitt behandlas frågan om ett upphandlingsförfarande vid upphandlande enheters tecknade av vårdavtal med andra vårdgivargrupper än läkare och sjukgymnaster med hänsyn till EG-direktiven kan undantas från ett upphandlingsförfarande enligt LOU. De vårdgivare som avses här är olika slag av enskilda vårdgivare såsom exempelvis sjuksköterskor, psykologer, psykoterapeuter, kiropraktorer, naprapater, audionomer m.fl., samt olika typer av ideella organisationer och vårdbolag. Det gemensamma för dessa vårdgivare är att det för dem inte finns någon nationell reglering angående deras möjligheter att vara verksamma med offentlig finansiering, som det enligt de nationella ersättningslagarna gör för enskilda läkare och sjukgymnaster. De nu aktuella vårdgivarna måste därför genom särskilt avtal träffa överenskommelser med sjukvårdshuvudmannen rörande sin verksamhet och om rätten till ersättning för utförda tjänster. De kan således inte träffa avtal om rätt att vara verksamma med nationellt fastställda ersättningsregler.

Utredningen har vid sina kontakter med de nu aktuella vårdgivargrupperna erfarit att de anser att förutsättningarna för att bedriva privat vård med offentlig finansiering är synnerligen ojämnligen mellan olika yrkesgrupper. Medan läkare och sjukgymnaster har ett taxesystem, som fastställts genom både partsförhandlingar och regeringsbeslut, är andra vårdgivaregrupper hänvisade till att på egen hand träffa avtal om ersättningsnivåer med de lokala sjukvårdshuvudmännen. Företrädare för olika vårdgivaregrupper har, bl.a. för att stimulera mångfalden, inför utredningen förespråkat att det även för dessa andra vårdgivare än läkare och sjukgymnaster borde finnas nationellt fastställda taxor för deras verksamheter. De har även, för att ett upphandlingsförfarande inte skall komma i fråga, förespråkat en nationell lag som gäller för alla vård-

givaregrupper, exempelvis en sådan lag som Samverkansdelegationen föreslagit i sitt betänkande (SOU 1997:179).

Från olika vårdgivaregrupper har det till utredningen framförts att det naturligtvis alltid innebär ett stort risktagande, framförallt ekonomiskt att starta privat verksamhet. Detta gäller särskilt inom vårdsektorn. Denna sektor är för den enskilde företagaren unik i förhållande till andra samhälls- och näringssektorer på grund av att det, har man anfört, bara finns en finansiär, nämligen sjukvårdshuvudmannen. Avtalet mellan sjukvårdshuvudmannen och den enskilde vårdgivaren måste, enligt de privata vårdgivarnas organisationer, kunna garantera stabilitet och långsiktighet. Korta avtal över ett år och ständiga omprövningar i form av upphandling kan motverka den av regeringen eftersträlvade mångfalden i vården, eftersom den enskilde vårdgivaren riskerar att efter en kortare period stå utan finansiering av sin verksamhet. Om all vårdverksamhet i privat regi skulle bli föremål för ett upphandlingsförfarande, finns enligt organisationerna en uppenbar risk för att mångfalden och småskaligheten i verksamheten får vika för en koncentration till några få stora privata vårdbolag. Upphandlingar fungerar enligt organisationerna bra för konkurrensutsättning av större ekonomiska och stabila enheter, men passar sämre för småskalig verksamhet.

Företrädare för ideella organisationer inom vården har till utredningen bl.a. anfört att ägarstruktur, stadgar och verksamhetens syfte särskilt måste beaktas vid köp av hälso- och sjukvårdstjänster från icke vinstdrivande verksamheter. Organisationerna är bundna av sina stadgar och stiftelseförordnande och kan inte förändra sin verksamhet så att man kommer i strid med dessa. Organisationerna har ofta en lång tradition av samverkan med den offentligt bedrivna vården. Ofta betraktas dessa ideella enheter som en integrerad del av den samlade sjukvårdsproduktionen från sjukvårdshuvudmannens sida. Det handlar i dessa fall inte om entreprenader i vanlig mening, dvs. att den entreprenör som fått kontrakt övertar en redan befintlig verksamhet. Organisationerna driver sina verksamheter sedan årtionden och är ofta föregångare inom sitt verksamhetsområde. De har ofta successivt utvecklat och anpassat sin verksamhet i nära samarbete med sjukvårdshuvudmannens behov. Vården bedrivs i egna lokaler/sjukhusbyggnader som ägs av stiftelsen eller organisationen. En förutsättning för organisationens överlevnad är att de erhåller ett vårdavtal med sjukvårdshuvudmannen rörande verksamheten. Annars kan verksamheten inte bedrivas vidare och organisationen måste upplösas och avsluta driften av sin verksamhet.

Som redogjorts för bl.a. i kapitel 5 och i kapitel 10 har Sverige valt att reglera offentlig upphandling under tröskelvärdena genom bestämmelserna i 6 kap. LOU. Utöver upphandlingar vars värde understiger

tröskelvärdena regleras därutöver även upphandlande enheters anskaffning av B-tjänster, oavsett värde, dvs. däribland exempelvis hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster, i 6 kap. LOU.

Upphandlingen enligt 6 kap. är mer omfattande än den upphandling som sker enligt kapitel 2-5 LOU. NOU har i utgivet informationsblad i december 1998 redogjort för statistik över genomförda upphandlingar under år 1997. Under året upphandlade statliga myndigheter varor, A-tjänster och entreprenader över tröskelvärdena för 11 092 miljoner kronor, medan dessa myndigheters upphandlingar enligt 6 kap. för samma period uppgick till 47 333 miljoner kronor.

Utöver Sverige har ett flertal andra länder i Europa bestämmelser, som åtminstone delvis, reglerar upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster. Detta har framkommit efter en förfrågan som Upphandlingskommittén gjort till andra länder inom EES. Exempelvis har Finland, Norge, Frankrike, Österrike, Belgien och Luxemburg sådana regler. Flera av dessa länder har lagstiftning inom vissa områden eller för vissa typer av upphandlande enheter. I vissa andra medlemsländer anser man att icke-direktivstyrda upphandlingar inte behöver följa några särskilda procedurregler. Däremot skall gemenskapsrättens grundläggande principer om bl.a. likabehandling och förutsebarhet iakttas. Dessa principer behandlas i betänkandet i kapitel 8 och 10.

Utredningen har i föregående kapitel gjort bedömningen att B-tjänsterna över tröskelvärdena inte får undantas från direktivets och därmed LOU:s tillämpning.

Frågan är då om upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med andra vårdgivaregrupper än läkare och sjukgymnaster (t.ex. med enskilda arbetsterapeuter eller sjuksköterskor, med olika företag som driver exempelvis olika sjukhem, med stiftelser eller andra ideella organisationer) skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

I LOU definieras upphandlingskontrakt som skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt lagen. Tjänst-avtal definieras enligt tjänstedirektivet som "skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet."

För de vårdgivaregrupper, som sjukvårdshuvudmannen tecknar vårdavtal med, finns det - utom vad gäller läkare och sjukgymnaster - inte någon nationell reglering av ersättningen eller villkoren i övrigt i avtalen. Det som skall regleras i vårdavtalen (åtagande, ersättning, verksamhetsinriktning, former för rapportering och former för kvalitetssäkring m.m.) är i sig typiska upphandlingsrekvisit. Att särskilt undanta en viss vårdgivaregrupps avtal från ett upphandlingsförfarande skulle strida mot tjänstedirektivet. Det är därför utredningens uppfattning att upphandlande enheters tecknande av vårdavtal över tröskelvärdena såvitt

här är i fråga med andra vårdgivaregrupper än läkare och sjukgymnaster måste, oavsett om avtalet ingås med en enskild vårdgivare, med ett vårdgivarebolag eller med exempelvis en stiftelse, föregås av ett upphandlingsförfarande enligt direktiven och LOU. Vad de ideella organisationerna inom vården uppgett angående de speciella omständigheter som gäller för deras verksamhet kan inte förändra denna bedömning.

För att undanta upphandlande enheters avtal med någon kategori vårdgivare från ett upphandlingsförfarande, måste en nationell reglering av innehållet i avtalen göras i särskilda lagar motsvarande de ersättningslagar som i dag gäller för enskilda läkare och sjukgymnaster. Det skulle då för den undantagna kategorin av vårdgivare finnas en möjlighet att teckna avtal motsvarande de samverkansavtal som enskilda läkare och sjukgymnaster i dag ingår med en sjukvårdshuvudman. Ett ställningstagande och ett förslag i fråga om en sådan särreglering kan med hänsyn till direktiven för utredningen inte anses falla inom ramen för utredningens uppdrag. Det är således utredningens uppfattning att avtal *över* tröskelvärdena om hälso- och sjukvårdstjänster mellan sjukvårdshuvudman och, såvitt här är fråga andra vårdgivare än läkare och sjukgymnaster, skall upphandlas. (Beträffande sådana avtal under tröskelvärdena se avsnitt 11.3.5). Utredningen anser att det beträffande dessa avtal, som enligt utredningens uppfattning skall betecknas vårdavtal, i HSL i klargörande syfte skall införas en hänvisning till upphandlingsbestämmelserna i LOU.

Det har under utredningens arbete visat sig att det föreligger betydande behov av att innehållet i de begrepp som används vid anskaffning av hälso- och sjukvårdstjänster klargörs och definieras. Detta gäller bl.a. vad som avses med begreppet vårdavtal. Det bör därför i klargörande syfte i 3 § HSL föreskrivas att med vårdavtal avses andra avtal än samverkansavtal som landstinget träffar med annan vårdgivare, dvs. ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ om den ersättning som landstinget skall erlägga till vårdgivaren och de övriga villkor och grunder som skall gälla för verksamheten. En hänvisning till 3 § HSL bör tas in i 18 § HSL och 5 § TVL.

11.3.3 Vårdavtal med läkare och sjukgymnaster

Utredningens bedömning: Upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med enskilda läkare eller sjukgymnaster eller med enskilda läkares eller sjukgymnasters bolag skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och kraven i EG-direktiven.

Utredningens förslag: Den erinran som i anledning av avsnittet föreslagits bli införd i HSL om att upphandlande enheters vårdavtals-tecknande med olika privata utförare skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och den definition av vårdavtal som angetts där skall också gälla vårdavtal med läkare och sjukgymnaster.

Frågan i detta avsnitt är om upphandlande enheters ingående av vårdavtal med enskilda läkare eller sjukgymnaster skall föregås av ett upphandlingsförfarande. I detta avsnitt tar utredningen även ställning till frågan om LOU är tillämplig om en upphandlande enhet i stället avser att köpa läkartjänster eller sjukgymnastik från verksamhet som bedrivs i enskild läkares eller sjukgymnasts bolag och då således tecknar avtal med bolaget som vårdgivare. Först i avsnitt 12.3.2 behandlas dock frågan om upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster, som redan, på grund av ett samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen, ger vård mot erhållande av offentlig finansiering, skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Som tidigare nämnts har NOU som svar på en förfrågan uppgett att det enligt nämndens bedömning närmast är att anse som en upphandlingssituation att ingå vårdavtal, varvid LOU skall tillämpas. Nämnden var inte enig i beslutet. De ledamöter som hade en skiljaktig mening gjorde i första hand gällande att ett vårdavtal med en läkare var att se som ett utflöde av en offentligrättslig reglering (se vid avsnitt 5.6.2).

Det är utredningens bedömning att det inte generellt utan en direktivändring går att undanta B-tjänsterna från ett upphandlingsförfarande (se avsnitt 10). Frågan är då om aktuella läkartjänster och sjukgymnasttjänster kan undantas från lagens tillämpningsområde på den grund att dessa avtal skulle ses som ett utflöde av en offentligrättslig reglering.

Enligt artikel 45 i EG-fördraget skall bestämmelserna i kapitlet om etableringsrätt för den medlemsstat som är berörd inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövande av offentlig makt.

En medlemsstat ägnar sig åt utövande av offentlig makt då denna stiftar lagar. Innehållet i ett vårdavtal är inte styrt av någon lagreglering,

utan parterna kan fritt komma överens om avtalsinnehållet. Således kan inte enligt utredningens uppfattning tecknandet av ett vårdavtal anses som ett utflöde av en offentligrettslig reglering. Att parterna i praktiken använder "taxorna" som utgångspunkt vid sina förhandlingar ändrar inte utredningens uppfattning.

Två av ledamöterna i NOU anförde i sin skiljaktiga mening till nämndens beslut att systemet med vårdavtal och samverkansavtal närmast liknar ett koncessionsförfarande.

Tjänstekoncession är inte något känt begrepp i svensk rätt. Det finns därför ingen inhemsk definition av begreppet. Koncession i traditionell bemärkelse anses innefatta ett av en myndighet meddelat tillstånd att bedriva viss verksamhet. Enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU utgör koncession ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenader där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

Vid kansliet på NOU:s kontakter med andra EES-länder har framkommit att tjänstekoncessioner inte är ett känt begrepp i de övriga nordiska länderna, utan betraktas där som ett vanligt tjänstekontrakt vilka omfattas av direktiven, medan de sydeuropeiska länderna, sedan tidigare har specialregler därom (jfr. NOU:s rapport till regeringen 1998-03-11, In 38/642/KL).

I nämnda rapport, sid. 37, framgår följande. "En grundläggande fråga är om den omständigheten att tjänstekoncessioner inte särskilt nämns i direktivet innebär att dessa saknar särreglering och skall behandlas som tjänster i övrigt eller om avsikten är att utesluta koncessioner från tjänstedirektivets tillämpning. Begreppet har olika innebörd och funktion i de olika medlemsstaterna, vilket medför att det naturligtvis kan vara förenat med viss fara för tolkningen och tillämpningen att i nationell rätt, som har sitt ursprung i gemenskapsrätten, införa begrepp som kan ha annan innebörd i andra medlemsländer"

NOU har i rapporten menat att Sverige i likhet med övriga nordiska länder i avvaktan på utslag från EG-domstolen och EG-kommissionens klagorande bör betrakta tjänstekoncessioner som vanliga tjänstekontrakt.

Utredningen anser att ett avtal om att en läkare eller en sjukgymnast skall få rätt att vara verksam mot erhållande av offentlig finansiering svårligen kan bedömas som ett koncessionsförfarande. Vårdgivaren har en grundlagsskyddad rättighet, att så länge han eller hon uppfyller föreskrivna behörighetskrav, driva verksamhet. Det som parterna träffar överenskommelser om i vårdavtalet är endast en fråga om verksamhetens finansiering.

Utredningen anser, i likhet med vad som framgår av promemoria till NOU:s beslut att vad som skall regleras i ett vårdavtal är typiska upp-

handlingsrekvisit. Med hänsyn härtill och till vad som tidigare angetts i de föregående kapitlena anser utredningen att vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster och vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnasters bolag skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Utredningen anser att den erinran om reglerna i LOU och den definition av begreppet vårdavtal som inledningsvis i kapitlet förordats beträffande avtal med andra vårdgivare än läkare och sjukgymnaster skall gälla även för vårdavtal med dem.

11.3.4 Upphandlande enheters möjlighet att undanta avtal från upphandling

För det fall att en kommun eller ett landsting baserar anskaffningen av vård genom ett tillståndsliknande system med lika rätt till tillträde för alla uppträder emellertid en annan situation som kan ligga utanför upphandlingskravet. Frågan om de närmare villkoren för ett sådant system är för närvarande inte prövad i rättstillämpningen.

11.3.5 Vårdavtal under tröskelvärdena

Utredningens bedömning: Nyttan för landsting och kommuner att undanta anskaffningar *under* tröskelvärdena från ett upphandlingsförfarande torde vara mycket liten. Påtagliga nackdelar lär i stället uppkomma eftersom regelsystemet blir mer komplicerat om olika regler införs för upphandlingar över och under tröskelvärdena.

Eftersom EG-direktiven endast reglerar den offentliga upphandlingen över vissa i direktivet angivna tröskelvärden, står det varje medlemsstat fritt att, inom de begränsningar som följer av gemenskapsrätten, reglera på vilket sätt offentliga upphandlingar *under* tröskelvärdena skall ske.

I detta avseende torde, enligt utredningens uppfattning, det ha mindre betydelse att särreglera upphandlingen *under* tröskelvärdena, eftersom de upphandlingar som avses i betänkandet i allt väsentligt överstiger gällande tröskelvärden. Dessutom bör det påpekas att regeringen vid införandet av LOU uttalat att all upphandling, oavsett värde, bör hantearas i en och samma författning (prop.1992/93:88 sid. 42). Utredningen gör bedömningen att nyttan för landsting och kommuner av att undanta

anskaffningar *under* tröskelvärdena torde vara mycket liten. Påtagliga nackdelar lär i stället uppkomma då regelsystemet blir mer komplicerat om olika regler införs för upphandlingar över och under tröskelvärdena. Det lämnas därför inte i betänkandet något förslag om att undanta upphandlande enheters köp av hälso- och sjukvårdstjänster och tjänster rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård och omsorg understigande tröskelvärdena från ett upphandlingsförfarande.

12 Samverkansavtal

12.1 Inledning

Med samverkansavtal avses i betänkandet sådana avtal som enskilda läkare och sjukgymnaster kan träffa med sjukvårdshuvudmannen rörande ersättning samt övriga villkor och grunder bestämda enligt de nationellt fastställda reglerna i LOL respektive LOS för de vårdtjänster som vårdgivaren tillhandahåller enligt avtalet. Samverkansavtal är således ett sätt att reglera förhållandet mellan privata vårdgivare och landstinget/finansiären. Systemet tillkom i samband med de lagändringar som gjordes i LOL och LOS som trädde i kraft den 1 januari 1995. Syftet med lagändringarna var främst att hejda etableringen av specialistläkare och sjukgymnaster med rätt till offentlig finansiering. De vårdgivare som vid tidpunkten var verksamma enligt de nationella taxorna kunde enligt övergångsbestämmelser till nämnda bestämmelser i LOL och LOS fortsätta att driva verksamhet med ersättning enligt taxorna i FOL och FOS trots att de inte träffat något samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen.

Utredningen skall enligt sina direktiv analysera om samverkansavtal med enskilda vårdgivare skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Utredningen skall även enligt direktiven redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna vårdavtal respektive samverkansavtal.

I detta kapitel belyser utredningen dessa frågor. Efter en kort beskrivning i *avsnitt 12.1* av ersättningslagarnas innehåll beskrivs

i *avsnitt 12.2* hur landstingen i dag tillämpar upphandlingsreglerna då man avser att träffa samverkansavtal med en enskild läkare eller sjukgymnast.

I *avsnitt 12.3* redovisas utredningens bedömning av om nytecknande av samverkansavtal skall föregås av ett upphandlingsförfarande. I avsnittet redovisas även om landstingens tecknande av vårdavtal med vårdgivare som redan är verksamma enligt ersättningslagarnas bestämmelser skall föregås av ett upphandlingsförfarande.

12.1.1 Läkarvårdsersättning enligt nationell taxa

Om en enskild läkare träffat ett samverkansavtal med en sjukvårdshuvudman kan han eller hon enligt 5 § LOL erhålla läkarvårdsersättning enligt lagen och förordningen. I LOL ges bestämmelser om vissa ersättningar till läkare i privat verksamhet i primärvården och den öppna hälso- och sjukvården i övrigt och om patientavgifter i samband därmed.

Läkarvårdsersättning lämnas enligt 5 § endast till läkare som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Av punkt 2 i övergångsbestämmelser till lag (1994:1961) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning framgår emellertid att läkare som den 1 januari 1995 var verksam mot läkarvårdsersättning enligt lagen har rätt till fortsatt sådan ersättning även utan samverkansavtal enligt de nya föreskrifterna.

De läkare som avsågs i övergångsbestämmelserna var bl.a. läkare som varit uppförda på förteckning hos den allmänna försäkringskassan och läkare som påbörjade sin verksamhet under år 1994, dvs. då det var "fritt" att etablera sig med offentlig finansiering. Det kan även vara läkare som varit verksamma enligt den numera upphävda lagen om husläkare. Av punkt 3 i övergångsbestämmelser till lagen (1995:837) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning framgår att läkare som den 1 januari 1996 var verksam som privatpraktiserande husläkare enligt husläkarlagen (1993:588) har rätt till läkarvårdsersättning utan samverkansavtal med landstinget.

För att läkarvårdsersättning skall lämnas krävs enligt 7 § LOL att läkaren har specialistkompetens och bedriver mottagningsverksamhet inom sin specialitet i öppen vård för enskilda patienter. Lagen gäller emellertid inte för läkare med specialistkompetens enbart i radiologiska specialiteter, kliniska laboratoriespecialiteter utom klinisk fysiologi, socialmedicin, företagshälsovård, skolhälsovård, rehabiliteringsmedicin, klinisk näringslära eller nukleärmedicin.

Läkarvårdsersättning lämnas enligt 8 § LOL endast till en läkare som senast ett år efter det att verksamheten påbörjats bedriver verksamhet på heltid. En läkare anses enligt 8 § första stycket andra meningen som heltidsverksam om han eller hon arbetar minst 35 timmar per vecka i genomsnitt eller har arbetat minst denna tid någon tolv månadersperiod under de senaste två åren. Läkarvårdsersättning lämnas dock till en läkare som till följd av sjukdom, ledighet för vård av barn, vidareutbildning eller forskning inom yrkesområdet, politiskt eller fackligt uppdrag eller annat liknande skäl inte bedriver verksamhet på heltid. Av 9 § framgår att läkarvårdsersättning inte lämnas till en läkare som är anställd i något landstings hälso- och sjukvård eller i ett bolag eller annan juridisk person inom hälso- och sjukvården som landstinget har ett

rättsligt bestämmande inflytande i. Ersättning kan dock lämnas om läkaren är tjänstledig och vikarierar för en annan läkare. Läkavårdsersättning lämnas inte heller till en läkare som vid vårdtillfället fyllt sextiofem år om inte landstinget medger detta.

Läkavårdsersättning för viss åtgärd skall enligt 15 § LOL lämnas med ett belopp som utgör skälig ersättning för läkarens arbete och kostnader. Ersättningen betalas som normalarvode, enkelt arvode eller särskilt arvode. Normalarvode är enligt 16 § ett enhetligt arvode för den huvudsakliga delen av den medicinska verksamheten som förekommer inom läkarens specialitet. Normalarvode baseras på beräknade mottagningskostnader och årlig besöksvolym inom specialiteten. Enkelt arvode är ett lägre arvode för enklare undersökningar och behandlingar som utförs av läkaren eller under dennes överinseende eller som ligger utanför den vanliga verksamheten inom läkarens specialitet. Åtgärder som är särskilt tids- eller kostnadskrävande ersätts med ett högre, särskilt arvode.

Av 17 § framgår att om det till en läkare eller vikarie i dennes verksamhet under ett kalenderår har lämnats läkavårdsersättning med ett belopp som motsvarar ersättningen för en full årsarbetstid inom specialiteten, lämnas därefter ersättning med reducerade belopp. Reducerad ersättning lämnas högst till ett belopp som motsvarar en halv årsarbetstid (ersättningstak). Om läkaren inte bedriver verksamhet på heltid reduceras årsersättningen och ersättningstaket i skälig omfattning. Bestämelsen hindrar dock inte läkaren att ge vård mot patientavgift.

En läkare som bedriver verksamhet mot ersättning enligt lagen får inte enligt 18 § ge vård mot högre arvode än vad som följer av lagen eller en verkställighetsföreskrift.

Läkare har som huvudregel enligt 22 § rätt att avkräva patienten en patientavgift. Enligt 23 § får den avgift som patientens skall erlägga tas ut med högst samma belopp som gäller för motsvarande vård inom landstinget. Om patienten för en viss tid har uppnått kostnadsbefrielse enligt 26 a § HSL är patienten enligt 24 § LOL under samma tid även befriad från att betala avgift enligt lagen.

FOL innehåller verkställighetsföreskrifter till lagen. I förordningen uppställs taxor med fastställda belopp för utförda behandlingar. I förordningstexten anges såväl normalarvode och reducerat normalarvode för olika specialiteter eller grupper av specialiteter. I bilaga 1 till förordningen finns en förteckning över de särskilt tids- och kostnadskrävande läkavårdsåtgärder som föranleder särskilt arvode.

12.1.2 Ersättning till sjukgymnaster enligt nationell taxa

Motsvarande regler om ersättning enligt nationell taxa som föreskrivs för enskilda läkare i LOL kan även utgå för enskilda sjukgymnaster enligt bestämmelser i LOS och FOS.

I LOS ges således bestämmelser om vissa ersättningar till sjukgymnaster i privat verksamhet i den öppna hälso- och sjukvården och om patientavgifter i samband därmed.

Sjukgymnastikersättning lämnas enligt 5 § endast till den sjukgymnast som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet och utgår enligt 7 § endast för sjukgymnastik som ges av en legitimerad sjukgymnast. Av punkt 2 i övergångsbestämmelserna till lagen (1994:1962) om ändring i LOS framgår emellertid att sjukgymnaster som den 1 januari 1995 var verksamma mot ersättning enligt LOS har rätt till fortsatt sådan ersättning även utan samverkansavtal enligt de nya föreskrifterna. Här avses således sjukgymnaster som varit antecknade på den allmänna försäkringskassans särskilda lista över privata sjukgymnaster med rätt till offentlig ersättning eller sjukgymnaster som påbörjade sin verksamhet under år 1994, dvs. under den tid sjukgymnaster "fritt" kunde driva sjukgymnastik med offentlig finansiering.

I likhet med vad som föreskrivs om rätt till läkarvårdsersättning utgår sjukgymnastikersättning enligt 8 § LOS endast till sjukgymnast som senast ett år efter det att verksamheten påbörjades bedriver privat sjukgymnastisk verksamhet på heltid. Sjukgymnastikersättning lämnas enligt 9 § inte till en sjukgymnast som är anställd i något landstings hälso- och sjukvård eller i ett bolag eller annan juridisk person inom hälso- och sjukvården som landstinget har ett rättsligt bestämmande inflytande i. Ersättning lämnas inte heller till en sjukgymnast som vid behandlingstillfället fyllt sextiofem år, om inte landstinget medger det.

Sjukgymnastikersättning för viss åtgärd skall enligt 15 § LOS lämnas med ett belopp som utgör skälig ersättning för sjukgymnastens arbete och kostnader. Ersättning betalas som normalarvode, enkelt arvode eller särskilt arvode. Normalarvode är enligt 16 § ett enhetligt arvode för den huvudsakliga delen av behandlingarna i verksamheten. Normalarvodet baseras på beräknade mottagningskostnader och årlig besöksvolym i sjukgymnastisk verksamhet. Enkelt arvode är ett lägre arvode för enklare undersökningar och behandlingar. Åtgärder som är särskilt tids- eller kostnadskrävande ersätts med ett högre, särskilt arvode.

Om det till en sjukgymnast eller vikarie i dennes verksamhet under ett kalenderår har lämnats sjukgymnastikersättning för åtgärder som ersätts med normalt eller enkelt arvode, med ett belopp som motsvarar ersättning för en full årsarbetstid, lämnas därefter enligt 17 § LOS i likhet

med 17 § LOL, ersättning med reducerade belopp. Reducerad ersättning lämnas högst med ett belopp som motsvarar en halv årsarbetstid (ersättningstak). Om en sjukgymnast inte bedriver verksamhet på heltid reduceras årsersättningen och ersättningstaket i skäligt omfattning. Bestämmelsen hindrar dock inte sjukgymnasten att ge sjukgymnastik mot patientavgift.

En sjukgymnast som bedriver verksamhet med ersättning enligt LOS får enligt 18 § inte ge sjukgymnastik mot högre arvode än vad som följer av lagen eller verkställighetsföreskrifter.

Enligt 22 § LOS får en sjukgymnast som får ersättning enligt lagen, ta ut patientavgift med högst samma belopp som en patient betalar för motsvarande sjukgymnastik hos landstinget. En patient är dock enligt 23 § befriad från att betala patientavgift enligt lagen om patienten för en viss tid har uppnått kostnadsbefrielse enligt 26 a § HSL.

I FOS meddelas verkställighetsföreskrifter till lagen. I förordningen fastställs normalarvode, reducerat arvode och särskilt arvode.

12.2 Nuvarande tillämpning av upphandlingsreglerna

Frågan om upphandlande enheters ingående av samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster skall föregås av ett anbudsförfarande enligt LOU har inte prövats av domstol eller av NOU. NOU har dock i promemoria bifogad till beslutet den 24 januari 1996 om upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med enskilda läkare skall föregås av ett anbudsförfarande, något berört denna fråga.

Under år 1998 fanns det, som redovisats i avsnitt 3.9 sammanlagt 1426 läkare och 1855 sjukgymnaster verksamma med finansiering enligt ersättningslagarna. Inte alla dessa vårdgivare hade samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen rörande sin verksamhet, eftersom en del av vårdgivarna ändå genom regleringar i övergångsbestämmelser, omfattas av ersättningslagarnas regler. Under år 1997 lämnade 1667 läkare och 2136 sjukgymnaster vård och behandling mot ersättning enligt ersättningslagarna. Nytecknandet av samverkansavtal är således i dag mycket begränsat och antalet personer som är verksamma enligt LOL och LOS blir färre för varje år. Utredningen har inte kunnat få fram några uppgifter om hur många av de verksamma läkarna eller sjukgymnasterna som tecknat samverkansavtal och hur många som omfattas av ersättningsreglerna på grund av övergångsbestämmelser. Merparten av verksamma läkare eller sjukgymnaster enligt ersättningslagarnas bestämmelser har dock inte, såvitt utredningen kunnat få fram tecknat

något samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen utan rätten till offentlig finansiering enligt lagarna bygger på särskilda övergångsbestämmelser.

I kapitel 7 redogör utredningen för den enkät som utredningen under hösten 1998 skickat till samtliga landsting. Totalt gjordes 25 utskick och svar på enkäterna kom in från 24 landsting. Separata enkäter och svar skickades till och inkom från f.d. landstinget i Västra Götaland, dvs. från f.d. Bohusläns landsting och f.d. landstingen i Älvsborg och Skaraborg samt Göteborgs stad. Svaren från det nya Skåne läns landsting har redovisats som en enhet. Uppgifterna från Malmö stad har dock redovisats för sig. Då det i fortsättningen anges landsting avses även Malmö stad, Göteborgs stad och Gotlands kommun. I enkäten ställde utredningen bl.a. frågor om hur många löpande samverkansavtal landstinget hade och hur många av dessa avtal som träffats under perioden den 1 juli 1997 till den 30 juni 1998. Utredningen ställde även frågor om samverkansavtalens avtalstid och om ingåendet av avtalen föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Tretton av de landsting som svarade på enkäten uppgav att de i vart fall har något löpande samverkansavtal med enskilda läkare eller sjukgymnaster. Enbart åtta av dessa landstingen angav att något av avtalen ingåtts under perioden den 1 juli 1997 till den 30 juni 1998. Under det aktuella halvåret tecknades i de åtta landstingen totalt 21 samverkansavtal med en enskild läkare eller sjukgymnaster. Enbart landstinget i Gävleborg uppgav att samverkansavtalen föregåtts av ett upphandlingsförfarande.

Enligt 9 § i LOL och i LOS lag lämnas inte ersättning till en vårdgivare som vid tillfället fyllt 65 år, om inte landstinget medger detta. I övrigt finns inte i lagarna någon reglering angående avtalstidens längd. Detta betyder således att avtalen även kan ingås för begränsad tid. Inte något av de landsting som svarade på utredningens enkät har emellertid uppgett att de ingått några samverkansavtal för viss tid.

I den utredningen, som antog namnet Partner 98, vars arbete redogörs för under avsnitt 6.3, föreslogs att man inom Stockholms läns landsting inte skulle teckna några nya samverkansavtal. I stället förespråkades att landstingets behov av privata vårdgivare, verksamma som specialister i öppen vård, skulle täckas genom tecknande av vårdavtal som föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Den utredningen ansåg att etableringar enligt ersättningslagarna vara otidsenliga. Sådana etableringar ger, påpekade den, en oinskränkt rätt för vårdgivarna att under återstoden av sitt verksamma liv arbeta med finansiering från landstinget. I stort sett endast mycket flagranta kvalitetsbrister kan leda till att landstingsfinansieringen upphör. En avtalssituation skall enligt Partner 98:s mening innebära ömsesidiga fördelar för parterna och ömsesidiga

risktagande. Det innebär också att de enskilda läkarna eller sjukgymnasterna med samverkansavtal, till skillnad från alla landstingsanställda och andra privata vårdgivare med ordinära avtal med landstinget - har en närmast hundra procentigt garanterad "anställning" fram till pensionsåldern. Det skall i detta sammanhang påpekas att den politiska ledningen inom Stockholms läns landsting har beslutat att lägga utredningens arbete till handlingarna.

I ett annat landsting har man till Utredningen om sjukvårdsupphandling uppgett att man vid behov av enskilda läkares och sjukgymnasters tjänster i huvudsak ingår samverkansavtal med vårdgivaren. Detta bl.a. för att inte behöva tillämpa reglerna om offentlig upphandling.

12.3 Utredningens bedömning

12.3.1 Nya samverkansavtal

Utredningens bedömning: Det föreligger inte någon upphandlingssituation då upphandlande enheter tecknar samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster.

Utredningens förslag: Av HSL skall framgå att LOU inte är tillämplig då landsting avser att träffa samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster. Vidare skall en definition av vad som avses med samverkansavtal tas in i HSL och några formella följdändringar göras i LOL och LOS.

Sverige har genom sitt medlemskap i EG förbundit sig att efterfölja gemenskapsrättens regler. En av EG:s viktigaste grundprinciper är reglerna om etableringsfrihet och rätten att fritt tillhandahålla tjänster. Europeiska rådet har fattat beslut om att förverkliga en inre gemensam marknad. En inre marknad är ett område utan inre gränser och med garanterad fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital.

De enda begränsningar som tillåts i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster framgår av artikel 45 och 46 i EG-fördraget. Artikel 45 tillåter begränsningar i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster vid verksamhet som, om endast tillfälligt, är förenat med utövande av offentlig makt.

Samverkansavtal innebär att parterna överenskommer om att vårdgivaren skall vara verksam enligt de nationella ersättningslagarna. Verksamheten är således offentligrättsligt reglerad. Avtalsinnehållet i samverkansavtalen, till skillnad från avtalsinnehållet i vårdavtalen, styrs

helt och hållet av de i lag och förordning fastställda ersättningsreglerna. Om parterna träffar andra överenskommelser än vad lagen föreskriver föreligger emellertid inte längre ett samverkansavtal mellan vårdgivaren och sjukvårdshuvudmannen, utan ett vårdavtal. Av 5 § tredje stycket i respektive ersättningslag framgår nämligen att "en läkare/sjukgymnast i privat verksamhet som ger vård/sjukgymnastik enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och läkaren/sjukgymnasten kommit överens om." Vårdavtal gäller då i stället för bestämmelserna i ersättningslagarna.

Ett samverkansavtal är således ett utflöde av en offentligrettslig reglering. Någon konkurrenssituation föreligger inte mellan de olika vårdgivarna, som kan tänkas i vårdavtalssituationen, eftersom de erbjuder samma ekonomiska villkor. Med hänsyn till avtalets offentligrettsliga karaktär föreligger, enligt utredningens uppfattning, inte någon upphandlingssituation vid sjukvårdshuvudmannens tecknande av samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster.

Utredningen har i avsnitt 11.3.2 pekat på det behov som finns av klarläggande och definitioner av de begrepp som kommer till användning vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster. Begreppet samverkansavtal finns i 5 § LOL och LOS. Inte i någondera lagen anges vad som avses med ett sådant avtal. Där stadgas endast att läkarvårdsersättning/sjukgymnastikersättning enligt respektive lag endast lämnas till den som har samverkansavtal rörande sin verksamhet. Enligt utredningens mening bör det därför i klarläggande syfte slås fast att med ett samverkansavtal avses ett avtal som landstinget träffar med enskild läkare/sjukgymnast om att vad som föreskrivs i LOL respektive LOS om den ersättning landstinget skall erlägga till vårdgivaren och om övriga villkor och grunder skall gälla för verksamheten.

I 5 § första stycket LOL och LOS bör en hänvisning göras till 3 § HSL beträffande vad som avses med ett samverkansavtal. Vidare har vård- och samverkansavtal enligt förslaget definierats i 3 § HSL. Det framgår därav att ett avtal inte är ett samverkansavtal om det går utöver vad som föreskrivs om ett sådant avtal i 3 § HSL. Om beaktansvärda skillnader föreligger, blir avtalet att betrakta som ett vårdavtal. Mot bakgrund härav finns inte skäl att behålla det ovan nämnda tredje stycket i 5 § LOL respektive LOS. Dessa styckena bör därför utgå.

12.3.2 Vårdavtal med läkare/sjukgymnast som har samverkansavtal

Utredningens bedömning: Det föreligger inte någon upphandlings-situation vid landstingens tecknande av vårdavtal med enskilda vård-givare som på grund av samverkansavtal eller på grund av särskilda övergångsbestämmelser omfattas av ersättningslagarnas bestämmelser. Detta gäller under förutsättning att vårdavtalets giltig-hetstid inte sträcker sig längre fram i tiden än samverkansavtalets gil-tighetstid.

Privatpraktiserande läkare och sjukgymnaster som redan ingår i taxe-systemet kan på grund av övergångsbestämmelser eller på grund av att vårdgivaren tecknat samverkansavtal med sjukvårdshuvudmannen erhålla ersättning för bedriven vård enligt ersättningslagarna. Om vård-givaren och sjukvårdshuvudmannen är överens om att vårdgivaren skall ge vård på andra villkor än de som föreskrivs i LOL respektive LOS och verkställighetsförordningar kan parterna i stället komma överens om detta i ett vårdavtal.

I den utredning som företogs under fjor året inom Stockholms läns-landsting, Partner 98, ansåg man att sjukvårdshuvudmannens tecknande av vårdavtal med vårdgivare som redan var verksamma mot offentlig finansiering skulle undantas från kravet på upphandling. Om sjukvårdshuvudmannen i denna situation skulle genomföra ett upphandlingsför-farande skulle kanske någon annan vårdgivare vinna upphandlingen. Den vårdgivare som landstinget tecknat samverkansavtal med kan då, trots att inte vårdavtalet skrivs med honom eller henne, fortsätta att ge vård med offentlig finansiering. Detta betyder således att sjukvårdshuvudman-nen kan få "dubbla" avtal om denne inte avbryter den pågående upphandlingen.

En läkare eller sjukgymnast som har samverkansavtal eller eljest är verksam med offentlig finansiering enligt ersättningslagarna omfattas redan av ersättningsbestämmelserna och har laglig rätt till offentlig finansiering för erlagd vård och behandling. Om parterna i stället önskar ingå vårdavtal föreligger inte enligt utredningens bedömning någon upphandlingssituation. Landstingen kan därför vända sig direkt till vårdgivare som redan har rätt till offentlig finansiering och teckna vårdavtal med dem. En förutsättning är dock att vårdavtalet träffas med den enskilde läkaren eller sjukgymnasten som landstinget tecknat sam-verkansavtal med. Landstinget kan inte utan ett föregående upphand-lingssförfarande träffa avtal med någon annan person än den som samver-

kansavtalet träffats med. Detta innebär exempelvis att vårdavtalet i denna situation inte utan ett föregående upphandlingsförfarande kan träffas med den enskilde vårdgivarens bolag, eftersom möjligheter att vara verksam enligt ersättningslagarna enbart ges till enskilda läkare och sjukgymnaster (jfr. yttrande från kanslichefen vid NOU 1998-11-03, 161/97-26 angående Stockholms sjukvårdsområdes vårdavtal med Smärtekliniken Kronan).

Ett samverkansavtal kan ingås för begränsad tid. Om en vårdgivare träffat en överenskommelse med sjukvårdshuvudmannen om ett tidsbegränsat samverkansavtal, kan inte sjukvårdshuvudmannens, utan att företa ett upphandlingsförfarande, teckna ett vårdavtal med den enskilde vårdgivaren med längre giltighetstid än det ursprungliga samverkansavtalet.

Utredningen har i kapitel 11 gjort bedömningen att sjukvårdshuvudmannens tecknande av vårdavtal med privata vårdgivare skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. Det enda tillfälle då upphandlade enheter kan frångå att företa ett upphandlingsförfarande är således då avtal tecknas med vårdgivare som redan erhåller offentlig finansiering för lämnad vård på grund av ett samverkansavtal med landstinget. Om landstingen skulle sätta i system att försöka kringgå upphandlingsreglerna genom att först teckna samverkansavtal med vårdgivaren för att sedan omedelbart i ett vårdavtal träffa andra överenskommelser, kan det dock uppfattas som om den upphandlande enheten försöker att undkomma upphandlingsreglerna och bedömningen av om tecknande av vårdavtal med redan taxanslutna vårdgivare kan då bli annorlunda än utredningens bedömning. Utredningen tror dock inte att ett sådant försök till kringgående av upphandlingsreglerna är ett stort problem. Om det över huvudtaget skulle uppkomma är det i så fall troligtvis av övergående karaktär till dess upphandlande enheter i större utsträckning fått rutin och erfarenhet av att genomföra en upphandling. Skulle det emellertid visa sig att övergången från samverkansavtal till vårdavtal i huvudsak används för att undkomma upphandlingsreglerna bör dock frågan enligt utredningens uppfattning övervägas på nytt.

13 Samverkansdelegationens lagförslag

13.1 Inledning

Utredningen skall enligt direktiven analysera om sjukvårdshuvudmannens tecknande av vårdavtal enligt en lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården som föreslagits i Samverkansdelegationens slutbetänkande (SOU 1997:179) Klara spelregler skall föregås av ett anbudsförfarande enligt LOU.

13.2 Föreslagen lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården

Samverkansdelegationen konstaterar i betänkandet att en förutsättning för att en positiv utveckling av alternativa driftformer skall komma till stånd är att sjukvårdshuvudmannens beställar- och finansieringsansvar tydligt separeras från den egna hälso- och sjukvården och arbetsgivaransvaret för denna verksamhet.

Delegationen anser att sjukvårdshuvudmannen har det yttersta ansvaret för att ange hur samspelet mellan olika vårdgivare och driftformer skall fungera, så att varje aktör finner sin roll i samspelet. Om politikerna anger tydliga spelregler och förväntningar på hur samverkan bör ske kommer vårdgivarna att organisera sin verksamhet efter detta. En utveckling med tydliga roller och en välfungerande samverkan bör enligt delegationen stimuleras på olika sätt. En sådan utveckling leder, uttalas det i betänkandet, till mångfald och ett effektivare utnyttjande av resurserna.

Genom vårdavtalet kan enligt delegationen tydliga rättigheter och skyldigheter preciseras. På samma sätt som sjukvårdshuvudmannen måste beakta kravet på långsiktighet och tydliga spelregler för producenterna, oberoende av om dessa är offentliga eller privata, måste producenterna respektera sjukvårdshuvudmännens ansvar för kostnadsutvecklingen och att de som yttersta företrädare för medborgarna har ansvaret

för att tillgängliga resurser med fastställda kvalitetskriterier utnyttjas så effektivt som möjligt.

I betänkandet betonas vikten av att skapa en väl avvägd balans mellan konkurrens och samverkan. Konkurrensen inom hälso- och sjukvården innebär att olika vårdgivare konkurrerar om ett kontrakt om offentlig finansiering. Ofta handlar det om konkurrens om en marknad snarare än konkurrens på en marknad. Det måste vara möjligt att kombinera olika former av områdesansvar med en ökad valfrihet för patienten. Marknadslösningar får inte enligt delegationen medföra att lägsta pris tillåts vara den enda utslagsgivande faktorn. Inte minst de kvalitativa aspekterna måste beaktas.

Det är inte, enligt delegationens uppfattning, ändamålsenligt med den uppdelning på vårdavtal och samverkansavtal som nu föreligger. Den har skapat mer förvirring än klarhet. Inte minst har den tolkning som NOU gjort beträffande tillämpningen av LOU bidragit till detta. I betänkandet konstateras att de vårdavtal som dittills (december 1997) träffats huvudsakligen har skett med enskilda vårdgivare som tidigare varit anslutna till den nationella taxan. Därmed har frågan om offentlig upphandling inte varit aktuell i någon större omfattning. Det stora problemet med gällande regelsystem är att ytterst få enskilda vårdgivare vågar träffa tidsbegränsade vårdavtal utan någon garanti till förlängning. Detta innebär att det inte sker något nytillskott av enskilda vårdgivare. Delegationen såg det därför som ytterst angeläget att finna en lösning på hur återväxten av enskilda vårdgivare skulle kunna garanteras. Långsiktiga vårdavtal och möjligheterna att överlåta en etablering är därvid enligt delegationen av avgörande betydelse.

Dagens nationella system med ett ersättningssystem som fastställs av regeringen har enligt delegationen bidragit till att de vårdgivare som omfattas av detta fått en stark ställning. Men det har också bidragit till att konservera en situation där andra vårdgivare inte har samma möjligheter att bedriva verksamhet i alternativa driftformer. Det är uppenbart att exempelvis sjuksköterskor, psykologer och psykoterapeuter inte har samma möjlighet att träffa vårdavtal. Delegationen anser att det är viktigt att även andra vårdgivaregrupper än läkare och sjukgymnaster ges möjlighet att bedriva verksamhet som enskild vårdgivare med finansiering av landstinget. Detta är viktigt för såväl vårdgivare som patienter. Att på nationell nivå markera att sjuksköterskor kan bedriva verksamhet som egna företagare inom exempelvis mödrahälsovård, barnhälsovård och distriktssköteskevård och att psykoterapeuter med annan utbildningsbakgrund ges samma villkor som läkarutbildade psykoterapeuter kan också, med hänsyn till hur könsfördelningen ser ut inom dessa vårdgivarekategorier, betraktas som en jämställdhetsfråga. Med hänsyn till det ställningstagande som regering och riksdag redovisat

när det gäller ersättning och övriga villkor för de privata vårdgivarna, är det dock, enligt delegationens uppfattning, inte en framkomlig väg att föreslå nationella ersättningssystem som fastställs och beslutas av regering och riksdag för de aktuella vårdgivaregrupperna. I betänkandet föreslås därför en lösning som innebär att alla legitimerade vårdgivaregrupper, dvs. inte bara specialistläkare och sjukgymnaster, skall omfattas av samma grundläggande villkor. Förslaget innebär att nu gällande detaljerade ersättningslagstiftning rörande villkoren för läkare och sjukgymnaster med samverkansavtal med landstinget, dvs. LOL och LOS upphävs och ersätts med en lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården. Beslut om taxornas utformning och ersättningsnivåerna skall överlåtas till berörda parter att komma överens om. Motivet till förslaget till en lag gällande för alla legitimerade yrkesutövare är att hälso- och sjukvården är en nationell angelägenhet. Därför bör de grundläggande förutsättningarna för de privata vårdgivarna vara lika i hela landet.

I den föreslagna lagen anges i första hand vilka vårdgivare som avses och vilka krav som ställs för att dessa skall kunna omfattas av lagen. Denna innehåller bestämmelser om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom den öppna hälso- och sjukvården. Med vårdavtal avses enligt 5 § i lagförslaget avtal mellan en legitimerad yrkesutövare och ett landsting om etablering för att meddela hälso- och sjukvård finansierad av landstinget samt ett avtal om vårdersättning för sådan verksamhet. Enligt 8 § kan landstinget ingå vårdavtal med en yrkesutövare med legitimation som barnmorska, kiropraktor, logoped, läkare, naprapat, psykolog, psykoterapeut, sjukgymnast eller sjuksköterska. För vårdavtal med läkare krävs att denne har specialistkompetens eller är läkare med kompetens som allmänpraktiserande läkare (Europaläkare) och bedriver mottagningsverksamhet inom sin specialitet eller motsvarande i öppen vård för enskilda patienter.

Om landstinget avser att ingå ett vårdavtal för viss hälso- och sjukvårdsverksamhet skall landstinget enligt förslaget 9 § ledigförklara ifrågavarande rätt till etablering. Det föreslås att vårdavtalet som avser själva etableringstillståndet skall gälla till vidare. Rätten att överlåta en etablering fastställs i den föreslagna lagen. Sakliga skäl skall föreligga för att sjukvårdshuvudmannen skall kunna säga upp avtalet eller motsätta sig att etableringen överlåts till en annan vårdgivare. Vårdavtal som innebär att en vårdgivare ersätts av en annan vårdgivare skall föregås av ett samråd mellan landstinget och den vårdgivare som skall ersättas angående valet av ersättare. Vårdgivarens synpunkter skall därvid tillmätas väsentlig betydelse.

De frågor som är att betrakta som en nationell angelägenhet måste lagregleras och regering och riksdag skall ge till känna vikten av nationella riktlinjer vad avser ersättningsystemen. Det föreslås att ersättningsnivåerna skall förhandlas mellan företrädare för landstingen och de privata vårdgivarna. Huvudansvaret kommer därvid att ligga på de enskilda sjukvårdshuvudmännen att komma överens om i vilka frågor som de centrala företrädarna bör utarbeta riktlinjer eller mera detaljerade förslag. Delegationen var i betänkandet övertygad om att såväl sjukvårdshuvudmännen som de enskilda vårdgivarna genom sina företrädare kommer att efterlysa nationella riktlinjer i ett antal frågor, exempelvis vissa av de frågor som i dag regleras i ersättningslagarna och då framförallt vad gäller ersättningsystemen och ersättningsnivåerna. Inget hindrar dock Landstingsförbundet att på samma sätt som hittills komma överens med vårdgivarnas centrala företrädare om ersättningsystem alternativt ersättningsmodeller som kan tjäna som stöd och vägledning för sjukvårdshuvudmännen och vårdgivarna i de enskilda avtalsförhandlingarna. Med hänsyn till förslagets konstruktion talar enligt delegationen, övervägande skäl för att LOU inte är tillämplig vid sjukvårdshuvudmannens tecknande av avtal enligt den föreslagna lagen med enskilda yrkesutövare.

Delegationen ansåg vidare att det krävs särskilda stimulansåtgärder för att uppnå en önskvärd nivå av privat bedriven vård inom rimlig tid. Mot den bakgrunden föreslogs i betänkandet att det skulle träffas en överenskommelse mellan regeringen och Landstingsförbundet om att 25 procent av all öppenvård inom respektive landsting och vårdgivarekategori bör bedrivas av personliga etableringar enligt vårdavtal eller bli föremål för upphandling för att stimulera till uppkomsten av alternativa driftformer. Delegationen betonar dock att det är sjukvårdshuvudmannen själv som avgör omfattningen mellan enskilda vårdgivare och entreprenadlösningar där den landstingsdrivna verksamheten kan vara en bland flera anbudsgivare. Det krävs dock långsiktiga spelregler för att andelen privata vårdgivare inte bara skall kunna bibehållas utan också öka i omfattning.

13.3 Utredningens bedömning

Utredningens bedömning: Upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med privata utförare enligt den av Samverkansdelegationen föreslagna lagen om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och kraven i EG-direktiven.

Tjänsterna är enligt bilagor till såväl tjänstedirektivet som LOU uppdelade i s.k. A-tjänster och B-tjänster. Reglerna för upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena är mer omfattande än de regler som gäller vid upphandling av B-tjänster.

Bland B-tjänsterna finns bl.a. hälso- och sjukvård och socialtjänster. Att upphandlingen av B-tjänster inte är lika utförligt reglerat inom gemensakapsrätten som upphandlingen av A-tjänster innebär att medlemsstaterna fritt, med iakttagande av de begränsningar som följer EG-rätten, kan reglera upphandlingsformen av B-tjänster, både över som under tröskelvärdena. I svensk rätt regleras i 6 kap. LOU bl.a. upphandling av B-tjänster både över och under tröskelvärdena. Upphandlande enheters anskaffningar av sådana tjänster skall enligt 6 kap. 2 § LOU göras genom förenklad upphandling.

Även om direktiven inte är styrande för upphandling av B-tjänster gäller dock EG:s grundläggande regler i Europafördraget, särskilt reglerna som skall garantera fri rörlighet för varor, tjänster och kapital. Vidare gäller EG-domstolens etablerade grundprinciper om likabehandling, förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och förbud mot diskriminering. Ledningen för tolkningen av begreppen får hämtas från domstolens avgöranden över tröskelvärdena.

I kapitel 10 gör utredningen bedömningen att det generellt inte går att undanta B-tjänster *över* tröskelvärdena från direktivens och därmed LOU:s tillämpning eftersom B-tjänsterna omfattas av rättsmedelsdirektivet. Vidare gäller kravet på efterannonsering och iakttagande av europeiska specifikationer (standarder).

Den enda begränsningen som tillåts i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster framgår av artiklarna 45 och 46 i EG-fördraget. Artikel 45 tillåter begränsningar i etableringsfriheten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster vid verksamhet, som om endast tillfälligt, är förenat med utövande av offentlig makt. En medlemsstat ägnar sig åt utövande av offentlig makt då denna stiftar lagar. Enligt artikel 46 skall bestämmelserna i kapitlet och åtgärder som vidtas med

stöd av dessa inte hindra tillämpningen av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

Utredningen har i kapitel 11 funnit att upphandlande enheters ingående av vårdavtal med enskilda vårdgivare såväl enskilda läkare och sjukgymnaster som med enskilda andra vårdgivare skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU. I kapitel 12 gör utredningen bedömningen att det inte föreligger någon upphandlingssituation, med hänsyn till avtalets offentlighetsrättsliga karaktär, när upphandlande enheter ingår samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster.

Anledningen till den skilda bedömningen för dessa båda avtalstyper är att samverkansavtalen, till skillnad från vårdavtalen helt och hållet är ett utflöde av en offentlighetsrättslig reglering. Samverkansavtalen innebär att parterna kommer överens om att den enskilde läkaren eller sjukgymnasten skall vara verksam enligt de nationella ersättningslagarna. Vårdgivarna erbjuder vid tecknande av avtalet samma ekonomiska villkor och någon konkurrenssituation om mest utbyte för pengarna föreligger inte.

Samverkansdelegationens lagförslag innehåller visserligen vissa grundläggande förutsättningar för möjligheterna att vara verksam som privatpraktiserande vårdgivare med offentlig finansiering. Lagen ger dock ett utrymme för parterna att fritt komma överens om avtalsinnehållet. Några ersättningsbestämmelser finns exempelvis inte. Tecknande av ett vårdavtal enligt den föreslagna lagen kan enligt utredningens uppfattning därför inte ses som ett utflöde av en offentlighetsrättslig reglering. Detta innebär att en upphandlingssituation alltså föreligger, eftersom det föreligger konkurrens om mest utbyte för pengarna.

Eftersom EG-rätten reglerar de offentliga upphandlingarna *över* vissa i upphandlingsdirektiven angivna tröskelvärden, står det varje medlemsstat fritt att inom de begränsningar som följer av gemenskapsrätten, reglera på vilket sätt offentliga upphandlingar *under* tröskelvärdena skall ske. Det finns därför en möjlighet att undanta landstingens förvärv av de tjänster som avses i den föreslagna lagen om tjänsternas värde understiger tröskelvärdet från ett upphandlingsförfarande. Utredningen har emellertid i avsnitt 11.3.5 gjort den bedömningen att detta inte är lämpligt eftersom det torde uppkomma avsevärda problem då regelverket blir mer komplicerat på grund av att olika regler införs för upphandlingar över och under tröskelvärdet.

14 Tandvård, företagshälsovård och telemedicin

14.1 Inledning

Utredningen skall enligt sina tilläggsdirektiv utreda om LOU är tillämplig vid landstingens köp av tandvårdstjänster från privata tandläkare och vid landstings och kommuners köp av företagshälsovårdstjänster från privata enheter. Socialdepartementet har till utredningen överlämnat en skrivelse från Landstingsförbundet angående telemedicin. I detta kapitel behandlas därför frågan om upphandlande enheters köp av tandvårdstjänster, företagshälsovårdstjänster och telemedicinska tjänster skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

14.2 Tandvård

I proposition 1997/98:112 *om reformerat tandvårdsstöd* anges grunderna för ersättningssystemet för *vuxentandvården* (tandvårdsförsäkringen) som gäller från och med den 1 januari 1999. I propositionen gör regeringen bedömningen att det i första hand är angeläget att prioritera en sådan inriktning på försäkringen som ger hela befolkningen möjlighet att förbättra sin tandhälsa så att tandvårdsbehovet på sikt kan minska och därmed även den enskildes och samhällets kostnader. Utöver detta har regeringen framhållit att det är angeläget att prioritera ett särskilt ekonomiskt stöd till vissa grupper äldre, sjuka och funktionshindrade och även prioritera patienter med höga behandlingskostnader, om kostnadsramen medger detta.

Propositionen innebär att regeringen förordar följande principiella utformning av ett nytt ersättningssystem i angiven prioritetsordning.

- Äldre, sjuka och funktionshindrade med kommunal omsorg inkl. hem-sjukvård skall bli föremål för uppsökande verksamhet och bedömning av sin tandhälsa samt vid behov få nödvändig tandvård till en låg kostnad.
- Personer som behöver tandvård som led i en sjukdomsbehandling under en begränsad tid skall få denna tandvård enligt samma avgiftsregler som gäller för den öppna hälso- och sjukvården.

- Personer som till följd av långvarig/kronisk sjukdom eller funktionshinder behöver mer tandvård än vad som i övrigt är normalt, skall inte ha ökade kostnader för denna tandvård.
- Alla vuxna skall få möjlighet till regelbundna undersökningar, förebyggande åtgärder och övrig hälsobefrämjande tandvård samt viss infektions- och inflammationsbehandling till en överkomlig kostnad (bastandvård).
- Personer med stora tandvårdsbehov skall få ett ekonomiskt stöd för höga behandlingkostnader.

14.2.1 Bastandvård

I propositionen 1997/98:112 sid. 38 f. om ett reformerat tandvårdsstöd uttalas att tandvårdsförsäkringen skall inriktas på att ge alla vuxna ett ekonomiskt stöd för den dagliga hälsobefrämjande tandvården, s.k. bastandvård. Samhällets stöd till vuxentandvård bör uttalades det vidare främst syfta till en bättre tandhälsa bland befolkningen så att vårdbehovet och därmed kostnaderna för enskilda och samhället på sikt minskar. Med bastandvård avses enligt 7 § förordning (1998:1337) om tandvårdstaxa sådana åtgärder som finns upptagna under avdelning A i tandvårdstaxan. Bastandvård kan ges inom såväl allmäntandvård som specialisttandvård.

Ersättning till vårdgivare för tandvård lämnas enligt 2 kap. 3 § AFL om vården ges vid en folktandvårdsklinik, en odontologisk fakultet eller annars genom det allmännas försorg. Ersättning till vårdgivaren lämnas också om vården ges hos en enskild näringsidkare, ett bolag eller en annan juridisk person under förutsättning att vårdgivaren är uppförd på en förteckning som upprättats av den allmänna försäkringskassan. För att bli uppförd på en sådan förteckning skall vårdgivaren enligt bestämmelsens andra stycke antingen själv vara legitimerad tandläkare eller legitimerad tandhygienist eller ha tillgång till en eller flera legitimerade tandläkare eller tandhygienister. Vidare krävs att vårdgivaren har F-skattedel. Ersättningen lämnas enligt de grunder som anges i förordning om tandvårdstaxa och utgår endast om tandvården utförts av en legitimerad tandläkare eller tandhygienist som inte har fyllt 65 år. Ersättning lämnas inte för tandvård åt en försäkrad som fyller högst 19 år under det år vården ges. Om avgiftsfri tandvård för sådan försäkrad föreskrivs i TVL.

En vårdgivare som avser att ge tandvård i enskild verksamhet mot ersättning enligt AFL skall enligt 2 kap. 3 a § AFL skriftligen anmäla detta till den allmänna försäkringskassan inom vars område verksamheten skall bedrivas. Om vårdgivaren uppfyller de krav som avses i

2 kap. 3 § AFL skall försäkringskassan föra upp denne på förteckningen. Om vårdgivaren avser att upphöra med verksamheten eller flytta denna till en annan försäkringskassas område skall även detta enligt 2 kap. 3 b § AFL anmälas till försäkringskassan senast tre månader i förväg. En vårdgivare som har upphört att ge tandvård i enskild verksamhet, som har flyttat sin verksamhet från försäkringskassans område eller som inte längre uppfyller de krav som gäller för att få vara uppförd på förteckningen, skall föras av från denna genom beslut från försäkringskassan. Detsamma gäller om vårdgivaren inte har påbörjat sin verksamhet senast sex månader efter det att anmälan gjordes enligt 2 kap. 3 a § AFL.

Det framgår i ovan nämnda proposition 1997/98:112 sid. 20 om ett reformerat tandvårdsstöd att statsfinanserna under 1990-talet gjort det nödvändigt att reducera ersättningsnivåerna i tandvårdsförsäkringen, vilket lett till införandet av en självrisk som medfört att en allt mindre andel av befolkningen fått ett ekonomiskt stöd för sina tandvårdsbehandlingar. Tandvårdsförsäkringen har allt mer kommit att inriktas på att ge stöd till dyrbara behandlingar till en mindre del av befolkningen. Detta har enligt propositionen inneburit att tandvårdsförsäkringens ursprungliga syfte att göra tandvård tillgänglig för alla till en överkomlig kostnad i stort sett har frångåtts. För att uppfylla de krav på utgiftsminskningar som ställs på tandvårdsförsäkringen liksom på andra områden inom socialförsäkringen har enligt regeringen enkla tekniska lösningar, såsom sänkta ersättningsnivåer och införande av självrisk fått ske i avvaktan på en mer permanent förändring av försäkringen.

Sedan tandvårdsförsäkringen infördes år 1974 har regeringen i tandvårdstaxan fastställt de högsta arvoden som en vårdgivare får debitera. I propositionen prop. 1997/98:112 sid. 23 f. uttalade regeringen att taxan med högsta priser i stort sett varit normerande för vårdgivarna. Regeringen ansåg att det fanns goda skäl att avskaffa prisregleringen och uttalade därvid att det visserligen finns en risk för att avregleringen inledningsvis leder till en generell prishöjning. Emellertid gjorde regeringen bedömningen att förutsättningarna för att avskaffa prisregleringen utan att en prishöjning sker var mycket goda vid den tidpunkt då propositionen lades fram. Denna bedömningen grundades på flera faktorer. En sådan faktor var att det finns ett betydande överskott på tandläkare, vilket bör innebära att konkurrensen om patienterna är stor. En annan faktor var att efterfrågan på tandvård är begränsad hos många personer till följd av små ekonomiska resurser. I propositionen uttalade regeringen vidare att man utgick från att Konkurrensverket, Konsumentverket och Riksförsäkringsverket noga följer utvecklingen av den slopade prisregleringen och fortlöpande informerar regeringen om effekterna

härav. Ett avskaffande av prisregleringen för vuxentandvården innebär enligt propositionen sid. 24 att det inte längre är möjligt att behålla konstruktionen med försäkringsersättning som en procentuell andel av behandlingsarvodet. Vid en fri prissättning av arvoden måste taxan enligt regeringen omarbetas på det sättet att för varje åtgärd i taxan anges försäkringsersättning med ett fast krontalsbelopp. Stödet för bastandvården innebär att tandvårdsersättningen lämnas för all tandvård med undantag för i huvudsak undersökningar och protetiska åtgärder med fasta krontalsbelopp per utförd åtgärd enligt förordningen om tandvårdstaxa.

Av 4 § i förordningen om tandvårdstaxa framgår att försäkringskassan lämnar tandvårdsersättning för åtgärder som utförts hos vårdgivaren. Sådan ersättning lämnas till vårdgivaren med ett grundbelopp som bestäms för varje åtgärd eller för bastandvårdsabonnemang. Grundbeloppets storlek framgår av bilaga till förordningen.

Enligt 4 § TVL får vårdgivaren ta ut ersättning från patienten för undersökning och behandling. Ersättningen skall vara skälig med hänsyn till behandlingens art, omfattning och utförande samt omständigheterna i övrigt. Innan en undersökning eller viss behandling påbörjas skall vårdgivaren upplysa patienten om kostnaden för åtgärden. Om en följd av behandlingar behövs skall vårdgivaren upplysa patienten om de beräknade sammanlagda kostnaderna för behandlingarna. Om förutsättningarna för behandlingsförslaget eller kostnadsberäkningen ändras skall patienten upplysas om detta och om anledningen till ändringen.

Särskilda bestämmelser om patientavgift gäller dock för patientgrupper med behov av särskilda tandvårdsinsatser och patientgrupper med behov av särskilt stöd. Här avses behandling som vid sidan av allmän- och specialisttandvård kräver särskild odontologisk och annan kunskap för att tillgodose behovet hos patienter med funktionshinder och vissa sjukdomar. Det kan även avse patienter som kan ha svårt att efterfråga den tandvård de behöver exempelvis äldre, funktionshindrade inom långtidssjukvård eller olika former av särskilt anpassat boende. Av 15 a § tredje stycket TVL följer att vid tandvård för dessa patientgrupper samt vid undersökning för och utförande av oralkirurgisk behandling, som kräver ett sjukhus tekniska och medicinska resurser och som inte ersätts till någon del enligt AFL, gäller bestämmelserna om vårdavgifter i den öppna vården enligt HSL. Patienten har enligt 15 a § fjärde stycket TVL rätt att välja om sådan tandbehandling skall utföras av folktandvården eller av en enskild näringsidkare, ett bolag eller en annan juridisk person som är uppförd på förteckning hos den allmänna försäkringskassan.

Regelbunden och fullständig tandvård för barn och ungdomar skall enligt 15 a § första stycket TVL vara avgiftsfri till och med det år då patienten fyller nitton år.

14.2.2 Uppsökande verksamhet och nödvändig tandvård för äldre, funktionshindrade och personer med särskilt behov av tandvård

Personer som bor i särskilda boendeformer för service och omvårdnad samt personer som bor i egen bostad och har så stora behov av vård eller omsorg att dessa personer kan jämföras med boende på sjukhem eller motsvarande skall genom uppsökande verksamhet erbjudas en kostnadsfri munvårdsbedömning, individuell rådgivning och instruktion om daglig munvård. För behandlingsinsatser som därefter kan bli nödvändiga skall patienten betala en avgift som tillämpas inom den öppna hälso- och sjukvården. Sjukvårdshuvudmännen skall i samråd med kommunerna svara för finansieringen av verksamheten och få ersättning från staten. De grupper av patienter som närmast bör kunna komma i fråga för stödet är somatiskt eller psykiskt långtidssjuka, äldre personer som behöver särskild service och omvårdnad, yngre personer med funktionshinder som har motsvarande behov, personer som har hemsjukvård, personer som omfattas av LSS samt personer som i övrigt har sådana behov av vård, omsorg och service att de inte själva kan söka tandvård.

Såväl folktandvården som privata tandläkare skall kunna utföra den uppsökande verksamheten. I propositionen om ett reformerat tandvårdsstöd (sid. 30 f.) uttalade regeringen att den förutsätter att landstingen själva kommer att konkurransutsätta verksamheten. Detta kan ske efter ett sedvanligt upphandlingsförfarande. För att hålla samman ansvaret för den uppsökande verksamheten och därefter nödvändig tandvård torde det enligt regeringens mening vara lämpligt att det för varje boendeenhet, hemtjänstområde eller liknande finns ett avtal eller en överenskommelse med en vårdgivare. Skulle den enskilde inte godta ett erbjudande om nödvändig tandvård enligt denna stödmodell står det denne fritt att vända sig till annan vårdgivare.

Personer i behov av tandvård som ett led i en sjukdomsbehandling

I propositionen om ett reformerat tandvårdsstöd uttalades vidare att för tandvårdsinsatser som behövs som ett led i en sjukdomsbehandling under en begränsad tid skall bestämmelserna om vårdavgifter i HSL gälla.

Detta skall under vissa förutsättningar gälla även tandvårdsbehandling för extremt tandvårdsrädda personer och vid utbyte av tandfyllningar som ett led i en medicinsk rehabilitering.

14.2.3 Barn- och ungdomstandvård

Landstingens tandvård dvs. folktandvården, skall enligt 7 § TVL svara för regelbunden och fullständig tandvård för barn och ungdomar t.o.m. det år de fyller 19 år. Barn- och ungdomstandvården omfattas således inte av försäkringens bestämmelser och är avgiftsfri. Enligt 5 § TVL ges landstingen möjlighet att anlita annan vårdgivare än folktandvården för att utföra denna tandvård. En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av bestämmelsen överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

14.3 Företagshälsovård

Regeringen har under våren 1999 (prop. 1998/99:120 *angående företagshälsovård*) behandlat regler som förtydligar arbetsgivarens ansvar att tillhandahålla företagshälsovård. Regeringen önskade även renodla företagshälsovården och tydliggöra samverkan mellan företagshälsovården och den offentligt finansierade sjukvården.

Av 3 kap. 2 b § arbetsmiljölagen (1997:1160; AML) framgår en skyldighet för arbetsgivaren att anordna den företagshälsovård som arbetsförhållandena kräver. Med företagshälsovård avses en oberoende expertresurs inom områdena arbetsmiljö och rehabilitering. Företagshälsovården skall särskilt arbeta för att förebygga och undanröja hälsorisker på arbetsplatser samt ha kompetens att identifiera och beskriva sambanden mellan arbetsmiljö, organisation, produktion och hälsa.

Det uttalas i ovan nämnda proposition att offentliga resurser ämnade att ersätta hälso- och sjukvård enligt de nationella taxorna inte skall användas för att subventionera företagshälsovården. I 9 § andra stycket i LOL respektive LOS har därför införts bestämmelser som innebär att läkarvårdsersättning och sjukgymnastikersättning inte lämnas till en läkare eller sjukgymnast som är verksam inom företagshälsovården. Avsikten med de föreslagna förändringarna i lagarna angavs inte vara att helt avskilja sjukvården från företagshälsovården. Enligt regeringens mening innebär företagshälsovården i sig fokusering på arbetsrelaterad ohälsa, yrkesrelaterade sjukdomar och arbetslivsinriktad rehabilitering. Det förutsätts därför personal med sjukvårdskompetens och att viss sjukvård bedrivs. Regeringen anser dock inte att det skall finnas möjlig-

het för företagshälsovårdsenheter att kunna erbjuda offentlig finansiering utan att företagshälsovårdsenheten och sjukvårdshuvudmannen träffat avtal om detta. I de fall sjukvården inom företagshälsovård skall bedrivas med offentlig finansiering skall detta enligt regeringens mening regleras genom vårdavtal mellan landstinget och företagshälsovårdsenheten. För att göra övergången smidig för vårdgivare och verksamma inom olika företagshälsovårdsenheter anser regeringen i propositionen att det måste finnas vissa övergångsregler. Det är enligt regeringens uppfattning viktigt att berörda parter ges tid att teckna vårdavtal om olika typer av tjänster och åtaganden, eller om detta inte är möjligt att anpassa sig till nya förhållanden. Ändringarna i LOL och LOS träder därför i kraft den 1 januari 2000. Läkare och sjukgymnaster som är verksamma inom företagshälsovården och som uppbär läkarvårds- respektive sjukgymnastikersättning har dock enligt övergångsbestämmelser rätt till fortsatt sådan ersättning enligt äldre regler fram till utgången av år 2003. I propositionen (sid. 31) understryker regeringen att sjukvårdshuvudmännen i fråga om avtal för hälso- och sjukvårdstjänster även bör välja att träffa avtal med företagshälsovårdsenheter om andra typer av åtaganden än läkarvård och sjukgymnastisk behandling. I sammanhanget erinrar även regeringen om att frågan utreds om upphandlingsreglerna är tillämpliga vid upphandlande enheters köp av företagshälsovård från privata företagshälsovårdsenheter.

14.4 Telemedicin

Hälso- och sjukvårdens utvecklingsinstitut (Spri) har i rapporten Sprinternet 5 gjort en kartläggning av telemedicinsk tillämpning under år 1998 i de sex sjukvårdsregionerna i Sverige. Med telemedicin avses i rapporten medicinsk kommunikation via telemedia. Telemedicin är ett samlingsbegrepp för all typ av överföring av medicinsk information och omfattar ett stort antal användningsområden såväl vad gäller sättet att överföra information och informationens innehåll som vilka personer som skall kommunicera med varandra. Vid användningen av telemedicinska tjänster brukas datorer och videoteknik. Informationen går oftast över telenätet. Det är alltid minst två personer som på distans utbyter information med hjälp av ljud och bilder. Det kan röra sig om specialistkonsultationer, t.ex. en läkare på hjärtintensiven bedömer EKG som överförs från en ambulans. Ett annat exempel är en hjärtspecialist som på distans "styr" en ultraljudsundersökning av ett nyfött barn med hjärtfel. Även videokonferenser förekommer där vårdpersonalen använder tekniken vid ronder och vårdplanering. Telemedicin utnyttjas även i utbildningssyfte. Vilka personer eller grupper av personer som

kommunicerar med varandra varierar beroende på syftet med informationsöverföringen. Exempelvis kan primärvårdsläkare och patient meddela sig med sjukhusspecialist, patient med sjuksköterska, flera specialister inom olika medicinska specialiteter med varandra, ambulanspersonal med sjukhusläkare, föreläsare med elever etc. Naturligtvis kan expertkunskapen via telemedicin även hämtas från en privat verksam vårdgivare.

Innehållet i informationen är knutet till syftet med överföringen och till den aktuella medicinska specialiteten. Informationen kan exempelvis innefatta frågeställningar om diagnos och behandling, stöd från specialist vid olika ingrepp, diskussioner om fortsatt vård, administrativ planering eller föreläsningar. Beroende på den medicinska specialiteten kan informationen till exempel överföras i form av röntgenbilder, bilder på EKG-kurvor och patologiska preparat eller rörliga bilder med hjälp av endoskopi. Syftet med att införa telemedicin kan vara att uppnå en mer effektiv användning av expertkunskap eller att utjämna olikheter i tillgång på hälso- och sjukvård mellan olika geografiska delar av landet. Med telemedicin kan expertkunskap på ett helt nytt sätt föras ut till primärvård och kommun. Metoden förväntas också ge nya möjligheter till organisatoriska och strukturella förändringar exempelvis inom jourverksamhet, rondverksamhet och vård i hemmet. Telemedicin kan vidare betraktas som ett verktyg för ett ökat samarbete mellan olika vårdnivåer med syfte att förbättra kontinuitet i vårdkedjan sett ur patientens perspektiv.

Den undersökning som Spri genomfört och som redovisas i den tidigare nämnda rapporten har visat att telemedicin används inom alla sjukvårdsregioner i landet. Nästan 75 procent av landets sjukhus använder någon form av telemedicin i sin verksamhet. I mer än hälften av de tillämpningar som beskrivs i rapporten används telemedicin vid konsultation, exempelvis vid råd eller provsvar från sjukhusspecialist. Andra områden där telemedicin tillämpas allt mer är ambulanssjukvård och rondverksamhet. I dag är det främst mellan läns- respektive länsdelssjukhus och regionalsjukhus som den telemedicinska aktiviteten pågår.

Anledningen till den telemedicinska användningen är främst en förhoppning om en bättre tillgång till specialistkompetens och en mer effektiv användning av en kompetens som är ojämnt spridd över landet. Det finns även en förhoppning om att telemedicin skall leda till kortare processer och färre resor för patienten. Telemedicin innebär även en ökad samverkan mellan olika vårdnivåer vilket man hoppas skall kunna ge effektivitetsvinster och kompetensökningar. Flera av de i Sprirapporten tillfrågade sjukhusdirektörerna har också sagt sig uppleva effekter av telemedicinen exempelvis i form av bättre och säkrare diagnoser och beslut.

14.5 Utredningens bedömning

Utredningens bedömning: Sjukvårdshuvudmannens köp av tandvårdstjänster, hälso- och sjukvårdstjänster hos företagshälsovårdsenheter och telemedicinska tjänster från annan vårdgivare skall ske genom vårdavtal och föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU och kraven i EG-direktiven.

Utredningens förslag: Av TVL skall framgå att avtal som avser vård skall slutas i form av vårdavtal som sägs i 3 § HSL.

Vad som i detta avsnitt sägs om tandvård avser inte vuxentandvården eftersom tandläkare och tandhygiensiter kan erbjuda tandvård och uppbära försäkringsersättning för lämnad vård utan att avtal härom träffats med landstinget. En vårdgivare som avser att ge tandvård i enskild verksamhet mot ersättning enligt AFL har enbart att skriftligen anmäla detta till försäkringskassan inom vars område verksamheten skall bedrivas (2 kap. 3 a § AFL). I stället avses här enbart sådan tandvård som ges till särskilda patientgrupper och tandvård till barn- och ungdomar.

De i kapitlet aktuella tjänsterna är s.k. hälso- och sjukvårdstjänster eller B-tjänster enligt tjänstedirektivet och LOU. Det finns inte någon nationell reglering om möjligheterna för privata vårdgivare inom områdena att vara verksamma med offentlig finansiering för utförda tjänster motsvarande de ersättningslagar som gäller för enskilda läkare och sjukgymnaster med samverkansavtal.

Sverige har genom sitt medlemskap i EU förbundit sig att efterfölja unionens rättsakter. EG-fördraget saknar speciella regler som rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det ett flertal grundläggande principer som är tillämpliga även vid offentlig upphandling. Dessa principer, dvs. solidaritets-, icke-diskriminering-, proportionalitetsprinciperna och principerna om öppenhet, transparens och om ömsesidigt erkännande skall således iakttas. Dessa principer behandlas i kapitel 8 och 10.

Europeiska rådet har fattat beslut om nödvändigheten att förverkliga en inre gemensam marknad. Den inre gemensamma marknaden är ett område utan inre gränser med garanterad fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Särskilda bestämmelser om offentlig upphandling i form av direktiv har visat sig behövliga för att skapa en verklig öppen marknad vid offentlig upphandling och därmed minska de inhemska företagens konkurrensfördelar i förhållande till företag i andra medlemsländer. Grunden för all offentlig upphandling är att den skall ske affärsmässigt och i konkurrens. Medlemsstaterna har därför enats om gemensamma regler på varuområdet och på området för byggnads-

och anläggningsarbeten samt tjänster för inhämtande och urval av anbud samt om motivering av beslut varigenom anbud antas respektive förkastas. Direktiven är direktverkande efter utgången av tiden för genomförande i nationell rätt. Tanken är att direktiven skall komplettera fördragsreglerna och samordna medlemsstaternas upphandlingsregler. Varje medlemsstat kan emellertid införa nationella regler. EG:s direktiv tar enbart sikte på större upphandlingar. Detta framgår av direktiven genom att dessa förklaras tillämpliga först när upphandlingen överstiger vissa angivna tröskelvärden. För att göra en offentlig konkurrensutsatt marknad möjlig har det i s.k. rättsmedelsdirektivet införts regler för hur kontrollen och insynen i upphandlingsförfarandena skall gå till.

Sverige förpliktade sig genom EES-avtalet att införa regler motsvarande EG:s regler om offentlig upphandling. Som en följd härav trädde LOU i kraft den 1 januari 1994. LOU är ett tvingande regelverk som skall följas av alla upphandlande enheter. Lagstiftningen är till stor del att se som ett regelverk som beskriver hur en offentlig upphandling skall gå till. För en upphandlande enhet är det normalt inte nödvändigt att närmare studera EG-direktiven. Avsikten med LOU är att lagen skall ha samma innehåll som dessa direktiv. Ansvaret för att så är fallet ligger på svenska staten och inte på den upphandlande enheten.

Hälso- och sjukvårdstjänster är s.k. B-tjänster. Upphandling av sådana tjänster skall enligt 6 kap. 2 § LOU göras genom förenklad upphandling. Upphandlingen av B-tjänster är inte lika utförligt reglerade som upphandlingen av A-tjänster. Detta innebär att medlemsstaterna kan, med iakttagande av de begränsningar som i övrigt gäller inom EG-rätten fritt reglera upphandlingsformen för anskaffning av B-tjänster både över och under tröskelvärdena. Även om upphandlingar av B-tjänster i mindre grad än A-tjänster omfattas av EG-direktiven har direktiven stor betydelse för hur regelverket i 6 kap. LOU skall tolkas, eftersom kraven på europeiska specifikationer (standarder) gäller. Med hänsyn härtill och till vad som i övrigt framgår av avsnitt 10 finner utredningen att inte generellt går att undanta upphandlande enheters upphandlingar av B-tjänster *över* tröskelvärdena från LOU:s tillämpning. Det kan enligt utredningens uppfattning inte heller rekommenderas, med hänsyn till betydande tillämpningssvårigheter, att upphandlande enheters anskaffningar av B-tjänster *under* tröskelvärdet undantas från ett upphandlingsförfarande.

Ur upphandlingssynvinkel är det främst två huvudsituationer som är intressanta. Den ena situationen är att det är fråga om en behandling, där en viss del av behandlingen utförs genom ett remissliknande förfarande. I de fall detta behov av resurser är klart förutsebara råder det ur upphandlingssynpunkt inte någon skillnad vid en anskaffning av dessa tjänster och andra hälso- och sjukvårdstjänster. Denna situation faller

således in under upphandlingsreglerna. I den andra situationen uppkommer behovet exempelvis av telemedicinsk behandling eller behandling lämnad av hälso- och sjukvårdspersonal vid företagshälsovårdsenheter på grund av oförutsedda händelser, t.ex. akuta sjukdomstillstånd. Även i en sådan situation skall upphandling göras. Den upphandling det då blir fråga om är direktupphandling.

Utredningen anser att det i TVL i klargörande syfte bör anges att ett avtal som avser vård skall slutas i form av vårdavtal som sägs i 3 § HSL.

15 Upphandlande enheters köp av tjänster från hel- och delägda företag och från andra upphandlande enheter

15.1 Inledning

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har till regeringen framfört önskemål om lagändringar som gör det möjligt för kommuner att utvidga samverkan mellan huvudmännen på vård- och omsorgsområdet. Sammanläggningsdelegerades arbetsutskott i Skåne och Kommunförbundet i Skåne har dessutom hos regeringen begärt en lagändring som innebär att en kommun efter överenskommelse med landstinget skall få möjlighet att svara för driften av primärvården.

Regeringen gav i proposition om *Nationell handlingsplan för äldrepolitiken* (prop. 1997/98:113) uttryck för att de lagliga förutsättningarna för samverkan inom vårdområdet mellan landsting och kommuner bör förstärkas. Regeringen förklarade i propositionen att man har för avsikt att skyndsamt se över frågan och återkomma med erforderliga förslag till lagändringar för att underlätta samverkan. I anledning härav har regeringen tillkallat en särskild utredare med uppgift att beskriva och analysera de problem som finns i dag vid samverkan mellan landstingens hälso- och sjukvård och kommunernas vård och omsorg på områden där det finns behov och intressen av att samverka. Den utredaren skall vidare lämna förslag till lösningar som förbättrar möjligheterna till samverkan mellan kommuner och landsting på dessa områden (dir. 1999:42).

Förslaget om lagändringar som tas upp i de tidigare nämnda inlagorna till regeringen innebär att ett landsting och en kommun efter överenskommelse skall kunna bedriva verksamhet åt varandra på entreprenad. Detta inrymmer enligt regeringen en rad aspekter som måste analyseras. En viktig aspekt är om LOU är tillämplig i en sådan situation. Regeringen har därför i tilläggsdirektiv lämnat i uppgift åt Utredningen om sjukvårdsupphandling att, med beaktande av gemenskapsrätten, utreda om LOU är tillämplig vid överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner. I detta kapitel behandlar utredningen upphandlande enheters

möjligheter att genomföra köp från hel- och delägda företag och från andra upphandlande enheter utan ett föregående upphandlingsförfarande.

I avsnitt 15.2 beskrivs landstings och kommuners möjligheter att driva verksamhet genom bolag.

I avsnitt 15.3 redogör utredningen för ett avgörande från EG-domstolen angående frågan om upphandlande enheters köp från egna och andra upphandlande enheters bolag skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt upphandlingsdirektiven. I avsnittet redogörs även för regleringen i vissa andra EES-länder av kommuners och landstings köp från egna bolag.

I avsnitt 15.4 lämnar utredningen sin bedömning i frågan om LOU är tillämplig vid upphandlande enheters köp från helägda bolag.

I avsnitt 15.5 redogörs för upphandlande enheters köp från delägda kommunala företag, från andra upphandlande enheter eller sådana enheters bolag samt från gemensamma nämnder och kommunalförbund.

15.2 Landstings och kommuners möjligheter att driva verksamhet genom bolag

15.2.1 Inledning

I 8 kap. 5 § RF föreskrivs att grunderna för kommunernas och landstingens organisation och verksamhetsformer skall bestämmas genom lag. I 2 kap. KommL finns bestämmelser om landstings och kommuners allmänna kompetens. I 2 kap. 1 § KommL regleras de grundläggande bestämmelserna om kommunernas och landstingens allmänna kompetens. I bestämmelsen föreskrivs följande. ”Kommuner och landsting får själv ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas endast av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.”

I 2 kap. 7 § KommL regleras kommunernas och landstingens kompetens vad gäller näringsverksamhet. I bestämmelsen föreskrivs att ”kommuner och landsting får bedriva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.”

15.2.2 Kommunala bolag m.m.

Regler om att driva kommunal eller landstingskommunal verksamhet genom privaträttsliga rättssubjekt finns i 3 kap. 16-19 §§ KommL. I 3 kap. 16 § föreskrivs kommuners och landstings möjlighet att utnyttja privata organisationsformer. I bestämmelsen första stycke framgår att ”kommuner och landsting får efter beslut av fullmäktige lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en stiftelse eller en enskild individ.”

I 3 kap. 17 § anges villkoren för de *helägda* privaträttsliga organ som en kommun eller ett landsting har bildat. Enligt bestämmelsen skall fullmäktige innan en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget innehar samtliga aktier,

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,
2. utse samtliga styrelseledamöter och minst en revisor,
3. se till att fullmäktige får yttra sig innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.

Detsamma gäller, när kommunen eller landstinget, ensam bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Att bestämmelsen endast reglerar formerna för aktiebolag och stiftelser beror på att dessa former är de enda som kan vara *helägda* respektive ha en enda stiftare. Övriga organisationsformer som nämns i 3 kap. 16 § kräver flera delägare. Av förarbetena till 3 kap. 17 § framgår att det inte får finnas någon annan intressent över huvud taget än kommunen i företaget hur litet ett andelsintresse än må vara (prop. 1990/91:117, om *en ny kommunallag*, sid. 161).

I 3 kap. 18 § KommL anges de villkor som gäller för ett av kommunen eller landstinget *delägt* privaträttsligt organ. I bestämmelsens första och andra stycke anges följande. ”Innan vården av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan, skall fullmäktige se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 17 § i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.

Det samma gäller om kommunen eller landstinget tillsammans med någon annan bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.”

Någon lägsta nivå för kommunens ägarandel eller delaktighet i den privaträttsliga organisationen som sägs i 3 kap. 18 § KommL finns inte föreskrivet i lagtexten. I kommentaren till ifrågavarande paragraf anser författarna att det kan ifrågasättas om det rör sig om överlämnande av en kommunal angelägenhet i den meningen att en kommunal

angelägenhet lämnas över till ett annat rättssubjekt. De anser att en mer adekvat term skulle vara "samverkan" med andra intressenter (Den nya kommunallagen av Paulsson, m.fl. sid. 153).

I 3 kap. 19 § KommL regleras de villkor som gäller för de privaträttsliga organ som ägs av *annan* än kommunen eller landstinget. Bestämmelsen lyder "Innan en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till någon annan än som avses i 17 § skall fullmäktige se till att kommunen respektive landstinget tillförsäkras en möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten."

Bestämmelsen tillkom med anledning av strävandena att i högre grad än tidigare utsätta den kommunala verksamheten för konkurrens. I samband därmed ansågs det till en början vara oklart vilket ansvar kommunerna eller landstingen hade för verksamhet som utfördes av externa producenter på uppdrag av kommunen eller landstinget (prop. 1993/94:188, *Lokal demokrati*, sid. 40 f.). Av förarbetena till bestämmelsen framgår att regeln i 3 kap. 16 § KommL visserligen tillkommit för att reglera förutsättningar för att lägga ut verksamheten på kommunala företag, men att regeln getts en sådan utformning att den allmänt reglerar förutsättningarna för att kommunerna och landstingen skall lämna över förvaltningsuppgifter till privaträttsliga subjekt, t.ex. genom avtal om entreprenaddrift (prop. 1993/94:188, sid. 38 f.). En förutsättning för att en nämnd skall kunna fullgöra sitt ansvar för verksamheten i dessa fall är att den har möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten (prop. 1993/94:188, sid. 41).

Det finns inte några bestämmelser i KommL som rör offentlig upphandling. Reglerna om sådan upphandling framgår i nationell rätt i Sverige av LOU. För upphandlingar som omfattas av LOU gäller även lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LiU).

15.3 EG-domstolens avgörande och regleringen i andra EES-länder

EG-domstolen har den 18 november 1999 meddelat dom i mål C- 107/98 Teckal Srl och Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia och då behandlat frågan om upphandlande enheters köp från egna och andra upphandlande enheters bolag skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt direktiven om offentlig upphandling.

I målet har EG-domstolen enligt artikel 234 EG (tidigare artikel 177 i EG-fördraget) meddelat ett förhandsavgörande avseende en fråga om

tolkningen av artikel 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Frågan uppkom i samband med en tvist mellan å ena sidan Teckal Srl (nedan Teckal) och å andra sidan Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia (nedan AGAC) angående kommunens tilldelning av uppdraget att handha uppvärmningen av vissa kommunala byggnader.

I artikel 22.1 i den italienska lagen nr 142 av den 18 juni 1990 om organisationen av det lokala självstyret (GURI nr 135 av den 12 juni 1990) föreskrivs att kommunerna skall tillhandahålla offentliga tjänster som varuproduktion och sådan verksamhet som syftar till att tillgodose sociala syften och att främja den ekonomiska och sociala utvecklingen på lokal nivå. Enligt artikel 22.3 i lag nr 142/90 kan kommunerna tillhandahålla dessa tjänster, via koncession till tredje man, genom att anlita särskilda företag, institutioner utan affärsintresse eller aktiebolag som till större delen ägs av offentliga lokala intressen. Enligt artikel 25 i lagen kan kommunerna och provinserna, i syfte att gemensamt förvalta en eller flera verksamhetsgrenar, bilda en sammanslutning i enlighet med föreskrifterna om speciella företag. I detta syfte skall varje kommunstyrelse, med absolut majoritet, godkänna ett avtal samtidigt med stadgarna för sammanslutningen. Sammanslutningens församling utgörs av företrädare för de deltagande enheterna, genom borgmästaren, ordföranden eller deras befullmäktigade ombud. Församlingen utser styrelse och godkänner de i stadgarna föreskrivna stiftelsehandlingarna.

AGAC är en sammanslutning som bildats av flera kommuner, däribland Vianos kommun för förvaltning av verksamhetsgrenarna energi och miljö i den mening som avses i artikel 25 i lag nr 142/90. Enligt artikel 1 i dess stadgar är den en juridisk person med självständig förvaltning. I artikel 3.1 i stadgarna föreskrivs att syftet med sammanslutningen är att den skall vara direkt ansvarig för att handha förvaltningen av vissa särskilt angivna grenar av den offentliga förvaltningen däribland "gas för enskilt bruk och produktion, värme för enskilt bruk och produktion och därmed förenad och accessorisk verksamhet". Enligt artikel 12 och 13 i stadgarna skall de viktigaste förvaltningshandlingarna såsom upprättande av bokslut och budget godkännas av AGAC:s församling som utgörs av företrädarna för kommunerna. De andra styrelseorganet är rådet, ordföranden för rådet och generaldirektören. Dessa ansvarar inte för sin förvaltning inför kommunerna. De fysiska personer som är medlemmar inför dessa organ skall inte inneha några poster i de deltagande kommunerna. Enligt artikel 25 i stadgarna skall AGAC iaktta balans i budgeten och ha en lönsam verksamhet. Med tillämpning av artikel 27 i stadgarna skall kommunerna tillskjuta medel eller tillgångar till AGAC som skall betala årlig ränta till desamma. I

artikel 28 i stadgarna föreskrivs att den vinst som eventuellt uppkommer under räkenskapsåret skall fördelas mellan de deltagande kommunerna, behållas av AGAC för att öka reservfonden eller återinvesteras i AGAC:s andra verksamheter. Enligt artikel 29 i stadgarna skall för det fall att förlust uppkommer, saneringen av den ekonomiska situationen framför allt säkerställas genom att de deltagande kommunerna inbetalar nytt kapital.

Genom beslut den 27 maj 1997 anförtrodde kommunstyrelsen i Viano handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader åt AGAC. Beslutet föregicks inte av något som helst anbudsförfarande. AGAC fick genom beslutet i uppgift att ansvara för driften och underhållet av värmeanläggningar för de berörda kommunala byggnaderna, inklusive nödvändiga underhållsarbeten, samt leverans av bränsle. AGAC:s ersättning fastställdes till 122 miljoner italienska lire för perioden den 1 juli 1997 till den 31 maj 1998. Av detta belopp utgjorde värdet av leveransen av bränsle 86 miljoner och kostnaden för driften och underhållet av anläggningarna 36 miljoner.

Teckal som är ett privaträttsligt företag som är verksam inom uppvärmningsbranschen väckte vid den italienska domstolen talan och gjorde gällande att Vianos kommun borde ha använt sig av ett förfarande för offentlig upphandling som föreskrivs i gemenskapsrätten.

Den hänskjutande domstolen ställde frågan vilket av direktiven 92/50 och 93/36 som är tillämpligt. Domstolen ansåg att tröskelvärdena för tillämpning på 200 000 ECU som fastställts i båda direktiven i vart fall hade överskridits. Med hänsyn till den blandade karaktären av det uppdrag som AGAC har tilldelats, vilket dels består i att tillhandahålla olika tjänster dels i att leverera bränsle ansåg den hänskjutande domstolen att det inte kan uteslutas att artikel 6 i direktiv 92/50 är tillämpligt.

I målet uttalade EG-domstolen att de gemenskapsrättsliga föreskrifterna inom området för offentlig upphandling är tillämpliga i det fallet då en statlig, regional, eller lokal myndighet anförtrot leveranser av produkter och tillhandahållandet av tjänster till en sammanslutning som den själv tillhör.

Domstolen uttalade därvid att ”av beslut om hänskjutande framgår att Vianos kommun genom en särskild rättshandling har anförtrott AGAC såväl att tillhandahålla vissa tjänster som att leverera vissa produkter. Det är även otvistigt att produkternas värde är högre än tjänsternas värde ” (punkt 37). Därpå konstaterade domstolen att det motsatsvis av artikel 2 i direktiv 92/50 följer att om ett offentligt kontrakt är avsett att omfatta såväl varor enligt definitionen i direktiv 93/36 som tjänster enligt definitionen i direktiv 92/50, skall bestämmelserna i direktiv 93/36 tillämpas om värdet av de varor som omfattas av kon-

traktet är högre än värdet av tjänsterna. Domstolen uttalade därpå att för att kunna ge den nationella domstolen som begärt förhandsavgörandet ett användbart svar kan EG-domstolen behöva ta hänsyn till gemenskapsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin begäran. Därav följer enligt domstolen att det finns skäl att tolka föreskrifterna i direktiv 93/36 och inte artikel 6 i direktiv 92/50.

Domstolen uttalade vidare (punkt 46) att Vianos kommun i egenskap av lokal myndighet är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera om förhållandet mellan den lokala myndigheten och AGAC även uppfyller de andra villkor som föreskrivs i direktiv för att utgöra ett offentligt varuupphandlingskontrakt. Så är enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 fallet om det är fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor om bl.a. köp av produkter.

I målet var ostidigt att AGAC levererat bränsle till Vianos kommun till ett visst pris. Den nationella domstolen skall då enligt EG-domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer. I detta avseende uttalade domstolen att det enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 i princip är tillräckligt att avtalet har slutits mellan å ena sidan en lokal myndighet och å andra sidan en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten samtidigt utövar en kontroll över den aktuella juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle någonting annat enligt EG-domstolen kunna gälla (jfr. punkt 50). Tolkningsfrågan skall således enligt domstolen besvaras med att direktiv 93/36 är tillämpligt när en upphandlande myndighet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor med leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet och oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.

Närliggande frågeställningar har även berörts i mål C-360/96 (Arnhem) REG 1998 s. 1-6821. Domstolens avgörande redogörs för i detta betänkande i avsnitt 5.7.2.

De EES-länder som NOU:s kansli varit i kontakt med (Belgien, Danmark, Finland, Frankrike, Norge och Storbritannien) har inte reglerat kommuners och landstings köp från sina egna företag vare sig i lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt.

Den danska "Klagenævnet for Udbud" har i ett avgörande ansett att kommuner inte behöver upphandla om de köper från sina egna kommunala bolag, i vart fall inte så länge inte kommunerna har ett bestämmande inflytande över bolagen. Avgörandet berörde Odense

kommun, som överlåtitt vissa kommunala uppgifter, avfallshantering och vattenförsörjning, till två av kommunen helägda aktiebolag. Klaganden ifrågasatte rätten att, utan upphandling enligt EG:s regler om offentlig upphandling, dels bilda och att överföra alla aktier till bolagen, dels ge bolagen rätt att förestå hanteringen av avfall och vattenförsörjning. Kommunen åberopade bl.a. beträffande avfallshanteringen artikel 6 i tjänstedirektivet som anger undantag från köp av tjänst från annan upphandlande enhet som grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten (motsvarar 5 kap. 2 § LOU) och beträffande vattenförsörjningsverksamheten artikel 13 i försörjningsdirektivet som under vissa förutsättningar anger undantag för s.k. anknutna företag (motsvaras av 4 kap. 4 a § LOU). Klagenævnet grundade emellertid inte uttryckligen sitt beslut på dessa två direktivartiklar utan gjorde en samlad bedömning och nämnde särskilt det förhållandet att kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen. Klagenævnet fastslog att själva bolagsbildningen inte krävde upphandling. Vad beträffar kommunens beslut att utan upphandling ingå avtal med de två bolagen och att överlåta uppgifterna på dessa, ansåg Klagenævnet att det utgjorde en divisionering av kommunens samlade tillgångar som inte var att jämföras med tjänsteupphandling, i vart fall så länge kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen. Klaganden har efter Klagenavnets uttalande väckt talan i allmän domstol. Saken kommer alltså att tas upp till ny prövning vilket enligt Konkurrencestyrelsen i Danmark innebär att man än så länge bör vara mycket försiktig med att lägga alltför stor vikt vid Klagenavnets uttalanden.

Norge förfaller enligt NOU vara det enda land som skriftligen behandlat frågan under vilka förutsättningar ett helägt kommunalt bolag kan betraktas som en del av förvaltningen. Närings- och Handelsdepartementet i Norge har uttalat sig i en fråga angående tjänstedirektivets tillämplighet avseende tilldelning av kontrakt till ett kommunalt helägt (försäkrings-) bolag. Departementet ansåg att bolaget ifråga kunde betraktas som en del av förvaltningen eftersom syftet med inrättandet endast var att förse kommunen med tjänster och de tjänster bolaget i sin tur behövde anskaffa för sin verksamhet upphandlades enligt tjänstedirektivet. Departementet ansåg att kommunen kunde utnyttja bolagets tjänster utan föregående upphandling enligt tjänstedirektivet förutsatt att bolaget bibehåller sin icke kommersiella karaktär.

15.4 Utredningens bedömning

Utredningens bedömning: LOU är tillämplig vid landstings och kommuners köp av tjänster från helägda egna bolag.

Varken LOU eller upphandlingsdirektiven är tillämpliga vid anskaffning av tjänster internt inom kommunen eller landstinget. När en enhet inom kommunen eller landstinget utför verksamhet på uppdrag av någon annan inom samma kommun eller landsting behöver uppdraget inte föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU eller direktiven. En enhet inom kommunen eller landstinget tillhör samma juridiska person som kommunen eller landstinget. En enhet inom kommunen eller landstinget är därför inte att betrakta som en leverantör i LOU:s eller direktivens mening. Något avtal i juridisk mening kan inte ingås mellan enheter inom en och samma kommun eller inom ett och samma landsting.

LOU torde inte heller vara tillämplig vid konkurrensutsättning av verksamhet i egen regi då den upphandlande enheten förkastar alla externa anbud och i stället godtar ett internt anbud. Ur juridisk synvinkel innebär det att ett upphandlingsförfarande avbryts utan att någon upphandling kommer till stånd.

LOU är inte heller tillämplig när kommuner och landsting köper tjänster från en enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Frågan om köp från egna företag bör besvaras med utgångspunkt i definitionerna i LOU. Av definitionen av ett upphandlingskontrakt följer att en överenskommelse som träffas mellan två i juridiskt avseende fristående parter utgör ett upphandlingskontrakt. Därav följer vidare att den upphandlande enheten som väljer att bygga upp sin verksamhet genom bolagisering därmed åstadkommit en situation som innebär att en anskaffning från dessa enheter måste föregås av en upphandling.

Varken i upphandlingsdirektiven eller i LOU lämnas utrymme för något sådan undantag.

EG-kommissionen har emellertid givit ut Guide to the Community Rules on Public Procurement och har angivit att den inte är lagligt bindande. Kommissionen har uttryckt den åsikten att upphandling inte behöver göras om en fristående helägd juridisk person uteslutande levererar till den upphandlande enheten. Denna fristående juridiska person skulle i den situationen kunna betraktas som en del av förvaltningen. Den uppfattningen som nu refereras har också refererats av NOU i dess redovisning till regeringen av ett utredningsuppdrag.

Utredningen kan lätt inse att en sådan lösning som handledningen ger uttryck för medför vissa praktiska fördelar. Utredningen kan emellertid inte ställa sig bakom den tolkning av EG-direktiven som gjort i handledningen. Det förefaller på nuvarande utredningsnivå som om rättsläget snarare är det motsatta. Genom definitionen av upphandlingskontrakt framgår att det skall vara fråga om två avtalskontrahenter som var för sig ingår ett avtal med bindande verkan. Av den svenska civilrätten följer som en nödvändig konsekvens av en bolagisering att en i civilrättsligt hänseende fristående juridisk person uppkommit. Det finns f.n. inte utrymme för bedömningen att denna juridiska persons överenskommelser med sin "ägare" skall tillmäts ett annat civilrättsligt värde än ett sedvanligt avtal enligt avtalsrättsliga regler. Utredningen har därför inte anledning att utgå från annat än att sådana anskaffningar skall upphandlas.

15.5 Landstings och kommuners köp av tjänster från delägda kommunala företag och från andra upphandlande enheter m.m.

15.5.1 Inledning

Behovet av samverkan mellan olika vårdgivare har uppmärksammats i flera sammanhang. I anledning härav har under 1990-talet stora huvudmannaskapsreformer genomförts. Uppföljning av ädel-, handikapp- och psykiatrireformerna har emellertid enligt regeringen visat att det finns stora behov av förbättrad samverkan mellan huvudmännen. I propositionen *Nationell handlingsplan för äldrepolitiken* (prop. 1997/98:113) konstaterade regeringen att det är angeläget att de möjligheter till samverkan som finns i dag till fullo utnyttjas eftersom de vård- och omsorgsbehövande ofta har behov av insatser från både landstingens hälso- och sjukvård och kommunernas vård och omsorg. Brister i samverkan mellan huvudmännen leder till brister i kvaliteten, ökade kostnader samt försämrad kontinuitet i samhällets insatser och därmed otrygghet för berörda.

Socialstyrelsen har därför fått regeringens uppdrag att följa upp den nationella handlingsplanen bl.a. med avseende på hur samverkan mellan kommuner och landsting utvecklas. Mycket talar dock enligt regeringen för att det i vissa fall finns rättsliga hinder för att skapa önskvärd samverkan kring vård- och omsorgsfrågorna. I nämnda proposition konstaterades bl.a. att möjligheterna att samverka i en gemensam nämnd

har begränsningar. Regeringen uttalade därför sin avsikt att skyndsamt bereda frågan och återkomma med erforderliga förslag till lagändringar.

15.5.2 Gemensamma nämnder och kommunalförbund

HSL reglerar landstingens och kommunernas hälso- och sjukvårdsansvar. Landstinget skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Landstingets ansvar omfattar dock inte sådan hälso- och sjukvård som en kommun inom landstinget har ansvaret för. Hit hör hälso- och sjukvård – utom läkarinsatser – för personer i särskilda boende enligt 20 § andra stycket och 21 § tredje stycket SoL samt i dagverksamheter.

SoL reglerar kommunens ansvar för insatser för äldre, funktionshindrade, barn och unga samt missbrukare. Socialnämnden skall svara för omsorg och service, upplysningar, råd, stöd och vård. Nämnden skall också ansvara för ekonomisk hjälp och bistånd för familjer och enskilda.

Kommuner och landsting kan fr.o.m. den 1 januari 1997 samverka genom en *gemensam nämnd* (prop. 1996/97:105, *kommunal samverkan*, Bet. 1996/97:Ku20, SFS 1997:50). Bestämmelsen om gemensam nämnd återfinns i 3 kap. 3 a och 4 §§ KommL. I motiven till bestämmelserna uttalas vikten av att kommuner och landsting har tillgång till enkla och smidiga former för samverkan och att en gemensam nämnd ger dem en ny möjlighet att samarbeta inte bara över de geografiska gränserna utan även över huvudmannagränserna. En av utgångspunkterna för regleringen av samverkan i gemensam nämnd bör enligt regeringen vara att kommuner och landsting skall ha en möjlighet att under så stor frihet som möjligt välja enkla och ändamålsenliga lösningar (prop. 1996/97:105 sid. 37). En sådan nämnd kan inrättas för vilken kommunal angelägenhet som helst, bortsett från civilförsvaret. En förutsättning är dock att verksamheten är kompetensrelaterad för de samverkande parterna. Nämnden tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår enligt 3 kap. 3 a § i denna kommuns eller detta landstings organisation. Uppgifter som lämnas över till nämnden måste vara gemensamma för de samverkande kommunerna och landstinget. En gemensam nämnd är inte en egen juridisk person utan skall formellt tillsättas av och ingå i en av de samverkande kommunernas eller landstingens organisation. Nämnden skall svara för samma uppgifter som en inomkommunal nämnd. Uppgifterna skall dock vara gemensamma för de samverkande kommunerna och landstingen.

Lagen (1995:1285) om försöksverksamhet med gemensam nämnd för flera landsting ger enligt 1 § två eller flera landsting möjlighet att tillsätta en gemensam nämnd för att fullgöra den ledning av hälso- och

sjukvården som anges i 10 § HSL. Enligt 4 § i försökslagen beslutar regeringen på de samverkande landstingens gemensamma ansökan om deltagande i försöksverksamheten.

Lagen är tidsbegränsad och gäller fram till den 1 januari 2001. I proposition om kommunal samverkan (prop. 1996/97:105 sid. 61) uttalade regeringen att det finns anledning att överväga om försökslagstiftningen skall fortsätta att gälla. Vidare angavs att regeringen endast fattat ett beslut om försök med gemensam nämnd. Det gäller landstinget i f.d. Kristianstads län och landstinget i f.d. Malmöhus län och avser en gemensam nämnd för sjukvårdsdistrikten Ystad - Simrishamn. Med anledning av sammanslagningen av de båda länen till ett län, Skåne län, har försöksverksamheten med sjukvård upphört där den 1 januari 1999.

Försökslagen och bestämmelserna i 3 kap. KommL om gemensam nämnd innehåller vissa olikheter bl.a. vad avser valbarhet och överklagandebestämmelser. Regeringen ansåg dock i nämnda proposition att det inte uppkommer några allvarigare olägenheter med att låta försökslagen fortsätta gälla. Det finns ingen anledning för landsting att bedriva samverkan enligt försökslagen när sedan bestämmelserna i 3 kap. KommL trätt i kraft.

KommL har även ändrats för att underlätta samverkan genom att möjligheterna till *kommunalförbund* utvidgats. I 3 kap. 20 - 28 §§ KommL finns bestämmelser om kommunalförbund. Kommuner och landsting får bilda kommunalförbund och lämna över vården av kommunala angelägenheter till sådana förbund. Ett kommunalförbund har kommunalrättslig kompetens att hantera alla typer av kommunala frågor, även verksamheter som åligger kommuner och landsting var för sig. Ett kommunalförbund har exklusiv kommunalrättslig kompetens att sköta den eller de uppgifter som lagts över dit. Förbundet är en i förhållande till sina medlemmar fristående juridisk person.

15.5.3 Kommunal primärvård

Frågan om ett kommunalt övertagande av primärvården har förts fram i olika sammanhang. Enligt lagen (1991:1163) om försöksverksamhet med kommunal primärvård får en kommun erbjuda primärvård om kommunen eller landstinget är överens om det och Socialstyrelsen lämnat sitt tillstånd. Av lagen framgår att sådan primärvård som en kommun har ansvar för enligt försökslagen inte omfattas av landstingens ansvar enligt HSL. Således övergår huvudmannskapet för primärvården till kommunen under försöksperioden. Lagen var tidsbegränsad till utgången av år 1998, men försöksperioden har förlängts såväl enligt förslag i propositionen om patientens ställning

(prop. 1997/98:189) till utgången av år 1999 som enligt förslag i budgetpropositionen prop. 1999/2000:1, till utgången av år 2001.

Verksamheten bestod ursprungligen av sju försöksområden. Av dessa bedriver fortfarande tre försöksverksamhet, nämligen Helsingborg, Katrineholm och Sigtuna.

Enligt 1 kap 2 § KommL omfattar varje landsting ett län, om inte annat är föreskrivet. Den 1 januari 1997 lades Kristianstads och Malmöhus län samman till Skåne län. Göteborgs och Bohus län, Älvsborg och Skaraborgslän utom Habo och Mullsjö kommuner lades den 1 januari 1998 samman till Västra Götalands län. De ändrade länsindelningarna fick till följd en motsvarande sammanläggning av landstingen. Därmed ingår Malmö och Göteborgs kommuner i landstingen. Förändringen trädde i kraft den 1 januari 1999. Med anledning av förslag i den ovan nämnda propositionen om patientens ställning gavs Malmö och Göteborgs kommuner övergångsvis möjligheter att efter överenskommelse med respektive landsting svara för driften av primärvården.

15.5.4 Pågående utredningsarbete

Regeringen har i dir. 1999:42 angående kommuners och landstings möjligheter att samverka kring vård och omsorg uttalat att utvecklingen inom den svenska hälso- och sjukvården och omsorgen varit snabb och ställt stora krav på anpassning för såväl patienter som personal. Flera av 1990-talets reformer inom vård- och omsorgsområdet och lokala strukturförändringar bygger på samverkan mellan huvudmännen för vård och omsorg. Detta gäller även insatser för barn och ungdomar samt missbrukare. Det är därför enligt regeringen viktigt att det finns väl fungerande organisatoriska, politiska och administrativa möjligheter för huvudmännen att samverka i dessa frågor.

Mot denna bakgrund har regeringen gett en särskild utredare i uppdrag att förbättra förutsättningarna för sådan samverkan. Syftet är att förbättra kvaliteten och servicen i förhållande till den enskilde vårdgivaren och/eller omsorgstagaren och att samtidigt uppnå en ökad effektivitet i verksamheternas resursanvändning. Utredarens förslag skall utgå från dagens system och inte innebära några stora förändringar av huvudmannskapet. Utredaren skall bl.a. beskriva och analysera de problem som finns i dag vid samverkan mellan landstingens hälso- och sjukvård och kommunernas vård och omsorg på områden där det finns behov och intresse av att samverka. Utredaren skall också lämna förslag till lösningar som förbättrar förutsättningar till samverkan mellan huvudmännen. Uppdraget bör enligt givna direktiv omfatta en analys av möjligheterna för kommuner och landsting att bedriva vård och omsorg

åt varandra på entreprenad. I uppdraget ingår också att analysera behovet av förbättrade möjligheter för kommuner och landsting att verka i en gemensam nämnd.

Utredaren skall redovisa sitt uppdrag till regeringen senast den 30 september 2000.

15.6 Utredningens bedömning

Utredningens bedömning: Landsting och kommuner skall tillämpa LOU när dessa ingår avtal om anskaffning av tjänster från delägda företag och andra företag som avses i 3 kap. 18 och 19 §§ KommL och från andra landsting eller kommuner.

LOU är inte tillämplig när ett landsting eller en kommun anskaffar tjänster från en gemensam nämnd i vilken de ingår. LOU är inte heller tillämplig när ett landsting eller en kommun som är medlem i ett kommunalförbund tar i anspråk kommunalförbundets tjänster.

Utredningen om sjukvårdsupphandling skall enligt tilläggsdirektiv med beaktande av gemenskapsrätten utreda om LOU är tillämplig vid överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner.

När det gäller förutsättningarna för att i upphandlingshänseende kunna betrakta de "kommunala företag" som avses i 3 kap. 17-19 §§ KommL som en del av förvaltningen är utredningen av den uppfattningen att tolkningen blir olika om köp görs från ett helägt företag, som behandlas i 15.4 jämfört med köp från delägda företag eller företag som ägs av annan än den upphandlande enheten.

Delägda "kommunala företag" (3 kap. 18 § KommL) och företag som ägs av annan än kommunen eller landstinget (3 kap. 19 § KommL) kan enligt utredningens uppfattning inte från upphandlingssynpunkt anses som en del av den kommunala förvaltningen. Främsta anledningen är att inflytandet över verksamheten samt insyns- och kontrollmöjligheterna är begränsade och därmed inte kan likställas med de förhållanden i dessa avseenden som gäller för verksamhet som drivs i förvaltningsform. Någon lägsta nivå för kommunens eller landstingets ägarandel, delaktighet eller inflytande i den privaträttsliga organisationen finns heller inte angivet i 3 kap. 18 §. Av förarbetena framgår att bestämmelsen även gäller när kommuner och landsting samarbetar enbart med varandra (prop.1990/91:117 sid. 163) s.k. interkommunal samverkan i privaträttsliga former.

Enligt utredningens uppfattning kan mot bakgrund av det anförda inte heller landstings och kommuners ingående av avtal om anskaffning av tjänster med andra företag än helägda kommunala företag eller med andra kommuner eller landsting utan en direktivändring undantas från ett upphandlingsförfarande. Detta eftersom de olika landstingen eller kommunerna inte ingår i samma juridiska person.

Kommuner och landsting kan från och med den 1 augusti 1997 samverka genom en *gemensam nämnd*. En sådan nämnd kan inrättas för vilken kommunal angelägenhet som helst, bortsett från civilförsvaret under förutsättning att verksamheten är kompetenslig för de samverkande parterna. Nämnden tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i kommunens eller landstingets organisation. De samverkande kommunerna och landstingen kan ta i anspråk nämndens tjänster som om det vore den egna kommunens eller landstingets tjänster. Något uppdragsförhållande föreligger inte och LOU är därför inte heller tillämplig i denna situation.

LOU är inte tillämplig då en kommun eller ett landsting som är medlem i ett *kommunalförbund* tar i anspråk kommunalförbundets tjänster. Kommunförbundet är att se som en specialkommun som tagit över huvudmannaskapet för en del av medlemmarnas verksamhet. Om kommunalförbundet tar ut avgifter för sina tjänster utgör dessa inte ersättning för köp av tjänster utan är ett sätt att fördela kostnaderna i förhållande till kommunernas och landstingens nytta av den gemensamma angelägenheten.

16 Särskilt om avknoppad verksamhet

16.1 Inledning

Den offentliga sektorn har i ökad omfattning börjat söka vägar för att konkurrensutsätta verksamhet som traditionellt bedrivits inom den offentliga sektorn.

Med avknoppning avses i detta betänkande att en upphandlande enhet låter anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som utförs inom den upphandlande enheten. Verksamheten drivs efter bolagsbildningen vidare av de tidigare anställda men nu som självständiga företagare.

I samband med avknoppning av en enhet från en landstings- eller kommundriven verksamhet har frågan uppkommit att garantera den avknoppade enheten ett första kontrakt. Detta skulle ske genom att ett avtal i samband med avknoppningen ”skänks bort” och att den avknoppade enheten därigenom utan upphandling har rätt att mot ersättning utföra vissa avtalade tjänster åt den upphandlande enhet som verksamheten avknoppats från. Detta skulle kunna vara ett sätt att öka intresset för anställda inom den offentliga sektorn att överta viss verksamhet. Ett annat skäl kan vara att öka konkurrensen mellan olika utförare och även öka valfriheten för såväl användare som utförare. Inte minst inom vård- och omsorgsområdena har dessa skäl förts fram.

LOU har särskild betydelse när det gäller att analysera de rättsliga möjligheterna för den offentliga sektorn att knoppa av verksamhet och i samband därmed garantera ett första kontrakt åt den avknoppade verksamheten. Det framkommer därför av tilläggsdirektiv till utredningen att den skall, med beaktande av gemenskapsrätten, utreda om LOU är tillämplig vid avknoppning från landstingsdriven eller kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet och verksamhet rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård.

I *avsnitt 16.2 I* analyserar utredningen möjligheterna att ”skänka bort” ett första kontrakt och beskriver de olika stegen för att göra en

avknoppning och bolagisering. Vidare redovisar utredningen sin bedömning av hur en avknoppning kan gå till för att vara förenlig med LOU.

I avsnitt 16.2.2 lämnar utredningen slutligen förslag på olika stöd som den offentliga sektorn kan ge för att underlätta en avknoppning. Utredningen har i avsnitt 9.4 redogjort för möjligheten att uppställa krav på att anställda inom den offentliga sektor skall övertas av den enhet som vinner en upphandling.

16.2 Utredningens bedömning

16.2.1 Landstings och kommuners köp av tjänster från avknoppad verksamhet

Utredningens bedömning: LOU är tillämplig när upphandlande enheter avser att ingå avtal med avknoppad verksamhet.
--

En avknoppning från den offentliga sektorn kan indelas i ett antal olika steg. I ett första steg måste naturligtvis bestämmas vilken enhet som skall knoppas av och överföras till ett bolag som ägs av tidigare anställda personer inom den offentliga sektorn.

I samband härmed måste beaktas att viss verksamhet inte kan lämnas över till privata utförare. Exempelvis får utförande av en uppgift som innefattar myndighetsutövning inte utan lagstöd överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ (jfr 8 kap. 6 § RF). Nya avtalsförhållanden kan behöva tillskapas för att möjliggöra en fortsatt verksamhet. Om den avknoppade enheten inte får något avtal med den upphandlande enheten saknas i regel förutsättningar för att starta verksamheten.

I den utredning som genomfördes under 1998 inom Stockholms läns landsting angående landstingets relationer till privata vårdgivare, Partner 98, beskrevs hur sjukvårdsområden och sjukvårdsledningar ibland kontaktas av vårdgivare, främst läkare. De uttrycker därvid sin önskan att bryta ut delar av den verksamhet, som de är engagerade i från landstinget och i stället bedriva den delen av verksamheten i privat regi. Bakgrunden är ofta att läkarna i fråga ser att vissa sjukvårdsbehov är eftersatta eller att den pågående verksamheten och dess organisation inte förmår tillgodose dessa på ett tillfredsställande sätt. I Partner 98 framhålls det att, eftersom det i dessa fall rör sig om

entreprenadläggning eller s.k. avknoppning av viss landstingsdriven verksamhet, det lagliga tillvägagångssättet därefter är att genomföra en upphandling. Motivet för detta är, enligt den utredningen, att landstinget har en skyldighet att förvalta skattemedel på affärsmässigt bästa sätt och således skall välja en entreprenör som sammantaget kan ge de bästa villkoren för att utföra tjänsten. Dessutom syftar upphandlingsreglerna till en konkurrens på lika villkor mellan marknadens leverantörer. Om hälso- och sjukvårdsnämnden beslutar att upphandla en sålunda aktualiserad tjänst, innebär det samtidigt enligt Partner 98 att beslut måste tas om att konkurrensutsätta denna verksamhet. Besked eller direktiv om konkurrensutsättning och eventuellt om deltagande i anbudsgivningen måste också då ges till de enheter i landstingets regi som berörs. Detta kan enligt Partner 98 i vissa fall uppfattas som om landstinget "stjäl" en god idé.

LOU är tillämplig på upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader som utförs av en upphandlande enhet om inget annat anges. RR har i det s.k. tvätterifallet (RÅ 1998 not 44) bl.a. uttalat att om en upphandlande enhet ingår avtal med en tredje man om överlåtelse av en rörelse jämte överlåtelse av ett antal avtal om att få utföra tjänsten åt den upphandlande enheten, så skall tjänster upphandlas enligt LOU. Det gäller även om tjänsterna har direkt samband med och är nödvändiga för utförsäljningen i fråga.

En avknoppad enhet skulle principiellt kunna ingå avtal med den upphandlande enheten som den avknoppats från på två sätt. Det ena alternativet är att ett redan *före* avknoppningen befintligt "internt avtal" överförs vid bolagiseringen. Med internt avtal avses nedan en intern överenskommelse inom en och samma juridiska person. Detta är inte ett juridiskt bindande alternativ, eftersom en juridisk person exempelvis inte kan stämma sig själv för kontraktsbrott. Det andra alternativet är att den avknoppade verksamheten efter en upphandling tilldelas ett kontrakt.

Om en upphandlande enhet, t.ex. en kommun eller ett landsting, ingår ett "internt avtal" med den verksamhet som skall avknoppas *före* avknoppningen kan det "interna avtalet" inte enligt LOU överföras till det nybildade bolaget. En upphandling avseende de tjänster som täcks av det "interna avtalet" måste ske enligt LOU. Det finns nämligen inget formellt avtalsförhållande i den mening som avses i LOU mellan den upphandlande enheten och den enhet inom den upphandlande enheten som skall knoppas av.

Eftersom den upphandlande enheten i exemplet ovan aldrig upphandlat tjänsterna i konkurrens, måste en upphandling enligt LOU ske i samband med avknoppningen eller bolagiseringen. Den avknoppade verksamheten måste därefter vinna upphandlingen för att kunna tillhandahålla sina tjänster åt den upphandlande enheten. Såväl LOU

som upphandlingsdirektiven utgör således ett hinder mot att i detta fall tilldelas ett kontrakt utan ett föregående upphandlingsförfarande.

En från den upphandlande enheten avknoppad verksamhet kan, efter det att den upphandlande enheten i konkurrens upphandlat enligt LOU, tilldelas ett avtal av den upphandlande enheten. Det finns inte något hinder mot att en ännu inte bolagiserad enhet inom den upphandlande enheten avger anbud vid upphandling avseende ett avtal i syfte att ett avtal senare skall träffas efter en avknoppning.

Det finns dock två faktorer att beakta vid upphandling där en ännu inte avknoppad enhet inom den upphandlande enheten deltar. Det är av stor vikt vid en upphandling att det inte uppstår några misstankar om partiskhet. Det skulle då finnas en risk för att vissa leverantörer inte lämnar något anbud eller att anbudsgivare, som inte förväntar sig kunna tilldelas det kontraktet, inte lämnar bästa möjliga anbud (NOU info 96 sid. 47 ff). Det är därför viktigt att den upphandlande enheten iakttar alla de grundprinciper för offentlig upphandling som redogjorts för i avsnitt 8.3, så att inte misstankar om att den deltagande interna enheten gynnas i upphandlingen.

Framtagande av anbud innebär regelmässigt avsevärda kostnader för anbudsgivarna. Det är därför principiellt inte acceptabelt att avbryta en påbörjad upphandling utan att objektiva skäl föreligger. Det är viktigt att den upphandlande enheten endast genomför upphandlingar i de fall enheten är beredd att låta utomstående vinna upphandlingen.

16.2.2 Stöd vid avknoppning

Utredningens bedömning: En upphandlande enhet har rätt att ge vissa begränsade stödåtgärder till anställda som genomför en avknoppning under tiden före och under bolagiseringen.

Det kan förekomma att anställda hos en upphandlande enhet önskar få olika slags stöd inför, vid och efter en avknoppning. Det kan vara av intresse för den upphandlande enheten att på olika sätt ge sådant stöd i syfte att underlätta konkurrensutsättning. Olika stödåtgärder i form av exempelvis utbildning och juridisk rådgivning kan komma i fråga. Det kan även vara fråga om att den upphandlande enheten beviljar de anställda som avser att starta egen verksamhet viss tjänstledighet.

Det bör i detta sammanhang framhållas att stöden aldrig får nå sådan omfattning att det kan ifrågasättas att de bör beaktas vid en upphandling. Det kan således endast bli fråga om begränsade stödåtgärder från den offentliga sektorns sida.

Enligt utredningens mening kan den upphandlande enheten under tiden före bolagiseringen stödja anställda som exempelvis vill gå kurser eller erhålla konsult hjälp i syfte att kunna starta eget. I detta sammanhang uppträder den upphandlande enheten som arbetsgivare.

Det är emellertid inte tillåtet för den upphandlande enheten att ge stöd till f.d. anställdas bolag. Detta eftersom den upphandlande enheten då inte längre agerar som arbetsgivare.

17 Upphandlingsförfarandet

17.1 Inledning

Den sammanlagda offentliga upphandlingens volym uppgår enligt uppgift i Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 till cirka 400 miljarder kronor per år. Detta motsvara drygt 23 procent av värdet av den sammanlagda produktionen av varor och tjänster i Sverige (BNP). Varje år görs cirka 350 direktivstyrda upphandlingar, s.k. EG-upphandlingar. Både avtals- och värdemässigt domineras dock den svenska upphandlingen av s.k. förenklad upphandling.

Enligt 6 kap. 2 § LOU skall upphandling av B-tjänster, oavsett värde, göras genom förenklad upphandling. Förenklad upphandling innebär att alla som vill har rätt att delta och inkomma med skriftligt anbud. Den upphandlande enheten får förhandla med en eller fler anbudsgivare. Direktupphandling är tillåten om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Direktupphandling innebär att den upphandlande enheten vänder sig direkt till en leverantör utan att infordra skriftligt anbud. Direktupphandling innebär inte att avsteg får göras från principen om affärsmässighet. Även vid direkt upphandling bör den lägsta kostnaden eller den bästa kvaliteten eftersträvas. Ungefär 200 000 förenklade upphandlingar görs enligt uppgifter hämtade ur SOU 1999:139 årligen. Därutöver tillkommer mängder av direktupphandlingar.

Den enkätundersökningen som utredningen genomfört har bl.a. visat att ett flertal landsting och kommuner finner LOU besvärlig att tillämpa. Det har därför från flera sjukvårdshuvudmän framförts ett önskemål om att få någon form av beskrivning av förfarandet och någon avtalsmall som kan vara till hjälp vid genomförandet av ett upphandlingsförfarande. Av utredningens tilläggsdirektiv framgår dessutom att det står utredaren fritt att lämna förslag till ett lämpligt förfarande som kan användas vid en upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

För att uppnå ett lyckat resultat av en upphandling är det framför allt av stor betydelse att den praktiskt verksamme inköparen är väl förtrogen med upphandlingsreglerna. Betydelsen av olika utbildningsinsatser kan enligt utredningens uppfattning inte nog poängteras. Såväl Svenska Kommunförbundet som Landstingsförbundet anordnar redan olika

kurser härom för anställda inom deras organisationer. Utredningen anser även att leverantörer till upphandlande enheter kan vara i behov av utbildning. Detta skulle kunna anordnas genom att de olika vårdförbunden erbjuder sina medlemmar deltagande i olika utbildningar angående upphandlingsförfarandet. Syftet med vad som anförs i detta kapitel, där det lämnas en beskrivning av upphandlingsförfarandet, är att det skall kunna vara till hjälp både för den verksamme inköparen och för de praktiskt verksamma vårdgivarna.

Utredningen har under arbetets uppmärksammats på att en del landsting ingår inte förpliktande ramavtal eller avropsavtal med enskilda vårdgivare.

I avsnitt 17.1.2 behandlar därför utredningen särskilt frågan om ramavtal.

I avsnitt 17.2 lämnas inledningsvis en beskrivning av förfrågningsunderlagets uppbyggnad.

Avsnitt 17.3 behandlar därefter utvärderingsgrunder och urvärderingskriterier.

I avsnitt 17.4 beskrivs särskilt kravspecifikationen och

i avsnitt 17.5 beskrivs de kommersiella villkoren.

I avsnitt 17.6 behandlas vilka och hur många leverantörer som skall tillfrågas. Utredningen behandlar därefter *i avsnitt 17.7* frågan om hur anbuden skall lämnas.

Avsnitt 17.8 behandlar anbudsöppningen och

avsnitt 17.9 upptar frågan om anbudsutvärdering.

I avsnitt 17.10 beskrivs slutligen det följande avtalet eller kontraktet.

17.1.1 Begreppet upphandlande enhet

LOU skall enligt 1 kap. 2 § och 1 kap. 5 § tillämpas av statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting. Lagen skall dessutom enligt 1 kap. 6 § tillämpas på sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller annan upphandlande enhet, eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting, eller en annan upphandlande enhet.

I kretsen upphandlande enheter skall enligt 1 kap. 5 § LOU även inräknas sådana enheter som bedriver verksamhet inom någon av

försörjningssektorerna, dvs. vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena enligt 4 kap. 1 § LOU.

17.1.2 Särskilt om ramavtal

Avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

I 1 kap. 5 § definieras termen ramavtal enligt följande. Avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

Begreppet har influerats i första kapitlet i LOU och har därmed fått en allmän tillämpning över hela upphandlingsmarknaden. Emellertid förekommer begreppet inte i alla direktiv, utan endast i direktivet för försörjningssektorerna, dvs. det direktiv som genomförts i svensk lagstiftning genom 1 kap. och 4 kap. LOU. Den definition som låg till grund för den svenska definitionen återfanns i direktiv 90/531/EEG och har från detta direktiv utan ändring överförts till det nya och nu gällande direktivet 93/38/EEG.

Redan när den svenska motsvarigheten till ett ”framework agreement” lanserades genom promemorian Ds 1992:4 Offentlig upphandling och EES - ett lagförslag angav arbetsgruppen bakom promemorian att den svenska definitionen inte helt motsvarade direktivets definition. I promemorian anfördes följande. I den engelska definitionen anges som ytterligare ett moment i ramavtalet att det skall innehålla villkor särskilt vad avser pris och i vissa fall även kvalitet. Någon ytterligare kvalificering av det svenska begreppet har inte bedömts nödvändig. (promemorian sid. 107).

En anledning till att man valde att definiera begreppet på sätt som skett torde ha varit önskemål och vikten av att inte förrycka förutsättningarna för den statliga och kommunala inköpssamordning som kan göras i form av s.k. avropsavtal. Inom t.ex. statsförvaltningen förekommer några mycket stora sådana avtal, avseende anskaffning av kontorsmöbler, datautrustning m.m.

Den definition som sålunda föreslogs av arbetsgruppen ändrades inte under kommande remissbehandlingsomgångar och blev således även den definition som inflöt i LOU. I förarbetena angavs tydligt att regeringen avsåg att fortsatt lämna utrymme för avropsavtal. Vidare angavs att avsikten var att bibehålla gällande ordning, innebärande att ramavtal (avropsavtal) kunde användas även utanför försörjningssektorerna. Regeringens förslag innebar således ett avsiktligt avsteg från de förutsättningar som direktivet angav. Detta har uttryckts på följande sätt.

Därigenom bibehålls möjligheten till det slags inköpssamordning som hittills tillämpas i Sverige och som förekommer på sina håll även inom EES. Det förekommer sålunda inom EG att inköp av varor och förrådshållning sker centralt för hela statsförvaltningen av en inköpsorganisation i enlighet med varudirektivet och att upphandlande enheter sedan avropar direkt från den utan att en ny annonsering m.m. görs (prop. 1992/93:88 s. 62).

Det förtjänar framhållas vissa särskilda omständigheter kring ramavtal. En invändning mot sådana är att de är alltför otydliga och således inte innehåller grundläggande förutsättningar för en ömsesidig avtalsbindning och därför inte heller kan utgöra ett upphandlingskontrakt. Den invändningen hanteras i den svenska definitionen genom att det där anges att *samtliga* villkor skall anges. Därigenom är det sørjt för att ett sådant avtal kan vara ett upphandlingskontrakt och således att det skall föregås av en upphandling. Dock kvarstår den omständigheten att alla de leverantörer som erbjudit sig att leverera enligt avtalet inte kan garanteras att de får leverera någon viss mängd och inte heller att de alls får leverera. Ett ramavtal innebär nämligen regelmässigt att flera leverantörer erbjuder sig leverera. Det går således inte att garantera en viss kvantitet.

Det står enligt utredningens uppfattning utom tvivel att de ramavtal som definierats i LOU är tillräckligt precisa för att kunna utgöra upphandlingskontrakt. De kan användas såväl inom som utanför försörjningssektorerna och kan därmed användas även för tjänsteupphandling. Det får ankomma på den enskilde upphandlande enheten att göra bedömningen huruvida man skall upphandla i formen av ramavtal eller inte, liksom det får avgöras av den enskilde leverantören huruvida han vill lägga anbud under de förhållanden som ett ramavtal erbjuder. Vidare bör det poängteras att det föreligger en skyldighet enligt huvudregeln om affärsmässighet att upphandlingen utformas så att även mindre leverantörer kan leverera. Slutligen bör det anmärkas att den interna administrationen i varje organisation lämnar tydligt besked att det står den enskilde inköparen fritt att använda avtalet respektive att göra en egen upphandling.

17.2 Förfrågningsunderlagets uppbyggnad

Innan den upphandlande enheten påbörjar ett upphandlingsförfarande måste enheten noga identifiera behovet. När detta är gjort skall behovet beskrivas i en kravspecifikation, som ingår som en central del av förfrågningsunderlaget. Ett förfrågningsunderlag är benämningen på det underlag som lämnas ut när den upphandlande enheten inforrar anbud. I 1 kap. 5 § LOU definieras förfrågningsunderlag som "ett underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör." Ett väl genomarbetat förfrågningsunderlag är av central betydelse för ett lyckat slutresultat av en upphandling.

Det finns inga detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat. Innehållet styrs i huvudsak av lagens huvudregel om affärsmässighet.

Utredningen anser att ett förfrågningsunderlag skall vara tydligt och fullständigt samt i övrigt innehålla alla de uppgifter som anbudsgivaren behöver för att kunna lämna sitt anbud. I underlaget skall anges alla de kvalitativa och kvantitativa krav som enheten har för avsikt att ställa på utföraren. Därigenom får anbudsgivarna en möjlighet att göra en kalkyl över vilka resurser som krävs för att utföra uppdraget på ett för den upphandlande enheten godtagbart vis. Den upphandlande enheten bör även utforma kraven så att man kan ha möjlighet att korrekt bedöma inkomna anbud och sedan kunna kontrollera och följa upp verksamheten. Den upphandlande enheten skall därutöver utforma underlaget så att det i sig bidrar till ett utnyttjande av den konkurrens som finns på marknaden. Detta innebär att en upphandlande enhet skall utforma förfrågningsunderlaget så att skillnader i förutsättningar mellan tidigare leverantör och andra anbudsgivare i möjligaste mån reduceras (jfr. Länsrätten i Västernorrlands dom i mål 3077/98 och Vägledning till 6 kap. LOU, som tagits fram av kansliet vid NOU sid. 29).

Utredningen anser att ett förfrågningsunderlag bör inledas med en **allmän orientering** i vilken läsaren snabbt skall kunna orientera sig om uppdragets huvudsakliga innehåll och om hur verksamheten bedrivs vid tillfället för upphandlingen. Här kan även lämnas eventuella uppgifter om verksamhetens nuvarande intäkter m.m. I den allmänna orienteringen kan även redovisas uppgifter om landstingets eller kommunens eventuella framtidsplaner som kan påverka entreprenaden. Här är också plats för att redovisa eller hänvisa till kommunens eller landstingets konkurrensprogram. Det är enligt utredningen viktigt för den upphandlande enheten att tänka på att uppgifterna i den orienterande delen av förfrågningsunderlaget har stor betydelse som underlag för anbudsgivarens kalkylering.

Under rubriken **upphandlingsföreskrifter** ges föreskrifter om bl.a. formerna för upphandlingen, hur ett anbud skall vara utformat, anbuds-tidens längd, uppgifter om hur länge ett lämnat anbud skall vara bindande, hur anbudsprövningen kommer att gå till samt vilka utvärderingskriterier som kommer att gälla.

I 6 kap. 5 § LOU framgår att av annonsen, skrivelsen eller förfrågningsunderlaget skall anges den dag då anbudet senast skall ha kommit in. Vidare skall det anges den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande. Det anges inte i 6 kap. LOU någon viss minimitid för att lämna anbud, vilket det görs i de andra kapitlena. Tiden skall bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till upphandlingens omfattning och art. I ett ärende som avgjordes av länsrätten i Stockholm (Ö 4546-94) ansågs tre veckors anbudstid vid upphandling av tjänster inom hälso- och sjukvård för kort. Av domskälen framgick. "För att kunna avge bindande anbud måste anbudsgivaren ges tillräcklig tid att ingående kunna planera för verksamheten och eventuellt själv genomföra affärshandlingar. En så kort anbudstid som tre veckor, vilken dessutom innefattar påskhelgen, innebär att tillgängliga konkurrensmöjligheter inte rimligen kan utnyttjas".

Under rubriken **kravspecifikation** återfinns bl.a. omfattningen av åtagandet, personalfrågor och hur uppföljningen och utvärdering av verksamheten skall gå till. Kravspecifikationen är den centrala delen av förfrågningsunderlaget som tillsammans med de kommersiella föreskrifterna kommer att utgöra en väsentlig del av innehållet i upphandlingskontraktet. Kravspecifikationen är således individuell för varje drift-entreprenad, och dess utformning är helt beroende av den upphandlande enhetens önskemål om verksamheten.

Under huvudrubriken **kommersiella föreskrifter** ges bl.a. föreskrifter om avtalstid, ansvarsfrågor, ekonomi, överlåtelse av avtal, underentreprenörer, ändringar och tillägg till kontrakt, handlingars inbördes rangordning, hävande, tvistelösning och andra sådana allmänna föreskrifter som är avsedda att införlivas med de allmänna avtalsvillkoren i upphandlingskontraktet.

17.3 Utvärderingsgrunder och utvärderingskriterier

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Den upphandlande enheten skall alltid ange i förfrågningsunderlaget vilken av de två utvärderingsgrunderna som skall gälla. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas om den upphandlande enheten behöver ta hänsyn till andra omständigheter än priset, t.ex. leveranstid, driftkostnader, kvalitet m.m. Enheten skall då i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Det ligger i sakens natur, med hänsyn till tjänstens karaktär, att den absoluta merparten av upphandlingar av hälso- och sjukvårdstjänster och omsorgstjänster sker med angivande av att den upphandlande enheten avser att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Om enheten väljer utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste enheten ange de kriterier som skall avgöra valet av anbudet. Det skall observeras att kriterierna måste ställas på ett objektiva och icke-diskriminerande sätt.

Används det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som utvärderingsgrund utan att några utvärderingskriterier anges kan inte något annat anbud antas än det med lägst anbudspris (NJA 1998:873).

Utvärderingskriterierna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först. Detta skall enligt NOU:s mening läsas restriktivt, dvs. endast när det är omöjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. En rangordning av utvärderingskriterierna måste åtminstone göras innan anbuden skall jämföras (NOU dnr 264/95-26). För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår redan av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet är det därför ofta nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformas. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen.

Vid offentlig upphandling existerar således ingen fri prövningsrätt utan anbudsprövningen skall följa reglerna i LOU. Att ange att den upphandlande enheten förbehåller sig fri prövningsrätt är således inte tillåtet. Det är inte heller tillåtet att uppställa utvärderingskriterierna som exempelvis är så otydliga att den upphandlande enheten i praktiken förbehåller sig fri prövningsrätt.

17.4 Kravspecifikation

Kravspecifikation kan beskrivas som den tekniska och funktionella beskrivningen av det som skall upphandlas. Kravspecifikationen skall beskriva den vara eller tjänst som enheten avser att upphandla.

Anbudsutvärderingen skall göras utifrån de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller alla ställda krav. Det är därför av stor betydelse att den upphandlande enheten redovisar i vilken mån uppställda krav är absoluta (s.k. skall-krav) eller kan frångås (s.k. bör-krav). Vid användandet av bör-krav måste den upphandlande enheten tydligt ange i förfrågningsunderlaget hur ett frångående av dessa krav kommer att bedömas och i vilken relation ett frångående står till varans/tjänstens pris och andra bör-krav. Det är ytterst svårhanterligt att använda sig av flera bör-krav, vilket därför enligt NOU inte kan rekommenderas (Vägledning till 6 kap. LOU, sid 36). Den upphandlande enheten får inte heller ändra några kriterier under upphandlingens gång. Om en enhet ändå finner det nödvändigt att införa nya krav som ändrar förutsättningarna för upphandlingen, måste upphandlingen göras om. Det är inte tillräckligt att låta alla anbudsgivare eller inbjudna leverantörer få räkna om sina anbud med nya kriterier. Det bör observeras att även detta förfarande, att avbryta en upphandling för att ändra kriterierna, kan komma att anses strida mot gemenskapsrättsliga regler med risk för skadestånd som följd. Kompletteringar av förfrågningsunderlaget får göras i samband med förhandlingar så länge inte kompletteringarna är av så väsentlig karaktär att det förändrar det ursprungliga föremålet för upphandlingen. Kompletteringar eller ändringar som står i strid med krav uppställda i förfrågningsunderlaget får dock aldrig förekomma med hänsyn till principen om likabehandling.

Vid utformning av förfrågningsunderlag, anbudsprövning och uppföljning av åtaganden i ett kontrakt finns det behov av att definiera och konkretisera vad **kvalitetsbegreppet** står för. Kvalitet är ett relativt begrepp som betyder olika saker för olika individer och används på olika sätt. Enligt Standardiseringskommissionen (SIS 3.7) är kvalitet ”alla sammantagna egenskaper hos en produkt eller tjänst som ger den dess förmåga att tillfredsställa uttalade eller underförstådda behov”. Debatten om kvalitet och kvalitetssäkring inom den mjuka sektorn har varit intensiv under senare år. Särskilt när det gäller former för uppföljning och utvärdering av kvalitet har åtskilligt arbete utförts. Det är viktigt att ange **vilka kvalitetsmål** som skall gälla för verksamheten och **hur dessa mål och krav skall följas upp och utvärderas**. Dessa uppgifter är i grunden en uppgift för beställaren - inte för producenten. Kvalitetsmålen utgår från normer som bestäms av politiker på nationell

och lokal nivå. Kvalitetsbegreppet skall vara väl definierat så att anbudsgivarna vet vilken kvalitet som skall offereras. Om detta inte sker kan den upphandlande enheten inte göra en nollställning och behandla anbuden likformigt.

Det pågår på såväl central nivå som i kommunerna och i landstingen ett omfattande arbete när det gäller att finna metoder för att utveckla och bedöma kvaliteten. Länsstyrelserna och Socialstyrelsen ger exempelvis stöd till lokal utveckling samt arbetar på regeringens uppdrag fram mål och metoder för tillsynen av socialtjänsten. Socialstyrelsen har enligt rapport SOSFS 1996:24 utarbetat kvalitetssystem inom hälso- och sjukvården.

Oavsett om en verksamhet bedrivs av privata utförare eller i egen regi är det viktigt att definiera vilken kvalitet som kommunen eller landstinget vill uppnå. Att fastställa dessa mål och att säkerställa att dessa mål uppfylls är en process som tar mycket tid i anspråk. Kvalitetskraven skall anges under rubriken kravspecifikation. Här skall också framgå förutsättningarna för att tillförsäkra huvudmannen att kunna företa utvärdering och uppföljning av att de uttalade kraven efterlevs.

17.5 Kommersiella villkor

I ett förfrågningsunderlag skall de kommersiella villkor som gäller vid en upphandling anges. I ju större utsträckning dessa krav inte preciseras utan lämnas öppna för anbudsgivarna, desto mer komplicerad blir utvärderingen. I de allra flesta fall är det därför nödvändigt att underlaget innehåller samtliga kontraktsvillkor som skall gälla vid ett avtal mellan anbudsgivaren och den upphandlande enheten. Här anges exempelvis avtalstidens längd och möjligheter till att förlänga avtalet. De kommersiella villkoren är en del av upphandlingen och ett godkännande av dessa har stor betydelse för den upphandlande enhetens val av leverantör.

I Vägledning till 6 kap. LOU anges att kommersiella villkor exempelvis kan innehålla bestämmelse om

- betalningsplaner och betalningsvillkor,
- leveranstid och leveransvillkor,
- leveransförsening, vite, hävning och avbeställning,
- ägande- och nyttjanderätt till konstruktioner, ritningar och annat underlag,
- service och underhåll,
- garantier och andra ansvarsåtaganden,
- utbildning och dokumentation,
- optioner och tilläggsbeställningar,
- tvistlösningar.

17.5.1 Avtalstidens längd m.m.

Ett avtal om upphandling skall vara tidsbegränsat. Offentlig anskaffning av varor och tjänster skall utsättas för konkurrens med vissa mellanrum. Avtalstidens längd får bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. I Vägledning till 6 kap. LOU anges att leveransavtal för varor och tjänster normalt inte bör vara längre än ett till två år, eventuellt med möjlighet till något års förlängning. Avtal som kräver stora maskinella investeringar, som leverantören gör enbart för en viss leverans till den upphandlande enheten, måste ha en så lång avtalstid att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Det samma gäller t.ex. avtal om drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras. Stora investeringar som en leverantör gör enbart för att tillgodose en viss leverantör inom den offentliga sektorn måste således ha en sådan avtalstid att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Bokförings- och skatteregler kan här tjäna som en viss ledning. Givetvis finns ytterligare aspekter, patientperspektivet, tryggheten, strukturen och kontinuiteten i vården. Även personalansvaret, investeringar m.m. är väsentliga inslag i de affärsmässiga bedömningar som måste göras. Det är inte lämpligt att fastställa orubbliga tidsgränser. Med iakttagande av vad som sagts bör man kunna överväga längre avtalstider, t.ex. mellan fem och åtta år i normalfallet.

Likaså är det angeläget att betona att en ny upphandling bör starta i god tid före avtalstidens utgång, t.ex. under den sista femtedelen av innevarande avtalsperiod. För att beställaren skall kunna fortsätta att utnyttja ett avtal kan avtalet innehålla en förlängningsklausul. En sådan klausul bör enligt NOU helst innehålla ett aktivt moment för att förlängningen av avtalet skall utlösas, dvs. vara sådan att den utnyttjas först sedan parterna överenskommit att utnyttja rätten att förlänga avtalet.

Det skall observeras att en grundförutsättning för möjligheten att förlänga avtalet är att det framgår av förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling. Innehåller ett avtal ingen förlängningsklausul får avtalet inte förlängas (jfr. Kammarrättens i Göteborgs dom i mål 4069-1998). Regelsystemet förutsätter att anskaffningar utsätts för konkurrens med jämna mellanrum, vilket medför att det inte kan anses förenligt med affärsmässighetsprincipen att utnyttja en förlängningsklausul mer än en gång.

17.5.2 Hävningsrätten

Kommunen eller landstinget ansvarar i egenskap av huvudman fortfarande för innehållet i den entreprenaddrivna verksamheten. Av 3 kap. 19 § KommL (1991:900) följer därför att en kommun eller ett landsting skall se till att man tillförsäkras en möjlighet kontrollera och följa upp verksamheten trots att kommunen eller landstinget överlämnat vården av angelägenheten till någon annan. Kommunen eller landstinget har, trots att man överlåtit driften av tjänsten, kvar det yttersta ansvaret för verksamheten och skall se till att den anlitate utföraren uppfyller de bestämmelser och kvalitetskrav som gäller för verksamheten. Regeringen har uttalat att avtalen måste ge kommuner eller landsting en möjlighet att vid behov häva avtalet om verksamheten skulle slå fel (prop. 1993/94:188 sid. 40). En sådan hävningsrätt kan anges under de kommersiella villkoren.

17.6 Vilka leverantörer bör tillfrågas och hur

Lagstiftningen föreskriver två olika metoder för den upphandlande enheten att infordra anbud, genom annons eller skriftlig inbjudan. Den upphandlande enheten kan kombinera dessa förfaranden, men att inte använda någon av metoderna är inte tillåtet om inte direktupphandling kan tillämpas. Av 6 kap. 4 § LOU framgår att en upphandlande enhet som använder förenklad upphandling skall infordra skriftliga anbud genom annons eller skrivelse. Vid avvägningen av hur omfattande annonseringen eller utskicket av skrivelserna behöver vara skall enheten särskilt beakta huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Lagen föreskriver inte var annonseringen skall ske och hur många leverantörer som skall erhålla förfrågningsunderlaget. Det ankommer på varje upphandlande enhet att själv avgöra vilken annonsering eller vilket utskick av skrivelser som i varje enskilt fall bäst överensstämmer med huvudregeln om affärsmässighet (prop. 1993/94:78 sid. 25).

I NOU:s rapport *Effekter av lagen om offentlig upphandling*, januari 1998 (Dnr 86/97-21) redovisas en undersökning där 359 upphandlande enheter och 310 företag tillfrågades om olika effekter av LOU. Det visade sig att 44 procent av de upphandlande enheterna aldrig annonserade vid upphandling under tröskelvärdena. Samtidigt var andelen som ansåg att besparingar kunde göras tack vare LOU störst i den grupp som hade ökat sin annonsering sedan lagen infördes.

Alla leverantörer som begär det har rätt att få ett förfrågningsunderlag. Även en leverantör som inte särskilt har tillfrågats har enligt 6 kap. 6 § LOU rätt att på begäran få underlaget på samma villkor som de som

tillfrågats. Den upphandlande enheten skall sedan pröva alla anbud som kommit in i rätt tid.

17.6.1 Förenklad upphandling med anbudsinfördran från endast en leverantör

Normalt krävs att en upphandlande enhet som skall göra en upphandling, där direkt upphandling inte är tillåten, genomför en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Undantagsvis kan dock anbudsinfördran från endast en leverantör accepteras. NOU har behandlat ett ärende (Dnr 67/97-26) där en statlig myndighet *direktupphandlat* ett konsultuppdrag med motiveringen att uppdraget enbart var en fortsättning på en tidigare upphandlad konsulttjänst. NOU fann emellertid, med hänsyn bl.a. till förändringen i uppdraget, att förenklad upphandling skulle ha använts. Skriftliga anbud avseende det tillkommande uppdraget skulle ha infördrats.

NOU hänvisade vid sin behandling av ärendet till att det i prop. 1993/94:78 sid. 25 anges att innebörden av bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU ansluter sig till vad som tidigare gällde enligt 6 § upphandlingsförordningen (UF) beträffande anbudsinfördran utan annonsering. Av Riksrevisionsverkets verkställighetsföreskrifter till 6 § UF framgår följande: "När det finns särskilda skäl och under förutsättning att kravet på affärsrämsighet och objektiv behandling inte åsidosätts får myndigheten tillfråga endast en leverantör. Motivet härtill skall dokumenteras." NOU gjorde i det ovan beskrivna ärendet den bedömningen att sådana särskilda skäl sannolikt fick anses ha förelegat i ärendet som gett myndigheterna rätt att beträffande det tillkommande uppdraget vända sig till endast det bolag som utfört det första uppdraget, men reglerna om förenklad upphandling skulle ha använts.

Fördelarna med att tillämpa förenklad upphandling med anbudsinfördran från endast en anbudsgivare jämfört med att tillämpa direkt upphandling är uppenbara (Vägledning till 6 kap. LOU, sid. 47). Leverantören är vid en formell anbudsinfördran osäker på om det finns konkurrens eller inte och anstränger sig därför för att åstadkomma ett förmånligt anbud. Som redovisats i kapitel 8 har de stiftelser och ideella organisationer som utredningen varit i kontakt med hävdade att inriktningen och syftet med organisationernas verksamhet är så speciell att det inte finns förutsättningar för någon annan vårdgivare att erbjuda en liknande verksamhet på liknande villkor. Även andra vårdgivargrupper har inför utredningen hävdade att ett upphandlingsförfarande vid köp av vårdtjänster från små enheter lämpar sig dåligt bl.a. med hänsyn till patientens behov av kontinuitet i vården. Frågan är således om det

kan accepteras att den upphandlande enheten *direktupphandlar* införskaffandet av vårdtjänster från enskilda yrkesutövare eller från ideella organisationer.

Formen direktupphandling får bara användas i de fall som anges i 6 kap. LOU, nämligen endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska på grund av oförutsedda omständigheter. Direktupphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU som upphandling utan infordrande av skriftligt anbud. Innebörden av begreppet är enligt uttalanden i förarbetena detsamma som innebörden i de upphandlingsregler som gällde före LOU:s tillkomst (prop. 1993/94:78 sid. 22). I anvisningar till tidigare gällande bestämmelser framgick att upphandlingsformen ”är avsedd för sådana fall där administrationskostnaderna och tidsutdräkten vid ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte står i rimligt förhållande till upphandlingens värde”.

Utredningen har i avsnitt 12 gjort bedömningen att upphandlande enheters tecknande av avtal om hälso- och sjukvårdstjänster med enskilda vårdgivare eller ideella organisationer inom vården generellt inte kan undantas från ett upphandlingsförfarande. Inte heller anser utredningen att upphandlande enheters anskaffning av tjänster från dessa vårdgivare i någon större utsträckning skulle kunna ske genom direktupphandling, med hänsyn till att avsikten är att direktupphandling enbart skall användas i ett fåtal situationer.

Som tidigare nämnts kan det dock undantagsvis accepteras att en upphandlande enhet vid genomförande av en förenklad upphandling endast inhämtar anbud från en leverantör. Detta kan eventuellt ske då enheten avser att införskaffa sådana tjänster som bara en leverantör kan tillhandahålla.

I NOU info 93-95 (sid. 49) anges som exempel på ett sådant fall att en kommun, som planerade en byggnad inom ett visst område som ägdes av en entreprenör och denne som villkor för överlåtelsen av marken krävde att få genomföra entreprenaden, vid upphandling under tröskelvärdena kunde vända sig direkt till den entreprenören under förutsättning att marken var unik. NOU hävdade dock att detta inte skall vara möjligt över tröskelvärdena. NOU har senare genom nämndbeslut uttalat att tolkningen över tröskelvärdena bör gälla även under tröskelvärdena. Nämnden var emellertid inte enig i sitt beslut.

Formkraven beträffande förenklad upphandling skall iakttas även då endast en leverantör tillfrågas. En förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en anbudsgivare har enligt utredningens uppfattning klara fördelar jämfört med att tillämpa direktupphandling. Leverantören kan inte vara säker på att han ensam kommer att lämna anbud på den efterfrågade tjänsten och anstränger sig därför för att

lämna ett förmånligt anbud. Andra leverantörer har dessutom vid en sådan förenklad upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. 6 § LOU möjlighet att inkomma med anbud.

17.7 Hur anbuden skall lämnas

Inkomna anbud i anledning av en upphandling är normalt hemliga fram till dess att avtal träffas med vinnande leverantör. För att bibehålla upphandlingssekretessen bör den upphandlande enheten enligt NOU därför ha tydliga rutiner för hanteringen av inkomna anbud.

I 6 kap. 15 § LOU föreskrivs att en upphandlande enhet på ett betryggande sätt skall förvara inkomna anbud.

Det är ofrånkomligt (speciellt hos upphandlande enheter som hanterar en stor mängd post) att det händer att ett anbud öppnas av misstag trots att anbudstiden inte gått ut. En lämplig åtgärd är då att återsluta det felaktigt öppnade anbudet och att den som av misstag öppnat anbudet även signerar konvolutet.

Av 6 kap. 3 § tredje stycket LOU framgår att anbuden skall lämnas skriftligt. Anbud som lämnas genom telegram eller telefax skall bekräftas omgående genom en egenhändigt undertecknad handling. Upphandlingskommittén föreslår i sitt delbetänkande (SOU 1999:139) att föreskriva att anbud även skall kunna lämnas genom e-post.

17.8 Anbudsöppning

Enligt 6 kap. 7 § LOU skall anbud öppnas så snart det är möjligt efter anbudstidens utgång. Detta innebär att anbuden normalt inte bör öppnas förrän andra dagen efter anbudstidens utgång med hänsyn till förvaltningslagens tolkningsregler rörande när anbudet skall anses ha kommit in.

I paragrafen anges vidare att anbud skall öppnas enligt en formaliserad procedur där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Ytterligare någon eller några kan eventuellt tillåtas att delta. Enheten bör dock vara restriktiv med att låta fler personer delta eller närvara vid anbudsöppningen, med hänsyn till kravet om anbudssekretess (Vägledning till 6 kap. LOU sid. 50). Dessutom skall en av handelskammaren utsedd person ha rätt att närvara om detta begärs och bekostas av en anbudsgivare.

Det är en fördel om en upphandlande enhet följer en bestämd rutin vid anbudsöppningen. Som exempel på delmoment i en sådan rutin nämns i ovan nämna skrift:

- kontrollera ankomstdatum,
- öppna alla anbud vid ett och samma tillfälle,
- numrera och datera anbuden,
- paginera och signera alla handlingar,
- upprätta anbudsförteckning/öppningsprotokoll, som läses och skrivs under av dem som deltagit i öppnandet,
- notera särskilt de anbud som kommit in för sent (även dessa skall registreras och får inte återsändas till leverantören).

Det är viktigt att den upphandlande enheten i efterhand kan visa för anbudsgivarna eller någon annan att ett antaget anbud kommit in i rätt tid, att inga handlingar kunnat bytas ut, att inga uppgifter kunnat ändras eller kompletteras på ett obehörigt sätt.

Enligt 6 kap. 7 § andra stycket LOU kan anbud i vissa fall öppnas allteftersom de kommer in till den upphandlande enheten. Denna möjlighet medges endast när synnerliga skäl föreligger, vilket avser rena undantagssituationer.

17.9 Anbudsutvärdering

Vid anbudsprövningen sker först en prövning av huruvida anbudsgivaren kan bedömas uppfylla de allmänna kvalifikationskrav som den upphandlande enheten uppställt för att kunna komma i fråga som leverantör av de varor eller tjänster som efterfrågats i upphandlingen.

Därefter sker en anbudsutvärdering. Om tjänstemän vid granskningen upptäcker att ett anbud innehåller en uppenbar felskrivning, felräkning e.d. bör anbudsgivaren beredas möjlighet att inkomma med en skriftlig rättelse. Om ett anbud är dunkelt på någon punkt, så att en rättvis jämförelse med andra anbud inte kan göras, kan det bli aktuellt att bereda anbudsgivaren möjlighet att skriftligen förtydliga eller komplettera sitt anbud (nollställning). Den anbudsgivare som fått tillfälle att förtydliga eller komplettera får dock inte informeras om innehållet i konkurrenternas anbud. Således får inte en komplettering innebära en möjlighet att förbättra ett anbud, utan syftar endast till att klarlägga vad anbudsgivaren avsett i sitt avlämnade anbud.

Därefter sker en prövning av anbudens kvalitet med ledning av uppgifter i anbudet huruvida en anbudsgivare kommer att kunna genomföra sitt åtagande i överensstämmelse med de krav som preciserats i kravspecifikationen.

Vidare kan en muntlig redovisning av anbuden inhämtas, varvid varje anbudsgivare får en möjlighet att muntligen redogöra för sitt anbud. Det ankommer sedan på den upphandlande enheten att pröva anbudspris och

övriga avtalsvillkor i anbudet mot resultatet av prövningen av anbudens kvalitet.

Förhandlingar med anbudsgivare kan därefter företas. Detta kan exempelvis ske när beredningen funnit att den anbudsgivare som ligger bäst till kan lämna ett bättre anbud eller att det inte går att skilja mellan två anbud.

17.10 Avtal och kontrakt

När den upphandlande enheten skriver ett kontrakt med en entreprenör har upphandlingsprocessen nått den sista länken i en kedja av ställnings-taganden och beslut. Arbetet med att utforma kontraktet får inte ses som en isolerad "formalia" utan måste vara en integrerad del av upphandlingsprocessen. Kontraktet sammanfattar och dokumenterar förhandlingsöverenskommelsen. Kontraktet skall i princip inte innehålla några nya affärsmoment jämfört med vad som framgår av förfrågningsunderlaget, anbudet eller det interna budet och eventuella protokoll eller handlingar som dokumenterar utfästelser i samband med förhandlingar.

18 Kostnadseffekter

LOU:s bestämmelser om offentlig upphandling har varit gällande rätt i Sverige sedan den 1 januari 1994. Utredningens uppdrag har enligt direktiven inneburit en kartläggning och analys av gällande regler vid upphandlande enheters köp av hälso- och sjukvårdstjänster och omsorgstjänster. Utredningen har inte i betänkandet föreslagit några ändringar i LOU.

Utredningen gör i betänkandet bedömningen att upphandlande enheters tecknande av *vårdavtal* med privata utförare eller andra upphandlande enheter för tillhandahållande av olika hälso- och sjukvårdstjänster och omsorgstjänster i allt väsentligt skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Det föreligger däremot inte enligt utredningens bedömning, på grund av avtalets offentlighetsrättsliga karaktär, någon upphandlingssituation vid upphandlande enheters ingående av *samverkansavtal* med enskilda läkare och sjukgymnaster. Utredningen anser inte heller att det föreligger någon upphandlingssituation då sjukvårdshuvudmannen tecknar vårdavtal med en enskild vårdgivare som på grund av samverkansavtal, eller särskilda övergångsbestämmelser omfattas av bestämmelserna i LOL och LOS. Detta gäller dock under förutsättning att vårdavtalets giltighetstid inte sträcker sig längre fram i tiden än samverkansavtalets giltighetstid. Utredningen konstaterar i betänkandet att upphandlande enheter i dag inte heller genomför något upphandlingsförfarande då de avser att teckna samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster. Utredningens bedömning i denna del kan därför inte medföra några kostnadskonsekvenser.

Såvitt utredningen har kunnat se genomförs i dag, i vart fall i viss omfattning, ett upphandlingsförfarande då landsting och kommuner avser att köpa olika vård- och omsorgstjänster.

LOU har enligt NOU:s kansli (Sammanfattning av effekter av lagen om offentlig upphandling, NOU-rapport 1998-02-08) lett till goda ekonomiska effekter i den offentliga upphandlingen. Även om fördyringar också har rapporterats beräknas LOU netto ha bidragit till en sammanlagd besparing för det allmänna på 3,3 miljarder kronor per år, vilket motsvarar cirka en procent av värdet av den totala offentliga upphandlingen. De stora nettobesparingarna har gjorts i kommuner och kommunala bolag.

Enligt skrivningar i rapporten är uppfattningen om lagens effekter positiv, framförallt i statlig och kommunal sektor. Bland kommunala bolag och i landstingen är bilden mer splittrad även om de största aktörerna i de båda grupperna är tämligen positiva. LOU respekteras i större utsträckning och efterlevs bättre än tidigare regelverk om offentlig upphandling. Reglerna om överprövning och skadestånd har bidragit till detta men en allmänt ökad uppmärksamhet på upphandlingsfrågor som följd av att LOU infördes har varit än mer avgörande. LOU har enligt nämndens kansli bidragit till att fler upphandlingar görs genom anbudsförfarande i konkurrens. Samtidigt har konkurrensen i de enskilda upphandlingarna ökat. Detta har i sin tur lett till att lägre priser har kunnat erhållas med bibehållen eller förbättrad kvalitet. Det är särskilt kommunerna som har ökat andelen upphandlingar genom anbudsförfarande i konkurrens. Det är också bland kommuner som ökningen av annonsering vid upphandling under tröskelvärdena har varit störst. Totalt sett har enligt rapporten LOU lett till en effektivisering av den offentliga upphandlingen. Upphandlande enheter med central styrning har i större utsträckning än andra enheter uppnått positiva effekter medan enheter med svag styrning och kontroll har fått mindre positiva effekter.

Mot bakgrund bland annat av vad som ovan anförts anser utredningen att utredningens bedömningar och rekommendationer inte torde medföra några negativa kostnadseffekter för landstingen och kommunerna. Enligt utredningens bedömning kan i stället en väl genomförd upphandling vad gäller vårdavtalen leda till besparingar i form av lägre kostnader och ökad effektivitet.

Utredningens bedömning, att vårdavtal skall föregås av ett upphandlingsförfarande, kan komma att medvetandegöra för vissa upphandlande enheter att det åligger dem att genomföra ett upphandlingsförfarande om de avser att inhandla vård- och omsorgstjänster. En följd av utredningens bedömning är att de sjukvårdshuvudmän som inte tidigare i någon större omfattning genomfört upphandlingar till en början kan få vissa ökade utbildningsbehov för sin personal. Kostnaden för denna utbildning uppkommer inledningsvis. Kostnaderna är emellertid nödvändiga för att kunna genomföra och följa upp en upphandling som i sig kan komma att leda till lägre kostnader och ökad effektivitet.

19 Generella direktiv

Utredningen har haft att beakta regeringens direktiv till samtliga kommittéer och särskilda utredare om att pröva offentliga åtaganden (dir.1994:23), om att redovisa regionalpolitiska konsekvenser (dir. 1992:50), om att redovisa jämställdhetspolitiska konsekvenser (dir. 1994:124) samt att redovisa konsekvenser för brottslighet och det brottsförebyggande arbetet (dir. 1996:49). Dessa direktiv upphävdes den 1 januari 1999 och ersattes av bestämmelser i kommittéförordningen (1998:1474).

Enligt 14 § kommittéförordningen skall, om förslagen i ett betänkande påverkar kostnaderna eller intäkterna för staten, kommuner, landsting, företag eller andra enskilda, en beräkning av dessa konsekvenser redovisas i betänkandet. Om förslagen innebär samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt, skall dessa redovisas. Vidare gäller enligt bestämmelsen att en finansiering skall föreslås när det gäller kostnadsökningar och intäktsminskningar för staten, kommuner eller landsting.

I 15 § kommittéförordningen sägs att om förslagen i ett betänkande har betydelse för den kommunala självstyrelsen, skall konsekvenserna i det avseendet anges i betänkandet. Enligt bestämmelsen gäller detsamma när ett förslag har betydelse för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet, för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags, för jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Utredningen anser inte att de framlagda förslagen och bedömningarna i betänkandet får någon sådan inverkan på nämnda områden att någon särskild redovisning av konsekvenserna är motiverad.

20 Författningskommentar

I 3 § HSL finns bestämmelser om landstingens åligganden på hälso- och sjukvårdsområdet. Kommunernas åligganden framgår av 18 § HSL. Bestämmelserna har närmare kommenterats i förarbeten till HSL (prop. 1981/82:97 och prop. 1990/91:14).

Genom förslag i prop. 1992/93:43 om *ökad konkurrens i kommunal verksamhet* infördes ett nytt tredje stycke i 3 och 18 §§ HSL. Landstinget eller kommunen fick enligt tillägget i bestämmelserna rätt att sluta avtal med annan om att utföra de uppgifter som landstinget eller kommunen ansvarar för enligt lagen. Det tillades även att en uppgift som innefattar myndighetsutövning dock inte får överlämnas till ett privaträttsligt subjekt med stöd av bestämmelserna.

I propositionen (sid. 6 f.) uttalade regeringen att strävandena under flera år varit att minska detaljregleringen av olika kommunala verksamheter och att öka kommunernas och landstingens frihet att välja rationella produktionsmetoder. Ökade möjligheter att använda entreprenader ligger enligt regeringen i linje med denna utveckling. Regeringen konstaterade vidare att varje landsting enligt HSL skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Trots att det enligt förarbetena till lagen (prop. 1981/82:97 sid. 33) uttalats att detta inte innebär att landstinget själv måste bedriva verksamheten rådde enligt regeringen vid tidpunkten för 1992/93 års proposition (sid. 7) osäkerhet huruvida landstinget kunde träffa avtal med någon annan om att svara för driften av verksamheten. Detsamma gällde enligt regeringen vad avser kommuners skyldighet att inom ramen för en försöksverksamhet erbjuda en god primärvård och en god distriktstandvård enligt lagen om försöksverksamhet med kommunal primärvård. På grund härav infördes ett tillägg till bestämmelserna som klargjorde att landstinget respektive kommunen får sluta avtal med någon annan om att utföra de lagreglerade uppgifterna (rskr. 1992/93:105). Bestämmelser av motsvarande innebörd infördes även i 4 § SoL, i 5 § TVL och i 3 § lagen (1991:1136) om försöksverksamhet med kommunal primärvård.

I prop. 1992/93:43 berörde regeringen även frågan om att införa generella krav på obligatorisk anbudsupphandling. Något förslag presenterades emellertid inte i propositionen. Regeringen gjorde därvid bedömningen att det under hösten 1992 skulle föreläggas riksdagen ett förslag till lag om offentlig upphandling, gemensam för bl.a. statliga

myndigheter, kommuner och landsting - som innebär en anpassning av regelsystemet till EG:s direktiv. Vidare hänvisade regeringen till att det vid tidpunkten även tillsatts en interdepartemental arbetsgrupp med uppgift att pröva frågan med obligatorisk anbudsupphandling när det gäller egenregiverksamhet. Med beaktande av dessa analyser skulle arbetsgruppen lägga fram förslag om inriktningen och omfattningen av ett system med obligatoriska regler om upphandling i konkurrens av offentlig verksamhet i egen regi. Arbetsgruppen skulle även överväga och lämna förslag om vilka områden i den kommunala verksamheten som ett obligatorium skulle kunna gälla. I Ds 1992:121 behandlades därefter frågan om att införa ett sådant obligatorium.

Ett avtal som avser vård sluts i form av vårdavtal eller samverkansavtal. Begreppet vårdavtal finns inte definierat i lagtexten. Ordet samverkansavtal förekommer i 5 § LOL och i 5 § LOS. Inte i någondera lagen anges emellertid vad som avses med ett sådant avtal. Av bestämmelserna framgår enbart att läkarvårdsersättning eller ersättning för sjukgymnastik enligt respektive lag endast lämnas till den som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

I betänkandet avses med begreppet vårdavtal, som redovisas i avsnitt 3.5.2, sådana avtal som landsting/kommuner ingår med privata/enskilda vårdgivare (en fysisk person, en stiftelse eller en annan juridisk person) och där parterna fritt och oberoende av föreskrifter i lag träffar avtal om att vårdgivaren skall vara verksam med offentlig finansiering. Ett samverkansavtal innebär enligt definitionen i betänkandet, jfr. avsnitt 3.5.3, att den privata vårdgivaren, dvs. en specialistläkare eller en sjukgymnast, kommer överens med landstinget om att bedriva verksamhet med ersättning enligt nationellt fastställda bestämmelser. Avtalets innehåll och de beslutade ersättningsformerna bestäms av LOL eller LOS och av förordningarna FOL och FOS.

I betänkandet görs bedömningen att upphandlande enheters tecknande av vårdavtal i huvudsak skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU (kapitel 11). Vidare konstaterar utredningen att det inte föreligger någon upphandlingssituation då upphandlande enheter tecknar samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster (kapitel 12).

Det har under det pågående utredningsarbetet, som utredningen pekat på under avsnitt 11.3.2, visat sig att det föreligger ett betydande behov av att innehållet i de begrepp som används vid anskaffningen av hälso- och sjukvårdstjänster klargörs och definieras. Det är viktigt inte minst med hänsyn till att utredningen kommit till slutsatsen att de två olika avtalstyperna ur upphandlingssynpunkt skall behandlas olika.

Utredningen anser att det är lämpligt att definitionen av de två avtalstyperna tas in i HSL där landstingens och kommunernas möjligheter att sluta avtal med annan utförare lagregleras. En definition

av avtalen kan inte enbart ges i t.ex. LOL eller LOS eftersom landstingen eller kommunerna kan teckna vårdavtal även med andra grupper av vårdgivare än de enskilda läkare och sjukgymnaster vilkas ersättningsregleras i dessa lagar.

Utredningen föreslår därför att en legaldefinition av innebörden av de båda avtalstyperna i klargörande syfte bör tas in i 3 § HSL. Det bör framgå att det med vårdavtal avses andra avtal än samverkansavtal som landstingen sluter med annan vårdgivare.

Enligt utredningens mening bör vidare i 3 § HSL slås fast att med ett samverkansavtal avses ett avtal som landstinget träffar med en enskild läkare eller sjukgymnast om att vad som föreskrivs i LOL och LOS skall gälla för verksamheten. Av den föreslagna definitionen framgår att ett avtal inte är ett samverkansavtal om det går utöver vad som föreskrivs i 3 § HSL. Om beaktansvärda skillnader föreligger blir avtalet att betrakta som ett vårdavtal. I 5 §§ första stycket LOL och LOS bör enligt utredningens uppfattning en hänvisning till 3 § HSL göras beträffande vad som avses med samverkansavtal. Vidare anser utredningen att det inte finns skäl att behålla tredje stycket i 5 § LOL respektive LOS. Dessa stycken bör därför utgå.

Utredningens huvudsakliga arbete har bestått i att analysera om en sjukvårdshuvudman är skyldig att tillämpa LOU innan sjukvårdshuvudmannen bestämmer vilken utförare som skall tillhandahålla tjänsten. Den oklarhet som råder i denna fråga har skapat problem, vilket framgår inte minst av den av utredningen genomförda enkätundersökningen. Med hänsyn härtill och till att tillämpningsfrågor av förevarande slag bör lösas genom en uttrycklig reglering förslår utredningen att en hänvisning till reglerna i LOU bör tas in i 3 § tredje stycket HSL som en erinran om att upphandlande enheters tecknande av vårdavtal med olika privata utförare skall föregås av ett upphandlingsförfarande (jfr. Lagrådets yttrande i prop. 1996/97:99 angående uppdragsarkeologi m.m., bilaga 8).

Det bör vidare enligt utredningens uppfattning genom en uttrycklig reglering framgå att LOU inte är tillämplig vid landstings tecknande av samverkansavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster. Detta hindrar emellertid inte att ett förfarande liknande det som föreskrivs i upphandlingslagen kan tillämpas i vissa fall. Även med en uttrycklig reglering gäller självfallet i sista hand att frågan kan komma att bli föremål för prövning av EG-domstolen.

Med hänsyn till utredningens arbete och direktivens utformning lämnar utredningen enbart förslag till ändringar i 3 och 18 §§ HSL samt 5 § TVL.

Särskilda yttranden

Särskilt yttrande av experterna Christian Fischerström och Per Lowén

Skall mångfald i vårdutbudet åstadkommas och patienterna garanteras kontinuitet och kvalitet i vården krävs för de privata vårdgivarna långsiktiga och stabila regler. Att vara verksam som privat vårdgivare med landstinget som enda finansiär gör den private entreprenörens situation unik i förhållande till entreprenörer inom andra sektorer. Korta avtal utan möjlighet till andra alternativa finansieringar vid avtalstidens utgång skapar inte förutsättningar för nyetablering av privat vårdverksamhet. Företagarrisken blir för den mindre och medelstore vårdgivaren för stor i denna situation. Utredningen saknar en grundläggande och nödvändig analys av hur ett upphandlingsförfarande under dessa förutsättningar kommer att påverka utbudet av privat vård med offentlig finansiering samt vilka andra alternativ utöver upphandling som kan stå till buds då landstinget eller kommun avser avtala med annan att utföra vården.

Med den särskilda situation som råder inom hälso- och sjukvården finner vi det nödvändigt att de nuvarande nationella ersättningssystemen genom samverkansavtal, vilka kan garantera en långsiktighet, måste bibehållas och utvecklas, som ett alternativ till upphandling. Detta i syfte att skapa en reell mångfald som även innefattar de mindre vårdgivarna. Vi finner det därför riktigt att i hälso- och sjukvårdslagen vid avtal om privat bedriven läkarvård och sjukgymnastik med offentlig finansiering ange de båda avtalstyperna samverkans- resp vårdavtal.

Vi anser däremot inte att det i hälso- och sjukvårdslagen bör införas någon särskild hänvisning till lagen om offentlig upphandling. Detta kan i strid med utredningens uppfattning ge intryck av att ett upphandlingsförfarande skall föregå även sjukvårdshuvudmannens tecknande av samverkansavtal respektive tecknande av vårdavtal med enskilda vårdgivare som på grund av samverkansavtal eller särskilda övergångsbestämmelser

omfattas av lagen om läkarvårdsersättning respektive lagen om ersättning för sjukgymnastik.

Särskilt yttrande av experterna Kerstin Sjöberg och Lena Sandström

De särskilda förhållanden som råder när det gäller landstings och kommunens ansvar för tillhandahållande av hälso- och sjukvårdstjänster och anskaffande av dessa borde ha redovisats och analyserats på ett betydligt mer ingående sätt i utredningen, för att göra det möjligt att företa de överväganden som direktiven förutsätter.

Enligt 3 § hälso- och sjukvårdslagen skall landstingen erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget samt dem som är kvarskrivna enligt 16 § folkbokföringslagen och stadigvarande vistas inom landstinget. Ett landsting får också i andra fall erbjuda hälso- och sjukvård åt den som är bosatt i ett annat landsting, om landstingen kommer överens om det. Landstingen svarar dessutom för att det inom landstinget finns en ändamålsenlig organisation för att till och från sjukhus eller läkare transportera personer vilkas tillstånd kräver att transporten utförs med transportmedel som är särskilt inrättade för ändamålet.

I 18 § stadgas att varje kommun skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som bor i sådan boendeform eller bostad som avses i 20 § andra stycket och 21 § tredje stycket socialtjänstlagen eller som efter beslut av kommunen bor i sådan särskild boendeform som avses i 69 § första stycket 2 samma lag. Varje kommun skall även i samband med dagverksamhet, som omfattas av 10 § socialtjänstlagen, erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som vistas där.

Hälso- och sjukvårdslagen är en ramlag som inleds med bestämmelser som anger definition av, mål för och krav på hälso- och sjukvården. I lagen anges inte hur dessa mål skall uppnås. Vi anser att de regler som finns idag och som anger att landsting och kommuner får träffa avtal med annan om utförandet är tillfyllest.

Utredningen föreslår att det i hälso- och sjukvårdslagen skall anges att landstingen skall träffa vårdavtal eller samverkansavtal när det är fråga om avtal som avser vård, samt att kommunerna skall träffa vårdavtal när det är frågan om avtal som avser vård. Detta kommer att skapa förvirring. I avtal om ambulansverksamhet t ex ingår både att patienter skall köras till rätt sjukvårdsinrättning samt att viss vård, emellanåt avancerad vård, skall ges under färden. Skall sådana avtal betecknas som vårdavtal då de rymmer ett vårdåtagande från entreprenörens sida såväl som ett färdåtagande? Avtal om inhyrning av personal som skall utföra de vårdåtgärder som annars skulle utföras av anställda - är det vårdavtal? Detta är bara några av de exempel som kan ges. Utredningen har inte tillräckligt analyserat de olika situationer som kan föreligga.

I lagarna om läkarvårdsersättning (LOL) resp ersättning för sjukgymnastik (LOS) anges detaljerat vad som avses med och vilken ersättning som skall ges vid olika vårdtillfällen. Där i anges också vad som avses med samverkansavtal respektive vårdavtal. De bestämmelser som utredningen vill införa i 3 § hälso- och sjukvårdslagen med finns till största delen redan i lagtexten i LOL och LOS .

Vi avvisar därför utredningens förslag i denna del. Om det anses erforderligt med ytterligare detaljregler bör dessa föras in i LOL och LOS.

När det gäller tandvården har vi underhand till utredningen framfört att man i tandvårdsverksamheten inte använder sig av begreppet vårdavtal. Inom tandvårdssystemet finns inte heller några särskilda ersättningslagar som motsvarar LOL respektive LOS. Det finns inte som vi ser det någon anledning att i tandvårdslagen införa ett begrepp som är helt främmande för tandvårdsverksamhet. Även här blir det svårigheter att veta vad som avses. Är ett avtal om tillhandahållande av tandteknikertjänster ett vårdavtal?

Vi avvisar på ovan angivna grunder helt de lagförslag som utredningen lägger fram.

Vi menar vidare att det inte är brukligt att i lagar hänvisa till att LOU gäller, än mindre att den inte gäller. Om sådana hänvisningar ändå bedöms nödvändiga vore det naturligare att införa dem i LOL och LOS.

Både landsting och kommuner kan själva utföra sina åligganden enligt hälso- och sjukvårdslagen eller träffa avtal med annan om utförandet. För privata vårdgivare är landsting och kommun de huvudsakliga köparna av deras tjänster och någon egentlig marknad finns inte. Hälso- och sjukvårdstjänster måste motsvara högt ställda krav på kontinuitet och upprätthållande av kompetens inom verksamheten. Dessa omständigheter borde utredningen på ett tydligare sätt lagt till grund för bedömningar och förslag.

Särskilt yttrande av experten Björn Lundgren

Generellt

I utredningen saknas en utförligare redovisning och en djupare analys av konsekvenserna vid upphandling av olika tjänster från skilda producenter inom hälso- och sjukvården samt en jämförelse härvidlag med andra tjänster.

Hälso- och sjukvårdslagen

Hälso- och sjukvårdslagen (1 982:763), HSL, är en ramlag. Lagen bör därför inte tillföras detaljbestämmelser, i synnerhet när förslagen i princip inte tillför något nytt i sak-. De bestämmelser som finns i dag i 3 och 18 §§, och som anger att ett landsting och en kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som de ansvarar för enligt HSL, anser jag är tillfyllest.

I lagen (1 993:165 1) om läkarvårdsersättning (LOL) och lagen (1 993:1652) om ersättning för sjukgymnastik (LOS) finns redan en rubrik och en paragraf om samverkans- och vårdavtal. Om utredningen närmare vill precisera och reglera dessa avtal för där aktuella grupper av vårdgivare, bör sådana detaljbestämmelser i stället anges i de nämnda ersättningslagarna. Alternativt kan det vara tillräckligt med uttalanden i motiv och författningskommentarer. Att (vård)avtal kan tecknas med övriga vårdgivare framgår, som ovan anförts, redan av 3 § HSL.

Det är inte brukligt att i lagar hänvisa till lagen (1 992:1528) om offentlig upphandling (LOU), än mindre att där ange att denna lag inte gäller i ett visst fall. Om utredningen anser att det för hälso- och sjukvårdens del ändå är påkallat med en hänvisning, bör en hänvisning till LOU omfatta alla avtal och inte bara vårdavtal. Detta bör därför anges sist i 3 § tredje stycket HSL. Uppgiften om att LOU inte är tillämplig i fråga om samverkansavtal bör anges i LOL och LOS.

Tandvårdslagen

Jag anser att den bestämmelse som finns i dag i 5 § tandvårdslagen (1985.125), och som anger att ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget och dess folktandvård ansvarar för enligt lagen, är tillfyllest. I tandvårdsverksamheten används

för övrigt inte begreppet värdavtal. Dessutom finns det inte heller inom tandvårdssystemet några särskilda ersättningslagar som motsvarar LOL och LOS,

Om utredningen ändå anser det påkallat med den föreslagna regleringen bör enligt min mening lydelsen i sin helhet skrivas ut och inte som nu med enbart en hänvisning till HSL.

Kommittédirektiv

Tillämpningen av Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) på hälso- och sjukvårdstjänster

Dir.
1998:12

Beslut vid regeringssammanträde den 8 januari 1998.

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare tillkallas med uppgift att analysera tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) på hälso- och sjukvårdstjänster där den enskilde vårdgivaren för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering är hänvisad till att träffa avtal med en sjukvårdshuvudman.

Utredaren skall

- redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna avtal för hälso- och sjukvårdstjänster och för andra tjänster,
- analysera om vårdavtal respektive samverkansavtal (dvs. där ersättningsformer och ersättningsnivåer styrs av lagen [1993:1651] om läkarvårdersättning och lagen [1993:1652] om ersättning för sjukgymnastik samt tillhörande förordningar) med en enskild vårdgivare skall föregås av upphandling genom ett anbudsförfarande i enlighet med LOU,
- redogöra för om det finns någon skillnad från upphandlingssynpunkt mellan att teckna vårdavtal respektive samverkansavtal,
- analysera tillämpningen av LOU när det gäller privata sjukhus och sjukhem som är ideella stiftelser eller liknande och som drivs utan vinstmotiv,
- analysera om vårdavtal enligt en ev. lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal inom hälso- och sjukvården, som föreslagits av Samverkansdelegationen i deras slutbetänkande (SOU 1997:179), skall upphandlas i enlighet med LOU.

Utredaren skall också inom ramen för gemenskapsrätten lämna förslag till om och i så fall hur nuvarande lagstiftning bör förändras eller

kompletteras i fråga om upphandling av enskilda vårdgivare inom hälso- och sjukvårdsområdet.

Bakgrund

Reglering av ersättning till enskilda vårdgivare och av omfattningen av den vård som de tillhandahåller

Ersättning för och omfattningen av privat utförda hälso- och sjukvårdstjänster regleras genom avtal mellan de enskilda vårdgivarna och sjukvårdshuvudmannen. Företrädesvis skall detta ske genom s.k. vårdavtal i vilka parterna kommer överens om verksamhetsinriktning, åtaganden, omfattning, lokalisering, ersättningsfrågor m.m. Parterna har dock även möjlighet att ingå s.k. samverkansavtal via de statligt reglerade ersättningssystemen. Dessa ersättningssystem innebär att ersättningsformer och ersättningsnivåer styrs av lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik samt tillhörande förordningar. Det direkta finansieringsansvaret ligger även i det senare fallet på sjukvårdshuvudmannen. Ett samverkansavtal innebär i stort sett att den enskilde vårdgivaren kommer överens med landstinget om att få bedriva verksamhet med ersättning enligt nationellt fastställda bestämmelser.

Om det inte bedöms finnas något behov av den enskilde vårdgivarens insatser inom landstinget eller del av detta, kan landstinget vägra att teckna vårdavtal eller samverkansavtal och därmed hindra att vårdgivaren får bedriva verksamhet med offentlig finansiering.

Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

Det övergripande regelverket för offentlig upphandling är lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). LOU har tillkommit som en följd av Sveriges förpliktelser enligt EES-avtalet och ansluter i övrigt till de direktiv om offentlig upphandling som antagits inom Europeiska gemenskaperna (EG). Huvudregeln är att konkurrensmöjligheterna på marknaden skall utnyttjas och att upphandlingen skall vara affärsmässig och genomföras utan ovidkommande hänsyn. Lagen styr formerna för anbuds konkurrens, tidsperioder och annonsering, val av anbudsgivare m.m.

Under hösten 1995 inkom det en förfrågan från Spri- Hälso- och sjukvårdens utvecklingsinstitut till Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som gällde huruvida vårdavtal för privatläkarvård skall föregås av upphandling genom anbudsförfarande i enlighet med lagen om

offentlig upphandling. Nämnden svarade att det närmast var att anse som en upphandlingssituation att ingå vårdavtal vid nyetablering av privatpraktiserande vårdgivare och att LOU därför skulle tillämpas. Enligt nämnden är det som skall regleras i ett vårdavtal (åtagande, ersättning, verksamhetsinriktning, former för rapportering, former för kvalitetssäkring m.m.) typiska upphandlingsrekvisit. Om man därutöver sluter vårdavtal för att knyta de privata vårdgivarna till en offentlig jourorganisation m.m. innebär detta, enligt nämnden, att man sluter avtal med någon för att utföra uppgifter som landstinget svarar för.

En minoritet av nämndens ledamöter var av skiljaktig mening och anförde bl.a. att tecknandet av vårdavtal oftast avviker från en vanlig upphandlingssituation, där landstingen önskar få en viss tjänst utförd av någon utanför den egna organisationen. Vid vårdavtal kommer ofta initiativet utifrån samtidigt som landstinget föreslås stå för finansieringen.

Landstingsförbundets synpunkter på upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

Landstingsförbundet anser inte att vårdavtal med enskilda läkare och sjukgymnaster skall behöva föregås av upphandling och har i en skrivelse till Socialdepartementet menat att vårdavtal inte utgör sådana avtal om tjänster till landsting eller kommuner som avses i EG:s upphandlingsdirektiv. Vidare har Landstingsförbundet inför den av regeringen tillsatta delegationen (S1995:10) för samverkan mellan privat och offentlig hälso- och sjukvård (den s.k. Samverkansdelegationen) hävdad att vårdavtal mellan landsting och privatpraktiserande läkare och sjukgymnaster är att betrakta som en variant av samverkansavtal. Landstingsförbundet har menat att vårdavtal för dessa vårdgivare inte behöver omfattas av krav på upphandling eftersom samverkansavtal inte behöver upphandlas. Enligt Landstingsförbundet skall dock upphandlingsförfarande enligt LOU gälla såväl när vårdavtal tecknas med juridiska personer, även om tjänsterna rör läkarvård och sjukgymnastik, som när vårdavtal tecknas med andra enskilda vårdgivare än läkare och sjukgymnaster.

Samverkansdelegationens synpunkter på upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

Huvudresonemanget i NOU:s beslut om att vårdavtal i motsats till samverkansavtal skall upphandlas är att det i vårdavtalet är möjligt att frångå gällande nationella bestämmelser om ersättning för utförda tjänster och att det därmed uppstår en konkurrenssituation om bland annat pris och kvalitet. Enligt Samverkansdelegationens uppfattning kan man lika väl hävda att det är möjligheten att få vara verksam som privat vårdgivare med offentlig finansiering som är föremålet för konkurrens, det vill säga huruvida landstinget i form av samverkansavtal beviljar en etablering eller inte.

Ett annat motiv som enligt Samverkansdelegationen gör det svårt att ur upphandlingssynpunkt betrakta vårdavtal och samverkansavtal på olika sätt är att det i inledningen av en överläggning mellan berörda parter kan vara oklart huruvida den önskvärda etableringen kommer att resultera i ett vårdavtal eller ett samverkansavtal. Snarare förefaller det, enligt delegationens mening, mycket sannolikt att man först under förhandlingstidens gång kommer fram till om och i vilken utsträckning man önskar göra avsteg från lagen om läkarvårdsersättning eller lagen om ersättning för sjukgymnastik. I denna situation ter sig en upphandling av en redan etablerad relation som onödig och krånglig enligt Samverkansdelegationens mening, varför det sannolikt leder till att man avstår från att teckna vårdavtal. Detta resonemang kan enligt delegationens uppfattning leda till två olika slutsatser när det gäller frågan om upphandling. Antingen skall såväl samverkansavtal som vårdavtal upphandlas enligt LOU eller också skall med hänsyn till den offentlighetsrättsliga lagstiftningen varken samverkansavtal eller vårdavtal behöva bli föremål för upphandling.

Samverkansdelegationen anser att eftersom det numer finns en möjlighet att träffa samverkansavtal på begränsad tid och att rätten till en permanent etablering ända till pensionsåldern därmed tagits bort, så behöver tryggheten i de nya samverkansavtalen inte vara annorlunda än i ett vårdavtal. Bland annat på grund härav försvagas enligt delegationens uppfattning det offentlighetsrättsliga argumentet för en särställning vad gäller kravet på upphandling.

Samverkansdelegationen har på grund av ovanstående i sitt delbetänkande Styrning och samverkan (SOU 1996:175) menat att det klart bör framgå av kommentaren till lagstiftningen att samverkansavtal och därmed ett medgivande till personlig etablering, i normalfallet skall gälla tillsvidare och att det måste finnas särskilda skäl för att samverkansavtal och etableringstillstånd skall tidsbegränsas om motivet för särställning ur upphandlingssynpunkt skall kunna hävdas. Delegationen

har vidare ansett att en utredning bör tillsättas för att klargöra om lagen om offentlig upphandling är tillämplig inom hälso- och sjukvårdsområdet, eftersom det råder delade meningar i frågan.

Samverkansdelegationen har också i sitt slutbetänkande (SOU 1997:179) uppmärksammat att många privata sjukhus och sjukhem är ideella stiftelser som drivs utan vinstmotiv. Dessa stiftelser har en lång tradition av samverka med den offentligt bedrivna vården och betraktas som en integrerad del av den samlade sjukvårdsproduktionen från sjukvårdshuvudmännens sida. I dessa fall handlar det därför enligt delegationen inte om entreprenader i vanlig mening, dvs. där en entreprenör övertar en befintlig verksamhet som ofta tidigare bedrivits i landstingets egen regi. Dessa ideella stiftelser driver i enlighet med sina stadgar sjukvård sedan årtionden och äger sina fastigheter. Enligt samverkansdelegationen är långsiktiga och stabila spelregler en förutsättning för dessa institutioners överlevnad och en modifiering av tillämpningen av LOU för dessa verksamheter bör därför övervägas.

Regeringens bedömning när det gäller upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

I regeringens proposition (1996/97:123) om privata vårdgivare, som antogs av riksdagen i juni 1997, gjorde regeringen bedömningen att en utredning bör tillsättas för att analysera tillämpningen av lagen om offentlig upphandling (LOU) när det gäller hälso- och sjukvårdstjänster där man för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering är hänvisad till att träffa avtal med ett landsting.

Uppdraget

En särskild utredare bör tillsättas för att analysera huruvida lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig vad avser hälso- och sjukvårdstjänster där man för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering är hänvisad till att träffa avtal med ett landsting. Utredaren skall särskilt analysera huruvida ingående av vårdavtal respektive samverkansavtal (dvs. ersättning enligt lagen [1993:1651] om läkarvårdsersättning eller lagen [1993:1652] om ersättning för sjukgymnastik) med enskilda vårdgivare skall föregås av upphandling genom anbudsförfarande i enlighet med LOU. Härvid skall således analyseras huruvida vårdavtal utgör sådana avtal om tjänster till landsting eller kommuner som avses i EG:s upphandlingsdirektiv.

Utredaren skall även klarlägga eventuella skillnader i olika upphandlingssituationer. Här skall särskild uppmärksamhet ägnas åt eventuella skillnader från upphandlingssynpunkt vid tecknandet av avtal för hälso- och sjukvårdstjänster och för andra tjänster. Vidare skall särskild uppmärksamhet ägnas åt eventuella skillnader från upphandlingssynpunkt mellan att teckna vårdavtal och samverkansavtal. Vidare skall utredaren analysera om privata sjukhus och sjukhem som drivs som ideella föreningar, stiftelser, kooperativ etc. utan vinstmotiv föranleder en särställning från upphandlingssynpunkt.

Om utredaren kommer fram till att vårdavtal med enskilda vårdgivare skall upphandlas enligt LOU, alternativt att både vårdavtal och samverksansavtal skall upphandlas enligt LOU, skall utredaren inom ramen för gemenskapsrätten lämna förslag till om och i så fall hur nuvarande lagstiftning bör förändras. Om utredaren kommer fram till att varken vårdavtal eller samverkansavtal skall upphandlas enligt LOU skall förslag, inom ramen för gemenskapsrätten, lämnas till om och i så fall hur den nuvarande lagstiftningen bör förtydligas eller kompletteras i fråga om upphandling av enskilda vårdgivare inom hälso- och sjukvårdens område. Vidare skall utredaren lämna förslag till eventuell särreglering från upphandlingssynpunkt för privata sjukhus och sjukhem som drivs utan vinstmotiv.

Samverkansdelegationen har i sitt slutbetänkande (SOU 1997:179) föreslagit att nu gällande lagstiftning rörande villkoren för läkare och sjukgymnaster, dvs. lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik, upphävs och ersätts med en lag om etablering för enskilda vårdgivare med vårdavtal. Tanken med denna lag är bl.a. att även andra vårdgivare än läkare och sjukgymnaster skall ha samma möjlighet att bedriva verksamhet i alternativa driftformer. Utredaren skall därför också analysera om vårdavtal enligt en ev. sådan lag skall upphandlas i enlighet med LOU.

Utredaren är oförhindrad att ta upp andra frågor som kan bli aktuella under utredningens gång.

Utredaren skall samråda med rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (1997:145), Konkurrensverket, Nämnden för offentlig upphandling, företrädare för privatpraktiserande vårdgivare respektive sjukvårdshuvudmännen samt med andra berörda organ.

Vidare skall utredaren beakta regeringens direktiv till samtliga kommittéer och särskilda utredare om att pröva offentliga åtaganden (dir. 1994:23), att redovisa de regionalpolitiska konsekvenserna (dir. 1992:50), att redovisa jämställdhetspolitiska konsekvenser (dir. 1994:124) och att redovisa konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet (dir. 1996:124).

Redovisning av uppdraget

Utredaren skall redovisa sitt uppdrag till regeringen senast den 15 mars 1999.

(Socialdepartementet)

Tilläggsdirektiv

Utredningen (S 1998:01) om sjukvårdsupphandling

Dir.
1999:21

Beslut vid regeringssammanträde den 4 mars 1999.

Sammanfattning av uppdraget

Enligt regeringens bemyndigande den 8 januari 1998 har en särskild utredare tillkallats med uppdrag att analysera tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) på hälso- och sjukvårdstjänster där den enskilde vårdgivaren för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering är hänvisad till att träffa avtal med en sjukvårdshuvudman (dir. 1998:12). Utredningen har antagit namnet Utredningen (S 1998:01) om sjukvårdsupphandling.

Den särskilde utredaren skall, utöver vad som omfattas av redan givna direktiv och med beaktande av gemenskapsrätten, utreda om LOU är tillämplig

- vid överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner,
- då kommuner köper hälso- och sjukvårdstjänster samt tjänster rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård,
- vid landstingens köp av tandvårdstjänster,
- vid s.k. avknoppning från landstingsdriven eller kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet och verksamhet rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård,
- vid landstings och kommuners köp av företagshälsovårdstjänster från privata enheter.

Utredaren skall också analysera frågan om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att se som en uppdragstagare, arbetstagare eller företagare vid de situationer som utredaren närmare skall analysera.

Bakgrund

LOU:s tillämplighet vid landstings och kommuners överlåtelse av driften av hälso- och sjukvårdsverksamhet till ett annat landsting eller en annan kommun

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har till regeringen framfört önskemål om lagändringar som gör det möjligt för kommuner och landsting att utvidga samverkan mellan huvudmännen på vård- och omsorgsområdet (S98/656/ST). Dessutom har Sammanläggningsdelegerades arbetsutskott i Skåne läns landsting samt Kommunförbundet i Skåne i en skrivelse till regeringen begärt en lagändring som innebär att en kommun efter överenskommelse med landstinget skall få möjlighet att svara för driften av primärvården (S97/8952/S).

I propositionen (prop. 1997/98:113) Nationell handlingsplan för äldrepolitiken konstaterades att det i vissa fall finns rättsliga hinder för att skapa den organisation och samordning av vården och omsorgen som är önskvärd. Regeringen gav därför i propositionen uttryck för att de lagliga förutsättningarna för samverkan bör förstärkas och att man har för avsikt att skyndsamt se över denna fråga och återkomma med erforderliga förslag till lagändringar.

Enligt lagen (1991:1136) om försöksverksamhet med kommunal primärvård får en kommun erbjuda primärvård om kommunen och landstinget är överens om det och Socialstyrelsen lämnat sitt tillstånd. Lagen var tidsbegränsad och gällde till utgången av år 1998. I propositionen (prop. 1997/98:189) Patientens ställning konstaterade regeringen att det mot bakgrund av det ställningstagande som gjordes i propositionen om Nationell handlingsplan för äldrepolitiken var olämpligt att mer långsiktigt ta ställning till den pågående försöksverksamheten med kommunal primärvård. Försöksverksamheten har enligt beslut av riksdagen förlängts till utgången av år 1999.

Förslaget om lagändring som tas upp i de ovan nämnda skrivelserna och som innebär att ett landsting och en kommun efter överenskommelse skall kunna bedriva verksamhet åt varandra på entreprenad, inrymmer emellertid en rad aspekter som måste analyseras. En viktig aspekt är om LOU är tillämplig i en sådan situation.

Kommunernas köp av hälso- och sjukvårdstjänster samt tjänster rörande allmän omvårdnad i samband med sådan hälso- och sjukvård

Kommunernas skyldigheter vad avser hälso- och sjukvård framgår av 17-25 §§ hälso- och sjukvårdslagen (1982:763, HSL). Av nämnda bestämmelser framgår det bl.a. att varje kommun skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta i sådana boendeformer som avses i 20 eller 21 § socialtjänstlagen (1980:620). Kommunerna får även enligt 18 § andra stycket HSL erbjuda hälso- och sjukvård i hemmet åt dem som vistas i kommunen. Kommunerna skall planera sin hälso- och sjukvård med utgångspunkt i befolkningens behov av sådan vård. Av 18 § sista stycket HSL framgår det att en kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen enligt lagen ansvarar för. Till följd av detta drivs i dag bl.a. ett flertal sjukhem av privata företag eller av stiftelser och andra ideella organisationer. Svenska Kommunförbundet har till Utredningen om sjukvårdsupphandling framfört önskemål om att utredningen även skall genomföra en analys av LOU:s tillämplighet vid kommunernas köp av vård- och omsorgstjänster från privata vårdgivare.

Landstingens köp av tandvårdstjänster

Personer som bor i särskilda boendeformer för service och omvårdnad samt personer som bor i egen bostad och som har så stort behov av vård och/eller omsorg att det kan jämföras med behovet hos boende på sjukhem eller motsvarande skall fr.o.m. den 1 januari 1999 erbjudas att utan avgift få sitt muntillstånd bedömt och få nödvändig tandvård utförd mot den avgift som tas ut inom den öppna hälso- och sjukvården. Landstingen förutsätts träffa avtal eller överenskommelser med privata vårdgivare eller folktandvården om hur denna uppsökande verksamhet och den efterföljande nödvändiga tandvården skall fungera och ersättas. Detta kan, enligt vad som anförs i prop. 1997/98:112, ske efter det att ett sedvanligt upphandlingsförfarande ägt rum. Regeringen uttalade vidare i propositionen att man inte var beredd att nu föreslå lagstiftning om att verksamheten skall konkurrensutsättas. Regeringen vill i stället avvakta med ett ställningstagande eftersom det tillsatts en utredning som skall göra en översyn av LOU:s tillämplighet vid landstingens köp av hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare. Socialutskottet uttalade i bet. 1997/98:SoU25 att det är angeläget att den uppsökande verksamheten och den tandvårdsbehandling som därefter kan bli nödvändig konkurrensutsätts. Inte heller utskottet ansåg tiden mogen att föreslå en obligatorisk upphandling av denna verksamhet och uttalade

bl.a. att man bör avvakta med ett ställningstagande till dess Utredningen om sjukvårdsupphandling slutfört sitt uppdrag.

Landstingen (folktandvården) skall vidare enligt 7 § tandvårdslagen (1985:125, TVL) svara för regelbunden och fullständig tandvård för barn och ungdomar t.o.m. det år de fyller 19 år. Denna tandvård är i huvudsak avgiftsfri för patienten. Enligt 7 § TVL ges landstingen möjlighet att anlita andra vårdgivare än folktandvården för att utföra denna tandvård. I tidigare nämnda betänkande förklarade utskottet att ett inte obetydligt antal patienter har möjlighet att välja mellan folktandvård och privat tandvård. Socialutskottet anförde i betänkandet att man ser positivt på denna utveckling som ett led i förbättringen av konkurrensvillkoren mellan folktandvården och den privata tandvården. Det är enligt utskottets mening angeläget att fler landsting utnyttjar möjligheten att konkurrensutsätta verksamheten.

Avknoppning från landstingsdriven och kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet samt allmän omvårdnad i samband med sådan hälso- och sjukvård

I en utredning som genomförts inom Stockholms läns landsting om landstingets relationer till privata vårdgivare anför det att sjukvårdsområden och sjukvårdsledningarna ibland kontaktas av vårdgivare, främst läkare, som är anställda hos landstinget. De uttrycker därvid sin önskan att bryta sig ur delar av den verksamhet som de f.n. är engagerade i och bedriva den delen i privat regi. Bakgrunden är oftast att de ser att vissa behov är eftersatta eller att den nuvarande verksamheten och dess organisation inte förmår tillgodose behoven på ett tillfredsställande sätt. I landstingets utredning framhålls det att, eftersom det i dessa fall rör sig om entreprenadläggning eller s.k. avknoppning av viss landstingsdriven verksamhet, det lagliga tillvägagångssättet därefter är att genomföra en upphandling. Motivet för detta är att landstinget har en skyldighet att förvalta skattemedel på affärsmässigt bästa sätt och således skall välja den entreprenör som sammantaget kan ge de bästa villkoren för att utföra tjänsten. Dessutom syftar upphandlingsreglerna till en konkurrens på lika villkor mellan marknadens leverantörer. Om hälso- och sjukvårdsnämnden beslutar att upphandla en sålunda föreslagen tjänst innebär det samtidigt enligt utredningen att beslut måste tas om att konkurrensutsätta denna verksamhet. Besked eller direktiv om konkurrensutsättning och eventuellt om deltagande i anbudsgivning måste då ges till de enheter i landstingets regi som berörs. Å andra sidan kan det enligt utredningen då uppfattas som om landstingen "stjäl" en

god idé. Utredningen hänvisar till att det pågår en översyn av LOU beträffande sjukvårdstjänster.

Företagshälsovård

Konkurrensverket har i ett remissyttrande den 9 juni 1998 (Dnr A98/688/AL) över departementspromemorian Företagshälsovård en resurs i samhället (Ds 1998:17) bl.a. anfört att offentliga resurser ämnade att ersätta hälso- och sjukvård enligt den nationella taxan inte bör användas för att subventionera företagshälsovård. I den mån det kan finnas behov av sjukvårdande verksamhet på de enheter som driver företagshälsovård anser Konkurrensverket, liksom arbetsgruppen, att vårdavtal kan vara en bra form för detta ändamål. Konkurrensverket vill även i detta sammanhang påminna om att det tillsatts en utredning för att analysera tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) när det gäller hälso- och sjukvårdstjänster och där den enskilde vårdgivaren för att kunna bedriva verksamheten med offentlig finansiering är hänvisad till att träffa avtal med en sjukvårdshuvudman.

Den privata vårdgivarens ställning i förhållande till sjukvårdshuvudmannen

Konkurrensverket har i ett remissyttrande den 16 april 1998 (Dnr S97/8997/S) över betänkandet Klara Spelregler (SOU 1997:179) bl.a. anfört att det inte synes vara klarlagt i betänkandet om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att anse som uppdragstagare, arbetstagare eller företagare. Att klarlägga förhållandet mellan landstinget och den enskilde vårdgivaren är enligt Konkurrensverkets bedömning väsentligt för att uppnå effektiv samverkan i sjukvården. Verket har därför i remissyttrandet föreslagit att Utredningen om sjukvårdsupphandling får till uppgift att klarlägga även detta förhållande.

Upphandlingsförfarandet

Utredningen om sjukvårdsupphandling har under föregående år genomfört en enkätundersökning till samtliga sjukvårdshuvudmän bland annat för att få vetskap om sjukvårdshuvudmännens synpunkter på LOU. Denna studie har visat att ett flertal landsting och kommuner finner lagen besvärlig att tillämpa och att de önskar någon form av

beskrivning av förfarandet och någon avtalsmall som kan användas vid genomförandet av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Regeringen har tillsatt en utredning (Fi 1998:08) om översyn av Nämnden för offentlig upphandling. Denna utredning skall bl.a. utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling och vilken roll samt vilka uppgifter den bör ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn av offentlig upphandling. Den utredningen skall även göra en översyn av bestämmelserna i 6 kap. LOU som bl.a. avser upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

Uppdraget

Gemenskapsrättens principer gäller all offentlig anskaffning, även sådan som inte regleras i EG:s direktiv om offentlig upphandling. Utredningen om sjukvårdsupphandling har till uppgift att analysera LOU:s tillämplighet vid landstingens köp av hälso- och sjukvårdstjänster från privata vårdgivare. Denna fråga har en naturlig anknytning till de frågor som berörts ovan. Mot denna bakgrund framstår det som följdriktigt att utredaren ges i uppdrag att fortsätta sitt arbete med de frågor som faller inom detta direktivs ram.

Regeringen anser därför att Utredningen om sjukvårdsupphandling skall utreda huruvida LOU är tillämplig vid överlåtelse av hälso- och sjukvårdsverksamhet mellan landsting och kommuner. Huvudmannaskapet och finansieringsansvaret förutsätts vara oförändrat.

Regeringen anser också att utredaren skall utreda LOU:s tillämplighet vid kommunernas köp av hälso- och sjukvårdstjänster enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) och tjänster rörande allmän omvårdnad enligt socialtjänstlagen (1980:620) som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård, från privata vårdgivare.

Därutöver skall utredaren se över LOU:s tillämplighet vid landstingens köp av tidigare beskrivna tandvårdstjänster samt tjänster för barn- och ungdomstandvård.

Vidare anser regeringen att utredaren skall se över LOU:s tillämplighet vid s.k. avknoppning från landstingsdriven eller kommundriven hälso- och sjukvårdsverksamhet samt verksamhet rörande allmän omvårdnad som ges i samband med sådan hälso- och sjukvård. Regeringen vill i detta sammanhang erinra om att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) fick ett regeringsuppdrag den 26 juni 1997 att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m. Uppdraget redovisades den

17 mars 1998. Utredningen om sjukvårdsupphandling bör beakta vad som sägs i NOU:s rapport (In98/642/KL).

Utredaren skall även utreda frågan om upphandlingslagens tillämplighet vid landstings och kommuners köp av företags-hälsovårdstjänster från privata enheter.

Slutligen skall utredaren analysera frågan om den enskilde vårdgivaren i förhållande till sjukvårdshuvudmannen främst är att anse som uppdragstagare, arbetstagare eller företagare.

Det står utredaren fritt att komma med de förslag som översynen kan leda till och att i samarbete med Utredningen (Fi 1998:08) om översyn av Nämnden för offentlig upphandling, komma in med förslag till ett lämpligt förfarande som kan användas vid en upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

Utredaren skall utöver vad som sägs i de tidigare angivna direktiven samråda med Svenska kommunförbundet och Utredningen (Fi 1998:08) om översyn av Nämnden för offentlig upphandling.

Redovisning av uppdraget

Utredningsarbetet skall enligt de ursprungliga direktiven vara avslutat senast den 15 mars 1999. Dessa tilläggsdirektiv gör det nödvändigt med ytterligare tid för utredningsuppdraget. Utredaren skall därför redovisa resultatet av sitt samlade arbete till regeringen före utgången av år 1999.

(Socialdepartementet)

Enkät

Vänligen läs "terminologibeskrivningen" på föregående sida innan enkäten fylls i.

Svaren i denna enkät har lämnats av

Namn.....

Landsting/kommun.....

Telefon.....

VÅRDAVTAL

Fråga 1.

Hur många löpande vårdavtal har landstinget/kommunen i dag ?

.....
.....
.....

Hur många av dessa vårdavtal har landstinget/kommunen träffat under perioden 1997-07-01--1998-06-30?

.....
.....
.....

Hur många av vårdavtalen ingångna under ovan nämnda period har träffats med personer som inte tidigare varit verksamma enligt lagen om läkarvårdsersättning eller lagen om ersättning för sjukgymnastik?

.....
.....
.....

Hur många av avtalen under perioden har träffats med en enskild vårdgivare (en fysisk person) ?

.....
.....
.....

Hur många av avtalen under perioden har ingåtts med en stiftelse eller någon annan organisation som drivs utan vinstintresse?

.....
.....
.....

Hur många avtal under perioden har ingåtts med en annan juridisk person?

Fråga 2.

Hur lång avtalstid har vårdavtalen?

.....
.....
.....

I hur många fall har vårdgivaren vid övergång från samverkansavtal till vårdavtal rätt att återgå till samverkansavtalet efter utgången av vårdavtalets giltighetstid?

.....
.....
.....

Fråga 3.

Hur många av vårdavtalen har föregåtts av ett förfarande enligt LOU?

.....
.....
.....

Fråga 4.

Sker upphandlingsförfarandet på olika sätt om avsikten är att träffa avtal med en enskild vårdgivare (en fysisk person), en stiftelse eller en annan juridisk person. Det vill säga har den juridiska form som vårdgivaren verkar i någon betydelse för hur upphandlingsförfarandet skall äga rum?

.....
.....
.....

Vilka typer av vårdtjänster har avsetts om upphandlingsunderlaget har formulerats på olika vis?

.....
.....
.....

Sänd gärna oss olika exempel på förfrågningsunderlag som varit riktat till en enskild vårdgivare, en stiftelse eller en annan juridisk person.

Fråga 5.

I hur många fall har anbuden förhandlats. Det vill säga i hur många fall har förhandling skett om kvalitet, utförande, pris eller något annat?

.....
.....
.....

SAMVERKANSAVTAL

Fråga 6.

Hur många löpande samverkansavtal har landstinget/kommunen i dag?

.....
.....
.....

Hur många av dessa samverkansavtal har landstinget/kommunen träffat under perioden 1997-07-01--1998-06-30?

.....
.....
.....

Fråga 7.

Hur lång avtalstid har samverkansavtalen?

.....
.....
.....

Fråga 8.

Hur många samverkansavtal har föregåtts av ett förfarande enligt LOU?

.....
.....
.....

VÅRDGIVARE ÖVER 65 ÅR**Fråga 9.**

Hur många vårdavtal har träffats med personer som under tiden 1997-07-01--1998-06-30 fyllt 65 år och därför enligt 9 § lagen om läkarvårdsersättning och 9 § lagen om ersättning för sjukgymnastik inte automatiskt äger rätt till ersättning enligt gällande taxor?

.....
.....
.....

Hur många av dessa vårdavtal har föregåtts av ett förfarande enligt LOU?

.....
.....
.....

Fråga 10.

Har landstinget/kommunen under perioden 1997-07-01--1998-06-30 medgett en vårdgivare som fyllt 65 år att vara verksam enligt gällande läkarvårdstaxa eller sjukgymnasttaxa ? Om svaret på frågan är ja ange hur många vårdgivare som under perioden medgetts rätt till fortsatt verksamhet.

.....
.....
.....

Vilken avtalsform har i så fall detta medgivande fått?

.....
.....
.....

Hur lång giltighetstid har avtalen fått?

.....
.....
.....

ÖVRIGT

Fråga 11.

Vem tar initiativet till att ett avtal ingås? Det vill säga beskriv hur landstinget/kommunen får vetskap om olika vårdproducenters önskemål att träffa avtal?

.....
.....
.....

Fråga 12

Beskriv vad som avgör om landstinget/kommunen väljer vårdavtal eller samverkansavtal som avtalsform?

.....
.....
.....

Fråga 13.

I vilket skede beslutar landstinget/kommunen om den avtalsform som skall väljas blir vårdavtal eller samverkansavtal?

.....
.....
.....

Fråga 14.

Hur ser landstinget/kommunen på upphandlingsreglerna vid ingående av avtal för hälso- och sjukvårdstjänster? Beskriv hur landstinget/kommunen tillämpar reglerna och belys eventuella fördelar/svårigheter med reglerna om upphandling.

.....
.....
.....

Danmark

Inledning

Uppgifterna som redovisas i bilagan är hämtade från Sjukvård i andra länder av Arvidsson & Jönsson, från Health Check av Ham, Robinson & Benzeval, från Spri rapport 379, från SOU 1994:15 och från NOU beslut om krav på anbudsförfarande i samband med avtal med läkare, Dnr 86/95-21.

Det danska hälso- och sjukvårdssystemet är skattefinansierat. De regionala politiska organen med beskattningsrätt har ansvaret för hälso- och sjukvården. Amtskommunerna (motsvarande de svenska lands-tingen) och Köpenhamns och Fredriksbergs kommuner har ansvaret för finansieringen av det danska sjukhusväsendet. Amtskommunerna har också ansvaret för den öppenvård som bedrivs inom ramen för den skattefinansierade allmänna sjukförsäkringen.

Produktion

All produktion av öppenvård som finansieras genom den allmänna sjukförsäkringen sköts av privata praktiker som måste ha avtal med amtskommunerna för att få ersättning från försäkringen. De yrkesgrupper som arbetar inom ramen för försäkringen är allmänpraktiserande läkare (husläkare), specialister i öppenvård, tandläkare, sjukgymnaster, kiropraktorer, fotvårdare och psykologer.

Sjukhusen ägs och drivs av amtskommunerna samt av Köpenhamn och Fredrikbergs kommuner. Därutöver finns ett statligt sjukhus, Righospitalet, som ansvarar för högspecialiserad vård. Detta sjukhus finansieras genom ersättning från amtskommunerna som utnyttjar sjukhusets tjänster. Det finns i Danmark enstaka privata sjukhus som drivs i vinstsyfte. Dessa sjukhus är inte offentligt finansierade utan patienten betalar själv kostnaderna för erhållen vård. Emellertid finns privata försäkringar som helt eller delvis täcker sjukhuskostnaderna.

Primärkommunernas ansvar

Kommunerna i Danmark har ansvaret för bl.a. gruppboende och stöd till de psykiatriska patienter som bor i eget hem. Kommunerna ansvarar också för förebyggande insatser, t.ex. barnhälsovård samt för hemsjukvård och vård vid institutioner för äldreboende, plejehem. Genom avtal med husläkarna svarar amtskommunen för läkarinsatserna vid plejehemmen. För rehabilitering och viss socialomvårdnad har amts- och primärkommunerna ett delat ansvar och finansierar hälften var oavsett om vården produceras av amtskommunen eller primärkommunen. Det delade ansvaret avser enbart personer under 67 år. Primärkommunerna har det fulla finansieringsansvaret för äldre personer. Det finns i Danmark olika privata vårdhem, företrädesvis olika privata plejehem, som drivs med offentlig finansiering. Primärkommunerna ingår därvid avtal om rätt till offentlig finansiering med den privata entreprenören. Etableringen föregås av ett anbudsförfarande.

Offentlig finansiering av den privat bedrivna öppenvården

All produktion av öppenvård som finansieras genom den offentliga sjukförsäkringen sköts, som tidigare nämnts, av privatpraktiserande vårdgivare, som har ingått avtal med amtskommunerna. Avtalen löper tills vidare, men omförhandlas som regel vart annat år.

I Danmark finns inte någon motsvarighet till de svenska vårdavtalen. Däremot finns en typ av avtal som i stort sett motsvarar de svenska samverkansavtalen.

Ersättningen och övriga villkor för de privat praktiserande vårdgivarna grundas i sin helhet på de avtal och prislistor som förhandlats fram mellan Sygsikringens forhandlingsudvalg (SFU) och de privatpraktiserande vårdgivarnas organisationer. Resultatet av förhandlingarna framgår av Landsöverenskomsten.

På det lokala planet finns möjligheter till kompletterande avtal för de privatpraktiserande vårdgivarna som redan är etablerade. Även vid dessa tilläggsavtal styrs ersättningen och övriga villkor av de avtal som förhandlats fram mellan parterna på regional nivå.

Möjligheterna till etablering för privatpraktiserande vårdgivare i Danmark är helt kopplat till befolkningsunderlaget och kan endast ske genom

1. övertagande av en praktik,
2. utvidgning av praktik (kräver tillstånd och är behovsprövat), och
3. utökning på grund av ökning i befolkningsunderlaget.

Amtet skall senast i november underrätta samarbetsudvalget samarbetsorganisationen (landstingsnivå) inom vilket område en etablering är möjlig. När samarbetsorganisationen fått besked om behovet tillfrågas först de etablerade vårdgivarna i det aktuella området. Därefter annonserar samarbetsorganisationen, före utgången av februarimånad, vilka områden som är öppna för etablering och hur många vårdgivare som kan etablera sig. Samarbetsorganisationen beslutar utifrån ställda krav, vilka som erhåller rätt till etablering. Möjligheterna till nyetablering offentliggörs således årligen.

Nederländerna

Inledning

Uppgifterna som redovisas i bilagan är hämtade från Sjukvård i andra länder av Arvidsson & Jönsson, från Health Check av Ham, Robinson & Benzeval, från Spri rapport 379 och från SOU 1994:15.

Finansieringen av den nederländska hälso- och sjukvården sker genom en kombination av olika försäkringslösningar. Finansieringen är till större delen (drygt 75 procent) offentlig.

Produktion

Av Nederländernas 750 institutioner för bl.a. äldreboende är 600 privata. Enligt lag får de inte drivas i vinstsyfte. De flesta har anknytning bl.a. till antingen katolska eller protestantiska understödjare.

Allmänläkare är i regel egna företagare. Nästan all specialistvård drivs på sjukhusen; specialistläkarna är egna företagare som har kontrakt med sjukhuset. Annan personal är anställd med månadslön.

Offentlig finansiering av den privat bedrivna öppenvården

Försäkringen för exceptionella sjukvårdsutgifter (AWBZ) är obligatorisk. Försäkringen omfattar alla som står under det holländska skattesystemet, även familjemedlemmar, arbetslösa och handikappade. Arbetsgivaren och arbetstagaren betalar hälften var av avgifterna. Den andra offentliga försäkringen (ZFW) är obligatorisk för alla med inkomst under en viss gräns. Försäkringen finansieras på samma sätt som AWBZ.

I Nederländerna finns inte någon motsvarighet till de svenska vårdavtalen. Däremot kan man hävda att den finns en avtalstyp som till viss del påminner om de svenska samverkansavtalen.

Det finns en lagreglerad förhandlingsprocess för att bestämma ersättningar till vårdproducenterna. Vilka tjänster som ger ersättning enligt de offentliga sjukförsäkringarna förhandlas således fram mellan de olika intressenterna och en central myndighet (Sjukkassornas Centralråd).

Denna bestämmer också riktlinjer för ersättningar och godkänner de avtal som sluts mellan sjukförsäkrarna och de enskilda vårdproducenterna.

Staten har dessutom en viss kontroll över allmänläkarnas etablering med rätt till offentlig finansiering genom en särskild lag som reglerar minimi- och maximistorleken för en allmän läkarpraktik. Det finns även en kontroll över hur många positioner för specialistläkare som får etableras för öppenvård vid sjukhusen.

Som ovan framgått spelar staten således en betydelsefull roll i det nederländska hälso- och sjukvårdssystemet, även om det finns betydande privata inslag på såväl finansierings- som produktionssidan. Priser, produktion och kapacitet regleras ytterst av regeringen.

Tyskland

Inledning

Uppgifterna som redovisas i bilagan är hämtade från Sjukvård i andra länder av Arvidsson & Jönsson, från Health Check av Ham, Robinson & Benzeval, från Spri rapport 379 och från SOU 1994:15.

Finansieringen av den tyska hälso- och sjukvården sker genom olika försäkringar. Finansieringen är till övervägande del offentlig (cirka 80 procent). Alla som har en inkomst som inte uppgår till en fastställd nivå är obligatoriskt försäkrade. Övriga kan välja att ansluta sig till den offentliga försäkringen eller att försäkra sig privat.

Produktion

Producenterna är i Tyskland strikt uppdelade på öppen och sluten vård. Den öppna vården bedrivs av privatpraktiserande vårdgivare som har avtal med försäkringskassan. Sjukhusen bedriver nästan enbart sluten vård. Sjukhusen är fristående från försäkringen. Ungefär hälften av sjukhusen drivs i offentlig regi av delstater och kommuner. Kyrkor och frivilliga organisationer äger cirka 35 procent av sjukhusen medan resterande del av sjukhusen drivs med vinstsyfte i privat regi.

Ett utmärkande drag för det tyska systemet är karaktären av självförvaltning. De kassaanslutna läkarna är sammanslutna i lagligt reglerade organisationer på delstatsnivå. Dessa organisationer administrerar hela ersättningsystem, reglerar etableringar, följer upp förskrivningar och remisser samt sköter en stor del av kostnadskontrollen. De sluter avtal med kassornas delstatliga organisationer. Avtal sluts också mellan motsvarande organisationer på den nationella nivån.

Offentlig finansiering av den privat bedrivna öppenvården

För den öppna vården gäller att sjukförsäkringen ersätter läkarna enligt ett s.k. fee-for-servicesystem. Inom den öppna vården har principen fram till år 1993 varit att alla läkare med viss utbildning haft rätt till anslutning

till kassan, även om kassorna och läkarnas organisationer haft rätt att begränsa etableringen i specialiteter med stora överskott av läkare. Numera tillåts inte några nya etableringar i regioner som har större läkartäthet än tio procent över behovsprövad vårdnivå. Den behovsprövade nivån har fastställts centralt för hela Tyskland. Läkare över 68 år får inte ha kvar sin anslutning till kassan. I Tyskland finns det inte någon motsvarighet till de svenska vårdavtalen för privatpraktiserande läkare. De avtal som finns kan till viss del jämföras med de svenska samverkansavtalen.

Läkarna erhåller ersättning för de behandlingar han eller hon utför enligt en särskild taxa som bygger på ett poängsystem. Alla ingrepp klassificeras och ges ett relativt värde i form av poäng. Detta sker på federal nivå. På delstatsnivå förhandlar läkarnas och kassornas organisationer fram en årlig budget för varje distrikt. Denna överförs som en klumpsumma till läkarnas organisationer. Vid årets slut beräknas poängvärdet för varje distrikt och läkaren får sin ersättning i relation till sina prestationer. Genom att producera mycket kan han öka sin egen inkomst, men samtidigt sjunker poängvärdet.

På sjukhussidan sker inte någon liknande kollektiv förhandling. Sjukhusen förhandlar vart och ett. För den slutna vården upprättar delstaterna sjukhusplaner. Dessa planer anger vårdbehov, inriktning och lokalisering. För att kunna sluta avtal med försäkringskassa behöver sjukhuset etableringstillstånd från delstaten.

Äldreomsorg

Äldreomsorgen ligger utanför sjukvården. Familjen har huvudansvaret för omvårdnaden. Emellertid har det införts en äldrevårdsförsäkring som successivt trädde i kraft under 1995-1996. Försäkringen är avsedd att ge ekonomiskt stöd till familjer som vårdar äldre. Alternativt skall försäkringen täcka de fulla kostnaderna för vård vid sjukhem.

Storbritannien

Inledning

Uppgifterna som redovisas i bilagan är hämtade från Sjukvård i andra länder av Arvidsson & Jönsson, från Health Check av Ham, Robinson & Benzeval, från Spri rapport 379, från SOU 1994:15 och från NOU beslut om krav på anbudsförfarande i samband med avtal med läkare, Dnr 86/95-21.

National Health System (NHS) är ett skattefinansierat statligt hälso- och sjukvårdssystem. Det politiska ansvaret för hälso- och sjukvårdens omfattning och inriktning ligger på den nationella nivån.

Produktion

Den offentligt finansierade vården produceras i offentlig regi, dels vid statligt ägda sjukhus, dels i olika öppna vårdformer. Personalen är anställd av NHS. Husläkarverksamheten drivs dock av läkare som är egna företagare och som har kontrakt med NHS.

År 1997 fanns det cirka 100 000 yrkesverksamma läkare i Storbritannien (SOU 1997:179). Av dessa var cirka 36 procent general practitioners (GP:s). Alla GP:s var offentligt finansierade och verksamma i egna bolag. Cirka 80 procent av dem arbetade i olika grupp-mottagningar.

Endast akuta fall och vård av veneriska sjukdomar är i Storbritannien undantagna remisskrav för vård vid sjukhus. En GP fungerar således som en "grindvakt till sjukvården".

Det finns två typer av GP:s; nämligen Fundholders som har delar av sjukvårdsbudgeten för sina listade patienter och non fundholders vars budget administreras av respektive Local Health Authority (LHA). En Gp som är fundholder tecknar avtal med sjukhusen. Enligt Samverkansdelegationen innebär detta system att sjukhusen konkurrensutsätts i samband med upphandlingen från GP fundholders och LHA (SOU 1997:179 sid. 180).

Kommunernas ansvar

Kommunerna har ansvar för äldreomsorg och institutionsboende för äldre.

Offentlig finansiering av privat bedrivna öppenvård

I det engelska hälso- och sjukvårdssystemet finns bara en finansiär, NHS, som lokalt företräds av den District Health Authorities (DHA) inom vilken man bor. Tillhandahållaransvaret ligger hos DHA. Vid sidan om NHS finns en liten men växande privat sektor som finansieras med privata försäkringar eller direktbetalningar.

Det politiska ansvaret för hälso- och sjukvårdens omfattning och inriktning finns på den nationella nivån. National Health Services (NHS) är ett skattefinansierat, statligt hälso- och sjukvårdssystem. Budget fördelas via den regionala nivån till den lokala nivån, DHA och Family Health Authority (FHA).

Den offentligt finansierade vården produceras i offentlig regi. Husläkarverksamheten, primärvården, bedrivs av läkare som är egna företagare och som har avtal med NHS.

Privat vård bedrivs i huvudsak vid privata vårdenheter men det finns privat verksamhet även inom NHS. Det hänger samman med att alla specialister med självständig ställning har rätt att behandla privata patienter vid det sjukhus där de arbetar.

I Storbritannien finns inte någon motsvarighet till de svenska vårdavtalen. Det finns däremot en avtalstyp liknande de svenska samverkansavtalen. Således är ersättning och andra villkor för de privatpraktiserande vårdgivarna helt reglerat genom Statement of Fees and Allowances payable to general Medical in England and Allowances payable to general Medical in England and Wales.

Behovet av husläkare bestäms på nationell nivå och möjligheterna till nyetablering utannonseras. Medical Practice Committee (MPC) beviljar etableringar som husläkare. Etablering kan enbart ske genom att

1. Vakanser utannonseras och sökandena intervjuas eller
2. Etablerade husläkare ansöker om att få utöka praktiken med ytterligare en läkare.

Andra vårdgivaregrupper än läkare

Samverkansdelegationen har i betänkande SOU 1997:179 konstaterat att de allra flesta privatpraktiserande sjukgymnasterna i Storbritannien arbetar utan offentlig finansiering och att enbart enstaka privata sjuk-

gymnaster arbetar med kontrakt med GP:s inom ramen för NHS. Vidare konstaterade delegationen att cirka 25 procent av de yrkesverksamma sjuksköterskorna är privat anställda utanför NHS. Enbart en ringa del av sjuksköterskorna är verksamma i egna företag. År 1997 var cirka 2000 sjuksköterskor egna företagare. Ingen nationell reglering omfattar sjuksköterskornas möjlighet att bli sin egen, trots detta blir allt fler sjuksköterskor egna företagare. De sjuksköterskor som idag arbetar som egna företagare finns bland helt privata barnmorskor och inom äldreomsorgen.