

Betydelsen av den upphandlande myndighetens urval – Vem får välja i ett valfrihetssystem?

Sammanfattning

För att upphandlingsregelverket inte ska bli tillämpligt i ett valfrihetssystem är det enligt Konkurrensverket av avgörande betydelse att den upphandlande myndigheten inte gör något urval bland de anslutna leverantörerna.

Urvalets betydelse framgår av direktiv 2014/24/EU och avgöranden från EU-domstolen som säger att den upphandlande myndighetens urval av ett anbud är ett grundläggande kriterium för offentlig upphandling. Utgångspunkten i EU-domstolens avgöranden är ett av upphandlingslagstiftningens syften, att undanröja risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt. Denna risk är nära förknippad med den exklusivitet som följer av att kontraktet tilldelas en leverantör efter att den upphandlande myndigheten gjort ett urval bland anbudsgivarna. Urvalet har därför en avgörande betydelse för om det uppkommer en upphandlingssituation eller inte.

Till exempel kan de ickevalsalternativ som upphandlande myndigheter är skyldiga att tillhandahålla enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) komma att utgöra ett sådant urval om de inte tillhandahålls i form av egen regi eller genom en separat upphandlad leverantör. Ett ickevalsalternativ baserat på faktorer som bestäms av den upphandlande myndigheten är enligt Konkurrensverket ett urval från den upphandlande myndighetens sida som omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Inledning

Bortsett från att det offentliga driver verksamhet i egen regi kan medborgarna få sina behov av offentligt finansierade varor och tjänster tillgodosedda genom upphandling eller valfrihetssystem.

Med ”upphandling” avses sådana åtgärder som upphandlande myndigheter vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av ett kontrakt till en leverantör som valts ut av den upphandlande myndigheten.¹ Ett syfte med direktivet² om offentlig upphandling är att säkerställa att nationella leverantörer inte ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar offentliga kontrakt.³

Valfrihetssystem enligt LOV och lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen⁴ ses som ett alternativ till offentlig upphandling.⁵ LOV begränsas till de hälso- och sjukvårdstjänster som anges i lagen respektive till de tjänster som omfattas av Arbetsförmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. Enligt LOV ska den upphandlande myndigheten tillhandahålla ett ickevalsalternativ till de brukare som inte gör ett val av leverantör i valfrihetssystemet. Även andra former av valfrihetssystem, så kallade auktorisationssystem,⁶ faller utanför upphandlingslagarnas⁷ tillämpningsområde, eftersom den upphandlande myndigheten inte gör ett urval av leverantörerna.

Bakgrund och problemformulering

Gränsdragningen mellan en situation som omfattas av upphandlingslagstiftningen⁸ och ett valfrihetssystem⁹ har diskuterats i flera utredningar,¹⁰ på senare tid med utgångspunkt i EU-domstolens praxis rörande auktorisationssystem.

¹ 1 kap. 2 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), artikel 1.2 i direktiv 2014/24/EU och prop. 2015/16:195 del 2 s. 933 f.

² Direktiv 2014/24/EU.

³ Se mål C-410/14 *Falk Pharma*, punkt 35. Motsvarande uttalanden rörande direktivets syfte återfinns även i bland annat mål C-360/96 *BFI Holding* punkt 41–42.

⁴ När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem ska myndigheten tillämpa LOV, se 2 § lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

⁵ Även lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering reglerar valfrihetssystem.

⁶ Begreppet auktorisationssystem har en specifik betydelse EU-rättsligt och ska inte blandas ihop med vad som i vanligt språkbruk brukar avses med ett auktorisationssystem, system där företag frivilligt certifierar sig enligt en viss standard, SOU 2016:78 s. 574. Av skäl 4 direktiv 2014/24/EU framgår att auktorisationssystem är ett system där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet. Som exempel på auktorisationssystem nämns system med kundval.

⁷ Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUF5) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).

⁸ Se 1 kap. 2 § LOU, 1 kap. 2 § LUF, 1 kap. 2 § LUK och 2 kap. 28 § LUF5.

⁹ LOV och lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

¹⁰ Se SOU 2008:15, SOU 2016:78 och SOU 2019:3.

Konkurrensverket vill därför redogöra för hur verket ser på betydelsen av den upphandlande myndighetens urval för om en situation omfattas av upphandlingslagstiftningen eller inte. I valfrihetssystem uppkommer situationen att en brukare inte kan eller vill göra något val. I valfrihetssystem enligt LOV är den upphandlande myndigheten skyldig att tillhandahålla så kallade ickevalsalternativ för dessa situationer. Enligt förarbetena till LOV finns det olika möjligheter för upphandlande myndigheter att erbjuda ett ickevalsalternativ. Hur den upphandlande myndigheten utser leverantörer till brukare som inte kan eller vill välja i valfrihetssystem ska dock även ses i ljuset av 2014 års direktiv¹¹ samt EU-domstolens avgöranden på området.

Avgränsningar

Ställningstagandet kommer inte att beröra hur LOV klassificeras enligt EU-rätten.¹² Vilka lagar som aktualiseras vid inrättandet av valfrihetssystem som varken omfattas av upphandlingslagstiftningen eller LOV kommer inte heller att beröras.

Valfrihetssystem

I Sverige kan upphandlande myndigheter inrätta valfrihetssystem avseende vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst.¹³ Dessa system regleras av LOV som är ett alternativ till upphandling enligt LOU. Som exempel på tjänster som omfattas kan nämnas äldreomsorg, insatser till personer med funktionsnedsättning, barnmorsketjänster och primärvård. Syftet med valfrihetssystem enligt LOV är att ge den enskilde möjlighet att välja utförare samtidigt som konkurrensen mellan utförarna i valfrihetssystemet leder till ökad kvalitet och effektivitet.¹⁴ När det gäller primärvård är regionerna skyldiga att organisera primärvården så att den enskilde kan välja utförare, så kallat vårdvals-system. Regionerna ska då tillämpa LOV.¹⁵

Exempel på valfrihetssystem i Sverige för tjänster som inte omfattas av LOV är så kallade auktorisationssystem för kommunal vuxenutbildning. Flera kommuner har auktorisationssystem där alla leverantörer som uppfyller de uppställda

¹¹ Direktiv 2014/24/EU.

¹² Frågan om LOV i sin helhet kan omfattas av något av upphandlingsdirektiven kommer inte att analyseras. I förarbetena bedöms det inte finnas en normkonflikt mellan regelverken om valfrihetssystem och LUK, prop. 2015/16:195 del 1 s. 357. Valfärdsutredningen gör även bedömningen att avtal som ingås i ett valfrihetssystem varken utgör offentliga kontrakt enligt LOU-direktivet eller tjänstekoncessioner, SOU 2016:78 s. 565.

¹³ 1 kap. 1 § LOV. De tjänster inom hälsovård och socialtjänster som avses är de som omfattas av CPV-kod 79611000-0 eller 85000000-9 till 85323000-9 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2.

¹⁴ Prop. 2008/09:29 s. 18.

¹⁵ 7 kap. 3 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30).

kraven kan ansluta sig.¹⁶ Eleverna får välja bland de anslutna leverantörerna. Motiven för att upprätta dessa system är bland annat att få samma leverantörer under en längre tid samtidigt som den enskilde får möjlighet att själv välja leverantör. Det finns också exempel på andra former av valfrihetssystem eller system med kundval till exempel vid offentligt finansierade medicinska hjälpmedel.

Grundprincipen i valfrihetssystem enligt LOV är brukarens rätt att själv välja utförare av den tjänst som den enskilde har rätt till. Den upphandlande myndigheten ska garantera att brukaren får denna valfrihet genom de avtal som ingås mellan den upphandlande myndigheten och leverantörer av tjänsten. Några tilldelningskriterier tillämpas inte och antalet leverantörer i ett valfrihetssystem kan inte begränsas. Sammantaget gör detta att ett sådant förfarande inte leder till en "anskaffning" i enlighet med LOU, eftersom en leverantör inte väljs ut av den upphandlande myndigheten.¹⁷ Av samma anledning omfattas inte heller auktorisationssystem av upphandlingslagstiftningen.

Situationen att en brukare inte kan eller vill välja kan uppstå i system som bygger på brukarens egna val. För valfrihetssystem enligt LOV är denna situation särskilt reglerad och den upphandlande myndigheten ansvarar för att de brukare som inte kan eller vill välja utförare blir tilldelad en utförare (ickevalsalternativ).¹⁸ Av förarbetena framgår att det i huvudsak finns tre varianter för att lösa den situationen. Den upphandlande myndigheten kan erbjuda tjänsten i egen regi, genom en upphandlad leverantör eller genom en turordning bland leverantörerna i valfrihetssystemet. Ickevalsalternativet ska vara bestämt i förväg och den upphandlande myndigheten får inte utse ett ickevalsalternativ genom att slumpvis välja mellan leverantörerna i valfrihetssystemet. Faktorer som geografi, kompetens, tillgång och efterfrågan kan enligt förarbetena komma att påverka ickevalsalternativet. Det är även viktigt att ickevalsalternativet är konkurrensneutralt och det får inte bestämmas genom en viktning eller rangordning av leverantörerna i valfrihetssystemet.¹⁹

Av Socialstyrelsens rapport "Stimulansbidrag LOV – delrapport 2014" som undersökte kommuners införande av valfrihetssystem framgår att bland 119 svarande kommuner utgjordes ickevalsalternativet av kommunens egen regi i 62 fall och av ett turordningssystem i 56 fall.²⁰ Valfrihetssystem som inte omfattas

¹⁶ Se bland annat Specifika auktorisationsvillkor Kommunal vuxenutbildning, Nacka kommun AFN 2015/41-615 och Tjänsteskrivelse Införande av auktorisationsmodell för Södertälje kommuns gymnasiala vuxenutbildning, Södertälje kommun ALN 17/33.

¹⁷ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 356.

¹⁸ Den upphandlande myndigheten ska tillhandahålla ett ickevalsalternativ i valfrihetssystem enligt LOV till de som inte själva väljer leverantör, 9 kap. 2 § LOV.

¹⁹ Prop. 2008/09:29 s. 99.

²⁰ Socialstyrelsen "Stimulansbidrag LOV – delrapport 2014" s. 15, 2014.

av LOV saknar en särskild reglering och det finns alltså inget krav på ickevalsalternativ vid upprättandet av dessa system.

Den upphandlande myndighetens urval

LOU omfattar upphandlingar som genomförs av upphandlande myndigheter.²¹ Av 1 kap. 2 § LOU framgår att med "upphandling" avses sådana åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av ett kontrakt. I 1 kap. 15 § LOU definieras "kontrakt" som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenader.²² Den närmare innebörden av begreppet "att anskaffa"²³ framgår inte av LOU.

LOU genomför 2014 års direktiv i svensk rätt. Av artikel 1.2 i direktivet framgår att med "upphandling" avses en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter.²⁴

Av skäl 4 till direktivet framgår att begreppet anskaffa bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna med de aktuella byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Vidare klargörs att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet (urval) inte bör ses som upphandling, utan som auktorisationssystem, och därför inte omfattas av direktivet. Som exempel på sådana situationer nämns kundval och system med servicecheckar.

Direktivets tillämpningsområde förutsätter alltså att den upphandlande myndigheten anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom att ingå offentliga kontrakt med en eller flera leverantörer som den upphandlande myndigheten har valt ut. Att skyldigheten att tillämpa direktivet förutsätter urval från den upphandlande myndighetens sida är ett förtydligande och är inte avsett

²¹ 1 kap. 2 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 1.1 i direktiv 2014/24/EU. "Upphandlande myndighet" definieras i 1 kap. 22 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 2.1.1 i direktiv 2014/24/EU. Med "upphandlande myndighet" jämföras beslutande församlingar i en kommun eller ett landsting, offentligt styrda organ enligt 1 kap. 18 § LOU och sammanslutningar av statliga eller kommunala myndigheter eller nämnda beslutande församlingar respektive sammanslutningar av offentligt styrda organ, se 1 kap. 22 § andra stycket LOU.

²² I fråga om upphandlingskyldighet för muntliga avtal, se bl.a. prop. 2015/16:195 del 1 s. 321 f. och del 4 s. 1016 ff. samt Risvig Hamer, *The concept of a "public contract" within the meaning of the Public Procurement Directive*, Upphandlingsrättslig Tidskrift nr 3 2016, s. 179–200.

²³ 1 kap. 2 § LOU.

²⁴ Vissa begrepp skiljer sig något mellan LOU och det direktivet. I direktivet används t.ex. begreppet "offentligt kontrakt" i stället för "kontrakt" respektive "ekonomisk aktör" i stället för "leverantör". Någon skillnad i sak föreligger inte, se prop. 2015/16:195 del 1 s. 320 och 341 f.

att vidga direktivets tillämpningsområde i jämförelse med det tidigare direktivet.²⁵

I LOU återfinns inte något uttryckligt krav på att den upphandlande myndigheten ska ha valt ut leverantören som kontraktet ingås med. EU-domstolen har i ett flertal avgöranden slagit fast att nationell rätt som genomför direktiv ska tolkas i ljuset av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås i den utsträckning det är möjligt (principen om direktivkonform tolkning).²⁶ Vid prövningen av en upphandlande myndighets skyldighet att tillämpa LOU ska 1 kap. 2 och 15 §§ därför tolkas i ljuset av direktivet och kravet på att kontraktet ingås med en leverantör som den upphandlande myndigheten har valt ut för att det ska vara fråga om en upphandlingspliktig anskaffning.

Av förarbetena till LOU framgår dessutom att det krävs ett inslag av selektivitet, dvs. att den upphandlande myndigheten väljer ut en eller flera leverantörer, för att det ska vara fråga om upphandling enligt LOU. I de fall den upphandlande myndigheten inte tilldelar en leverantör ett kontrakt utan endast kvalificerar alla leverantörer som uppfyller kvalificeringskraven, utan urval, är det därför inte fråga om en situation som omfattas av direktivet.²⁷

EU-domstolens domar i *Falk Pharma* och *Tirkkonen*

Betydelsen av den upphandlande myndighetens urval har som ovan nämnts prövats av EU-domstolen. Domstolen har i två avgöranden uttalat sig om direktivet omfattar upphandlande myndigheters avtal enligt vilka aktörer som uppfyller vissa villkor haft rätt att utföra en bestämd uppgift utan att myndigheten har gjort något urval bland leverantörerna.²⁸

Det första avgörandet (*Falk Pharma*²⁹) avsåg en tysk sjukförsäkringskassas (upphandlande myndighet) inrättande av ett system för nedsättning av pris vid köp av läkemedel. Enligt tysk rätt är apotek under vissa omständigheter skyldiga att byta ut läkemedel mot läkemedel med motsvarande verkan som omfattas av avtal om nedsatt försäljningspris. Om det finns flera läkemedel med nedsatt pris med samma verksamma substans är det upp till apoteket att välja vilket

²⁵ Direktiv 2004/18/EG. Se skäl 4 i direktiv 2014/24/EU. Samma slutsats kan dras gällande upphandling av koncessioner, se 1 kap. 2 § LUK samt skäl 13 till LUK-direktivet. Av skäl 13 i LUK-direktivet framgår det att arrangemang där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kund, inte anses utgöra koncessioner.

²⁶ Se bl.a. mål 14/83 *von Colson*, punkt 26, mål C-106/89 *Marleasing*, punkt 8, mål C-91/92 *Faccini Dori*, punkt 26, de förenade målen C-240/98–C-244/98 *Océano Grupo Editorial*, punkt 30, mål C-408/01 *Adidas*, punkt 21, de förenade målen C-397/01–C-403/01 *Pfeiffer*, punkt 110 och mål C-212/04 *Adeneler m.fl.*, punkt 108.

²⁷ Prop. 2015/16:195 del 2 s. 933 f.

²⁸ Båda avgörandena gäller tillämpningen av det tidigare direktivet 2004/18/EG. Det framgår dock av skäl 4 till nuvarande direktiv 2014/24/EU, som ersatt direktiv 2004/18/EG, att de klarlägganden som görs gällande definitionen av begreppet upphandling inte bör utvidga tillämpningsområdet i jämförelse med det tidigare direktivet.

²⁹ Mål C-410/14 *Falk Pharma*.

läkemedel som de väljer att byta till.³⁰ Systemet innebar att alla leverantörer som uppfyllde kraven godkändes och att identiska avtal kunde ingås med var och en av leverantörerna. Det fanns ingen begränsning av antalet leverantörer som kunde ansluta sig till systemet och det var möjligt för leverantörer att ansluta sig till systemet löpande.³¹ Frågan uppkom om det avtal som den upphandlande myndigheten ingått med leverantörer av läkemedel skulle ha upphandlats.

I sin bedömning utgick EU-domstolen från direktivets syfte: att säkerställa att nationella leverantörer inte ges företräde vid upphandlande myndigheters tilldelning av offentliga kontrakt.³² Domstolen konstaterade att risken för att upphandlande myndigheter ger nationella leverantörer en förmånligare behandling är nära förknippad med myndighetens urval bland anbuderna och den exklusivitet som följer av att kontraktet tilldelas den leverantör som myndigheten har valt ut.³³

Direktivets tillämpningsområde förutsätter därför att den upphandlande myndigheten gör ett urval av anbud och val av vinnande anbudsgivare. Ett sådant urval utgör en grundläggande förutsättning för offentlig upphandling i den mening som avses i direktivet och således för begreppet "offentligt kontrakt".³⁴ EU-domstolen uppmärksammade också att kravet på urval från den upphandlande myndigheten numera uttryckligen anges i definitionen av begreppet "upphandling" i artikel 1.2 i 2014 års direktiv.³⁵

Domstolen nämner också att det faktum att det är möjligt för intresserade aktörer att ansluta sig under avtalets giltighetstid räcker för att skilja systemet från ett ramavtal.³⁶

Det andra avgörandet (*Tirkkonen*³⁷) avsåg klassificeringen av ett avtal som en upphandlande myndighet hade slutit med leverantörer av konsulttjänster inom jordbrukssektorn. Enligt avtalet skulle de jordbrukare som hade rätt till konsulttjänsterna få välja konsult bland de leverantörer som den upphandlande myndigheten hade ingått avtal med. Myndigheten ingick avtal med alla leverantörer som uppfyllde kvalificeringskraven. Någon utvärdering enligt tilldelningskriterier gjordes inte. Avtalet gällde i fyra år och var enligt den

³⁰ Se punkt 11–12 och 30 i domen.

³¹ Se punkt 14 i domen.

³² Se punkt 35 i domen. Motsvarande uttalanden rörande direktivets syfte återfinns även i bland annat mål C-360/96 *BFI Holding* punkt 41–42.

³³ Se punkt 36 i domen.

³⁴ Se punkt 38 i domen.

³⁵ Se punkt 40 i domen. Förhandsavgörandet i *Falk Pharma* avsåg tolkningen av 2004 års direktiv (2004/18/EG), men meddelades efter tidpunkten för antagandet av 2014 års direktiv.

³⁶ Se punkt 41 i domen.

³⁷ Mål C-9/17 *Tirkkonen*.

upphandlande myndigheten ett ramavtal. Det var inte möjligt för leverantörer att ansluta sig löpande.

Som framgår av *Falk Pharma* var öppen anslutning under avtalstiden enligt EU-domstolen tillräckligt för att skilja ett auktorisationssystem från ett ramavtal. I *Tirkkonen* konstaterade dock EU-domstolen att omständigheten att avtalet är stängt för anslutning under avtalstiden saknar betydelse för bedömningen av om den upphandlande myndigheten gjort ett urval av anbudena.³⁸ Frågan om systemet omfattas av direktivet avgörs av om det är den upphandlande myndigheten som väljer vilken av leverantörerna i systemet som ska få tillhandahålla aktuella konsulttjänster åt respektive jordbrukare.

EU-domstolen konstaterade återigen att syftet med 2004 års direktiv var att undanröja risken för att nationella anbudsgivare gavs företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt och att en sådan risk är nära förknippad med den exklusivitet som följer av att kontraktet tilldelas en anbudsgivare (eller flera anbudsgivare om det är fråga om ett ramavtal). Kontraktstilldelningen i sig utgör själva syftet med ett upphandlingsförfarande.³⁹ Med hänvisning till sitt tidigare avgörande i *Falk Pharma* betonade EU-domstolen att den upphandlande myndighetens urval av anbud utgör ett grundläggande kriterium för offentlig upphandling och för begreppet "offentligt kontrakt".⁴⁰ Den omständigheten att den upphandlande myndigheten inte väljer ut någon eller några leverantörer som ges ensamrätt till kontraktet innebär därför att det saknas risk för att den upphandlande myndigheten behandlar nationella leverantörer förmånligare. Det avgörande kriteriet i *Tirkkonen* var därför att den upphandlande myndigheten inte angav något tilldelningskriterium för att jämföra och rangordna anbudena.⁴¹ I avsaknad av den upphandlande myndighetens urval av leverantör saknades skäl att låta myndighetens agerande omfattas av regelverket för offentlig upphandling.⁴²

Sammanfattningsvis följer det av EU-domstolens praxis att skyldigheten att iakttä upphandlingslagstiftningen förutsätter att den upphandlande myndigheten anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom att ingå offentliga kontrakt med en eller flera leverantörer som valts ut av myndigheten. Detta krav framgår numera även uttryckligen av 2014 års direktiv.⁴³

³⁸ Se punkt 34 i domen.

³⁹ Se punkt 29 i domen.

⁴⁰ Artikel 1.2 a) i direktiv 2004/18/EG respektive artikel 2.5 i direktiv 2014/24/EU. Se *Tirkkonen*, punkt 30.

⁴¹ Se punkt 35 i domen.

⁴² Se punkt 31 i domen.

⁴³ Se artikel 1.2 i direktiv 2014/24/EU.

Konkurrensverkets bedömning

Av EU-domstolens avgöranden i *Falk Pharma* respektive *Tirkkonen* samt artikel 1.2 i direktivet framgår att urvalet av leverantör från den upphandlande myndighetens sida är en avgörande faktor för om en upphandlingssituation uppkommer eller inte.⁴⁴ Detta har bland annat betydelse för om valfrihetssystem i Sverige omfattas av upphandlingslagstiftningen.

I de fall upphandlande myndigheter beslutat⁴⁵ att tillämpa valfrihetssystem för sådana sociala tjänster och hälso- och sjukvårdstjänster som avses i LOV måste den lagen tillämpas.⁴⁶ Detsamma gäller vid tillämpningen av LOV i Arbetsförmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.⁴⁷ Det finns inget utrymme för upphandlande myndigheter att upprätta valfrihetssystem för dessa tjänster utan att följa LOV,⁴⁸ till exempel genom att utforma valfrihetssystem där ansökningar inte begärs in löpande.⁴⁹

Den upphandlande myndigheten måste enligt LOV erbjuda ett ickevalsalternativ till de brukare som inte kan eller vill välja leverantör.⁵⁰ Valfrihetssystem för andra typer av tjänster kan utformas utan ickevalsalternativ men den upphandlande myndigheten kan ändå behöva bestämma vad som händer när brukaren inte kan eller vill välja.

Möjligheterna att utforma ickevalsalternativ ska enligt Konkurrensverket bedömas mot bakgrund av EU-domstolens avgöranden och artikel 1.2 i direktivet. De uttalanden som görs i förarbetena om utformningen av ickevalsalternativ har förlorat i relevans. Avgörande för att ett valfrihetssystem inte ska omfattas av upphandlingslagstiftningen är enligt Konkurrensverkets bedömning att den upphandlande myndigheten inte gör ett urval bland leverantörerna. När brukaren i en ickevalsituation får tjänsten genom myndighetens egen verksamhet eller genom en leverantör som upphandlats separat behöver inte myndigheten göra ett urval av leverantör i valfrihetssystemet.

Konkurrensverket bedömer dock att utrymmet för att skapa ett ickevalsalternativ i form av ett turordningssystem som inte medför ett urval är mycket begränsat.

⁴⁴ Det bör påpekas att även offentliga kontrakt kan innehålla valfrihet för den enskilde när det gäller val av utförare. Till exempel kan fördelningsnyckeln i ett ramavtal bestå av den enskildes val. Se prop. 2015/16:195 del 2 s. 1013 och Kammarrätten i Stockholms dom den 15 mars 2017 i mål nr 4062-16.

⁴⁵ Inom primärvården är vårdvalet obligatoriskt och i sådana vårdvalssystem ska LOV tillämpas. Det framgår av 7 kap. 3 § hälso- och sjukvårdslagen.

⁴⁶ 1 kap. 1 § LOV.

⁴⁷ Även lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering reglerar valfrihetssystem.

⁴⁸ Däremot finns inte någon skyldighet att följa LOV vid upprättande av valfrihetssystem avseende andra tjänster än de ovan nämnda.

⁴⁹ 3 kap. 2 § LOV. Som framgår av *Tirkkonen* har möjligheten till löpande anslutning till systemet ingen avgörande betydelse vid avgörandet om det är ett "offentligt kontrakt" eller inte.

⁵⁰ 9 kap. 2 § LOV.

Eftersom turordningssystemet beslutas av den upphandlande myndigheten finns det en risk för att leverantörer behandlas olika, beroende på hur myndigheten fastställer kriterierna för turordningen. Även ett ickevalsalternativ som bygger på närhetsprincipen, det vill säga att brukaren får den leverantör som ligger närmast brukarens bostadsadress, kräver att den upphandlande myndigheten avgör vilka kriterier som ska gälla för att en leverantör ska få ett kontrakt.⁵¹

Enligt Konkurrensverkets bedömning är ett ickevalsalternativ som baseras på faktorer som bestäms av den upphandlande myndigheten, ett urval från den upphandlande myndighetens sida som omfattas av upphandlingslagstiftningen. Det finns i detta sammanhang ingen valfrihet för den upphandlande myndigheten i valfrihetssystemet.

När tilldelningen av ett kontrakt i ett valfrihetssystem omfattas av upphandlingslagstiftningen så kan detta utgöra en direktupphandling. Följden blir att Konkurrensverket vid en otillåten direktupphandling kan ansöka om upphandlings-skadeavgift⁵² samt att leverantörer som anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av den otillåtna direktupphandlingen kan ansöka om överprövning av upphandlingen.⁵³

⁵¹ Jmf Konkurrensverkets tillsynsbeslut Konkurrensneutralitet i VG Primärvård dnr 451/2009.

⁵² 21 kap. LOU.

⁵³ 20 kap. 4 § LOU.