

Öka konsumentnyttan inom
vård och omsorg
- förslag för konkurrens och ökat företagande

Konkurrensverkets rapportserie: 2007:3

Konkurrensverket juni 2007

Utredare: Kristian Viidas (projektledare) och Josefin Nilsson

ISSN-nr 1401-8438

CM Gruppen, Bromma 2007

Förord

En väl fungerande konkurrens leder till en effektiv fördelning av resurserna i ett samhälle och till hög konsumentnytta. Detta ställer bl.a. krav på att antalet företag inte är alltför litet. Som framgår av denna rapport gäller detta också för offentligt finansierade tjänster. I rapporten, som genomförts på regeringens uppdrag, presenteras förslag för att öka förutsättningarna för fler företag att verka inom offentligt finansierad vård och omsorg. Detta skulle i sin tur öka konkurrensen och valfriheten för kunderna. Ett genomförande av förslagen skulle också leda till en bättre kvalitet till samma kostnad i de analyserande delarna av vård- och omsorgssektorn, vilket i sin tur skulle komma medborgarna till godo - både i egenskap av skattebetalare och konsumenter.

Stockholm i juni 2007

Claes Norgren
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	7
1 Inledning.....	15
1.1 Uppdraget.....	15
1.2 Definitioner och avgränsningar.....	15
1.3 Genomförande	17
1.4 Disposition.....	17
2 Konkurrens ger ökad välfärd	19
3 Argument och regler för offentlig produktion eller finansiering av vård och omsorg	22
3.1 Motiv för offentlig eller offentligt finansierad produktion.....	22
3.1.1 Externa effekter.....	23
3.1.2 Asymmetrisk information	24
3.1.3 Rättviseargument	26
3.2 Det reglerade ansvaret för vård och omsorg	27
3.2.1 Kommunallagen	27
3.2.2 Speciallagstiftning	28
4 Upphandlingsreglerna – innehåll och syfte	30
5 Ökad välfärd med konkurrens inom offentligt finansierad verksamhet.....	34
6 Verksamhetsbeskrivningar	38
6.1 Äldreomsorg	38
6.1.1 Inledning.....	38
6.1.2 Kostnader för svensk äldreomsorg	40
6.1.3 Äldreomsorg i privat regi.....	44
6.1.4 Konsumenternas ställning inom äldreomsorgen	48

6.2	Hälso- och sjukvård.....	50
6.2.1	Inledning.....	50
6.2.2	Kostnader för svensk hälso- och sjukvård	52
6.2.3	Hälso- och sjukvård i privat regi.....	56
6.2.4	Konsumenternas ställning inom hälso- och sjukvården	61
7	Utmaningar vid konkurrensutsättning av vård och omsorg	67
8	Två modeller för konkurrens	71
8.1	Entreprenadmodellen	71
8.1.1	Förutsättningar för fungerande entreprenadupphandling	73
8.1.2	Inträdeshinder vid entreprenadmodellen.....	74
8.2	Valfrihetsmodellen	76
8.2.1	Prövning av utförarna.....	77
8.2.2	Checkens utformning.....	80
8.2.3	Förutsättningar för fungerande valfrihet.....	83
8.3	Valfrihet eller entreprenad?	87
9	Att stimulera företagande genom avknoppning	91
10	Upphandling och valfrihet	94
10.1	Förutsättningarna att tillämpa valfrihetsmodellen enligt upphandlingsreglerna	95
10.2	Nordiska erfarenheter av valfrihetsmodellen	98
10.2.1	Danmark	99
10.2.2	Finland	101
11	Förslag.....	103
11.1	Inför nationell lag om valfrihetsmodell.....	104
11.2	Underlätta konsumenternas val	108
11.3	Stärk konsumentmakten.....	110
11.4	Gör egenregienheter till särskilda resultatenheter	111

11.5	Förbättra upphandlingen	113
11.5.1	Skärpta sanktioner vid överträdelser av upphandlingsreglerna.....	114
11.5.2	Se över domstolsstrukturen och analysera tillämpningen av provningstillstånd	115
Källor	116
Bilaga 1	Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlings- reglerna? – docent Tom Madell	123
Bilaga 2	Angående de rättsliga förutsättningarna för kund- valssystem inom vård och omsorgssektorn mot bakgrund av upphandlingslagstiftningen – professor Ulf Bernitz.....	203
Bilaga 3	Kundval i dansk äldreomsorg – Marianne Svensson och Per Gunnar Edebalk, Institutet för Hälso- och Sjukvårdsekonomi	223

Sammanfattning

Konkurrensverket fick i regleringsbrevet för 2007 uppdraget att presentera en rapport som behandlar regelverk av betydelse för företagande inom offentlig sektor med särskild inriktning på områdena vård och omsorg. Av uppdraget framgår att rapporten ska innehålla förslag till åtgärder.

Uppdraget har tolkats som att identifiera legala inträdeshinder för företag inom vård- och omsorgssektorn, och lämna förslag för att minska eller eliminera dessa hinder. Analysen har i huvudsak avgränsats till offentligt finansierad äldreomsorg och hälso- och sjukvård.

Konkurrens inom offentligt finansierade tjänster förbättrar välfärden

En väl fungerande konkurrens leder till en effektiv fördelning av resurserna i en ekonomi och till en ökad differentiering av produkter, dvs. till en ökad välfärd. Detta utesluter dock inte att viss typ av verksamhet bör bedrivas i offentlig (kollektiv) regi eller finansieras med allmänna medel. I båda dessa situationer talar man ofta om s.k. marknadsmisslyckanden.

Vad gäller äldreomsorg och hälso- och sjukvård kan konstateras att det enligt gällande lagstiftning – bl.a. socialtjänstlagen (2001:453) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL – framgår att kommuner och landsting har ansvaret, är huvudmän, för offentligt finansierad vård och omsorg. Dock är det fritt för huvudmännen att överlåta utförandet av dessa tjänster till någon annan. Erfarenheterna visar att konkurrensutsättning av offentligt finansierad verksamhet i allmänhet leder till ökad effektivitet och därmed till en förbättrad välfärd och konsumentnytta. För en lyckad konkurrensutsättning måste dock hänsyn tas till de särskilda förutsättningar som verksamheter

inom vård- och omsorgssektorn kännetecknas av, bl.a. uttryckt som ett betydande inslag av asymmetrisk information.

Två modeller för konkurrensutsättning

Det finns i huvudsak två modeller i Sverige för att konkurrensutsätta offentligt finansierad verksamhet – entreprenad- respektive valfrihetsmodellen.

Entreprenadmodellen innebär att verksamheter som drivs av offentliga aktörer upphandlas enligt bestämmelserna i lagen (1992:1525) om offentlig upphandling, LOU.

Kommuner och landsting agerar som beställare och utformar ett förfrågnings- eller anbudsunderlag av ett i förväg preciserat objekt där den vinnande utföraren vanligtvis är garanterad en viss produktionsvolym. I förfrågningsunderlaget beskrivs den verksamhet som ska upphandlas och vilka krav som ställs på utförare och produkt, s.k. skall-krav. Eventuella utvärderingskriterier ska också anges i förfrågningsunderlaget. Den vinnande utföraren ges rätt att under kontraktsperioden bedriva den kommunala verksamheten mot en ersättning som fastställts i anbudet. Även den offentliga aktören kan själv delta i anbudstävlingen med ett eget anbud.

Av LOU framgår att beställaren ska anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller det som har lägst pris.

Valfrihetsmodellen, eller kundvalsmodellen, kan tillämpas vid konkurrensutsättning av individuella tjänster exempelvis barnomsorg, utbildning och äldreomsorg, dvs. tjänster som riktar sig till enskilda individer. Modellen innebär att konsumenterna (föräldrar, elever, vårdtagare, m.fl.) ges möjlighet att välja bland, av beställaren godkända, utförare och att valet styr tilldelningen av de offentliga resurserna. Den individ som har rätt till en offentligt finansierad tjänst förses med en "check", eller "voucher". Om det krävs en

biståndsbedömning för att få tillgång till tjänsten utgör checken ett intyg på att individen är berättigad en viss insats. Checken motsvarar ett visst ekonomiskt värde som beställaren (kommunen eller landstinget) betalar till den utförare som individen väljer att anlita. Checkens ekonomiska värde bestäms av beställaren och är lika för alla utförare (givet uppdraget). Valfrihetsmodellen innebär således att ersättning utgår till utförare i den utsträckning som dessa anlitas av konsumenterna.

Vid en valfrihetsmodell är utförarna inte garanterade någon produktionsvolym. Detta skapar incitament för utförarna att reagera på konsumenternas signaler och anpassa tjänsterna efter uttryckta önskemål. Eftersom utförarna inte kan påverka priset på sina tjänster innebär modellen att kvalitetskonkurrens skapas inom i förväg fastställda kostnadsramar. Givet att detta åstadkoms reduceras behovet av att definiera och precisera tjänsterna i kontrakt. Till skillnad mot entreprenadmodellen, där företagen konkurrerar *om* marknaden, innebär valfrihetsmodellen att konkurrens skapas *på* marknaden.

Vilken modell bör användas?

När offentligt finansierad verksamhet konkurrensutsätts måste hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet, exempelvis om det förekommer stordrifts- eller samproduktions fördelar, om tjänsterna tydligt kan definieras och följas upp samt om konsumenterna kan byta utförare och fatta rationella beslut vid val av utförare.

Genomgången i rapporten visar att det finns mer betydande inträdeshinder för företagen vid en tillämpning av entreprenadmodellen än vid en tillämpning av valfrihetsmodellen. Regelverken inom upphandlingsområdet är komplexa och tillämpningen ställer ofta höga administrativa krav på anbudsgivarna. Detta kan göra det svårt för små företag att slå sig in på upphandlingsmarknader. Tillämpningen av LOU kan mot bakgrund av detta sägas utgöra ett inträdeshinder för företag inom vård- och omsorgssektorn.

För att nå framgång med entreprenadmodellen bör relevanta egenskaper hos den produkt som ska upphandlas relativt enkelt kunna definieras. Vid upphandling av individuella tjänster – såsom vård- och omsorgstjänster där brukarnas preferenser tenderar att variera och kvalitet är en subjektiv upplevelse – kan det vara svårt att precisera relevanta egenskaper samt att utse det anbud som ger det bästa erbjudandet till samtliga konsumenter (brukare eller patienter).

Vid en tillämpning av valfrihetsmodellen påverkar konsumenternas val utförarnas intäkter, varvid utförarna ges incitament att tillgodose även sådana behov och önskemål som inte definierats i kontraktet med beställaren. Efterfrågan definieras således av konsumenterna och behovet av att styra verksamheten genom preciserade kontrakt minskas. Genom att marknadens aktörer konkurrerar med kvaliteten blir det möjligt att erhålla högsta möjliga kvalitet till given kostnad.

Oavsett vilken av modellerna som används är det viktigt att spelreglerna är tydliga och stabila över tiden samt att det råder lika konkurrensvillkor för marknadens aktörer. För att uppnå detta kan kommuner och landsting upprätta långsiktiga planer för den konkurrensetsatta verksamheten som förtydligar avsikter, ger klara spelregler, minskar osäkerheten och därigenom bidrar till flera företag på marknaden.

Även om spelreglerna inom en kommun eller ett landsting är tydliga och stabila kan det faktum att det råder olika spelregler mellan olika kommuner och landsting utgöra ett betydande hinder för företag att expandera. Det kan t.ex. vara svårt för företagen att utforma rutiner för anbudsgivningen som håller ned kostnaderna om det råder variationer i hur beställarna disponerar och formulerar krav, villkor och definitioner i förfrågningsunderlagen. Variationerna skapar också i sig en osäkerhet på marknaden som hämmar företagandet eftersom det är kostsamt för företagen att överblicka hur olika beställare närmare utformar metoder för konkurrensetsättning. Om tillämpade

metoder för konkurrensutsättning blir mer enhetliga kan företagandet inom vård- och omsorgssektorn väntas öka.

Att stimulera företagande genom avknoppning

För att stimulera konkurrensen och öka mångfalden på marknaden har vissa kommuner och landsting, inom ramen för olika konkurrenslösningar, låtit "knoppa av" viss offentligt finansierad verksamhet. Det kan konstateras att sådan avknoppning ska föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Eftersom verksamheten måste upphandlas kan avknoppade företag inte garanteras några uppdrag från den aktuella kommunen eller landstinget. Detta kan skapa osäkerhet och minska intresset för avknoppning. För att stimulera avknoppning kan det tillämpas ett förfarande där egna företag under bildande kan lämna anbud. För att ett sådant "ofullbordat" företag ska kunna kvalificera sig för att delta i en upphandling kan beställaren tvingas ställa relativt låga krav på anbudsgivarna, bl.a. vad avser ekonomisk ställning. Om det ställs alltför låga ekonomiska krav finns det emellertid en risk för att utförare inte klarar av att fullfölja sina uppdrag.

Liknande potentiella problem torde också gälla i de fall en valfrihetsmodell tillämpas, dvs. att auktorisationskraven sänks till en nivå som skapar osäkerhet i fråga om verksamheternas kvalitet och utförarnas förmåga att långsiktigt vara etablerade på marknaden.

Valfrihetsmodellen och upphandlingsreglerna

Som konstateras i denna rapport kan valfrihetsmodellen, i förhållande till entreprenadmodellen, bidra till att öka företagandet och konsumentmakten vilket leder till bättre konkurrens och ökad konsumentnytta. Detta beror på att inträdeshindren är mindre och att utförarna ges incitament att konkurrera med kvalitet.

Dock kan det konstateras att de rättsliga förutsättningarna för att tillämpa valfrihetsmodellen är oklara. Mot denna bakgrund lät Konkurrensverket Tom Madell, docent i civilrätt vid Umeå universitet och Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet, analysera de rättsliga förutsättningarna att använda valfrihetsmodeller utifrån den svenska lagstiftningen, LOU, samt utifrån de bakomliggande EG-direktiven. De båda rättsutlåtandena återfinns i sina helheter som bilaga 1 respektive bilaga 2 till denna rapport.

Enligt Madell är slutsatsen att en tillämpning av valfrihetsmodellen inte är förenligt med de krav som gäller enligt LOU. Detta är dock inte avhängigt aktuella EG-direktiv under förutsättning att modellen uppfyller de allmänna EG-rättsliga grundprinciperna om bl.a. transparens, likabehandling m.m. Bernitz anser däremot att det redan under rådande rättsläge kan vara möjligt att tillämpa en valfrihetsmodell.

I de båda rättsutlåtandena rekommenderas att det införs en särskild lag för att reglera tillämpningen av valfrihetsmodellen inom vård och omsorg. Detta är också något som gjorts i Danmark och Finland där särskilda författningar, med lite olika inriktningar, om valfrihetsmodeller inom äldreomsorg har införts.

Förslag

För att öka företagandet och förbättra konkurrensen lämnar Konkurrensverket ett antal förslag. Förslagen fokuserar på de delar av vård- och omsorgssektorn som Konkurrensverket bedömer ha störst betydelse för att öka företagandet.

Förslagen bör, efter analys av varje enskilt område, kunna vara giltiga, eller utgöra modeller för fler områden än enbart i fråga om äldreomsorg eller berörda delar av hälso- och sjukvården.

Inför nationell lag om valfrihetsmodell

Konkurrensverket föreslår att det införs en nationell lag för valfrihetsmodellen i primärvård och hemtjänst inom äldreomsorg, med undantag för natt- och larmjour. Lagen skulle innebära att huvudmannskapet för privat bedriven verksamhet inom dessa områden flyttas till de enskilda utförarna som godkänts (auktoriserats) av en statlig tillsynsmyndighet enligt nationellt utformade krav. Det innebär att de auktoriserade utförare som så önskar har rätt att etablera sig i alla kommuner eller landsting. De auktoriserade utförarna ska omfattas av ett offentligt bidragssystem. För särskilda boenden inom hemtjänsten och i fråga om natt- och larmjour ska enskilda kommuner, i ett första steg, ges möjlighet att införa valfrihetsmodeller.

Underlätta konsumenternas val

Konkurrensverket föreslår att regeringen ger Socialstyrelsen i uppdrag att, inom ramen för arbetet med öppna jämförelser, redovisa kvalitetsindikatorer på utförarnivå. Redovisningarna bör vara öppettillgängliga för allmänheten, bl.a. via länkning från Konsumentverkets webbplats.

Stärk konsumentmakten

Konkurrensverket föreslår att det tas fram särskilda regler för ett fungerande konsumenträttsligt skydd för brukare och patienter inom hälso- och sjukvård liksom inom omsorgsverksamhet enligt socialtjänstlagen.

Gör egenregienheterna till särskilda resultatenheter

Konkurrensverket föreslår att det, vid konkurrensutsättning av offentligt finansierad vård och omsorg, enligt lag ska krävas att egenregin görs till särskilda resultatenheter.

Förbättra upphandlingen

Konkurrensverket föreslår att det snarast skapas förutsättningar för en effektiv tillämpning av upphandlingsreglerna, samt att domstolsstrukturen på upphandlingsområdet ses över och att den restriktiva tillämpningen av prövningstillstånd till kammarrätten analyseras.

1 Inledning

1.1 Uppdraget

Konkurrensverket fick i regleringsbrevet för 2007 följande uppdrag:

”Konkurrensverket skall presentera en rapport som behandlar regelverk av betydelse för företagande inom offentlig sektor med särskild inriktning på vård och omsorg. Av särskilt intresse är regelverk som innehåller hinder vilka kan hämma utvecklingen av entreprenörskap. Rapporten skall innehålla en sammanställning av vad som gjorts på området avseende relevant lagstiftning som t.ex. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och andra regelverk av betydelse. Verket skall i rapporten lämna förslag till åtgärder. Rapporten ska överlämnas till Regeringskansliet (Näringsdepartementet) senast den 1 juli 2007.”¹

Utifrån Konkurrensverket övergripande syfte, att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna, har uppdraget tolkats som att identifiera legala inträdeshinder för företag inom områdena för vård och omsorg, och lämna förslag som vid ett genomförande skulle minska eller eliminera dessa hinder. Med legala inträdeshinder menas här såväl de fall där regelverk i sig utgör ett inträdeshinder, som när tillämpningen av regelverk innebär ett inträdeshinder för företag till marknaden.

1.2 Definitioner och avgränsningar

I denna rapport har vård och omsorg definierats som de tjänster som huvudsakligen regleras av hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, och socialtjänstlagen (2001:453) och som huvudsakligen

¹ Regeringsbeslut (2006-12-21), regleringsbrev för budgetåret 2007 avseende Konkurrensverket inom utgiftsområde 24 Näringsliv (rskr. 2006/07:62)

finansieras med allmänna medel. Inom socialtjänstområdet har analysen avgränsats till att omfatta äldreomsorg. Inom hälso- och sjukvården behandlas inte sjuktransporter eller uppgiften att ta hand om avlidna. För äldreomsorgen behandlas inte färdtjänst.

Omsorgsverksamhet, enligt socialtjänstlagen, som inte avser äldreomsorg är inte explicit analyserad. Orsaken till varför Konkurrensverket har valt att utgå från förhållanden som råder inom äldreomsorgen beror på att detta är det största omsorgsområdet såväl från kostnadssynpunkt som i fråga om antalet individer som erhåller omsorg. Dessutom finns det redan nu relativt många erfarenheter av konkurrensutsättning inom äldreomsorg vilket innebär att analysen får en förhållandevis god empirisk grund. Den analys som görs för konkurrensutsättning av äldreomsorg torde dock också gälla för andra områden som regleras av socialtjänstlagen. Det innebär således att Konkurrensverket bedömer att de förslag som lämnas för ökad konkurrens och konsumentnytta bör kunna vara giltiga, eller utgöra modeller, för fler områden än enbart i fråga om äldreomsorg eller berörda delar av hälso- och sjukvården. För detta krävs dock att förhållandena inom varje enskilt område först analyseras.

I rapporten används uttrycken *privat verksamhet*, *privata företag* och *privata aktörer* synonymt med verksamhet som drivs i annan regi än den kommunala huvudmannens men som ändå i huvudsak är finansierad av denna. Begreppen innefattar därmed också aktörer som t.ex. kooperativ, stiftelser och ideella föreningar.

Det är politiker och tjänstemän inom landstingen och kommunerna som bär ansvaret för att tillhandahålla vård- och omsorg åt invånarna. Således är landsting och kommuner beställare av den skatte-subsventionerade vården och omsorgen. Termen *beställare* används därmed, i rapporten, synonymt med landsting och kommuner. Dessa beställer tjänster från *leverantörer*. Leverantörerna är också som regel *utförare*.

De som nyttjar tjänsterna inom vård- och omsorgssektorn benämns ofta *patienter* respektive *brukare*. Samtidigt är de *konsumenter* eftersom konsumtion sker. I rapporten används dessa tre beteckningar parallellt och beroende på sammanhang. De skilda beteckningarna används för att förtydliga eller förklara det som beskrivs. Begreppen ska emellertid betraktas analogt då de avser att beskriva samma sak, dvs. de som konsumerar vård- eller omsorgstjänster.

1.3 Genomförande

Analysen och förslaget är baserade på rapporter från myndigheter eller organisationer, vetenskapliga artiklar samt intervjuer med företrädare för kommuner, landsting och branschorganisationer.

Underlag till analysen har också inhämtats genom externa uppdrag i form av rättsutlåtanden från Tom Madell, docent i civilrätt vid Umeå universitet, respektive Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet. Rättsutlåtandena har gällt om användningen av valfrihetsmodeller inom vård- och omsorgssektorn är förenlig med upphandlingsreglerna. Analyserna har gjorts utifrån såväl de svenska upphandlingsreglerna som relevanta EG-direktiv. Ulf Bernitz har också redovisat vilket konsumentskydd som finns i Sverige avseende vård- och omsorgstjänster.

Dessutom har Institutet för hälso- och sjukvårdsekonomi (IHE) genomfört en litteraturstudie avseende erfarenheter av tillämpade valfrihetsmodeller i dansk äldreomsorg. Denna redovisning och de båda rättsutlåtandena återfinns som bilagor till denna rapport.

1.4 Disposition

Rapporten disponeras enligt följande. Efter inledningskapitlet ges i kapitel 2 en överblick av sambanden mellan konkurrens, effektivitet

och ekonomisk tillväxt. I kapitel 3 redovisas, utifrån rapportens syfte, när det kan finnas motiv för offentlig produktion eller att produktion finansieras med allmänna medel och vilka tjänster som kommuner och landsting ansvarar för att tillhandahålla eller upplåta och i betydande utsträckning finansiera. I kapitel 4 görs en genomgång av upphandlingsreglernas innehåll och syfte. Kapitel 5 utgörs av en redovisning av motiven för att öka effektiviteten genom ökad konkurrens inom offentligt finansierade verksamheter. I kapitel 6 görs övergripande beskrivningar av institutionella och andra förhållanden inom områdena för äldreomsorg respektive hälso- och sjukvård liksom en genomgång av konsumenternas rättigheter inom dessa områden.

I kapitel 7 redovisas utmaningar i form av tredjepartsfinansiering och asymmetrisk information vid tillämpning av konkurrenslösningar av de för rapporten aktuella områdena.

Kapitel 8 utgörs av en generell genomgång av de två konkurrensutställningsmodellerna, entreprenad- respektive valfrihetsmodellen, som tillämpas inom de analyserade områdena. I kapitel 9 analyseras fenomenet avknoppning – dvs. att offentligt anställda ges möjlighet att bli entreprenörer genom att den egna arbetsplatsen, eller en del av den, blir ett enskilt företag som tillhandahåller tjänster till kommunen eller landstinget – från ett konkurrensperspektiv.

I kapitel 10 analyseras valfrihetsmodellens förenlighet med upphandlingsreglerna och erfarenheter från Danmark och Finland presenteras.

Rapporten avslutas med ett kapitel som innehåller förslag för ökat företagande och bättre fungerande konkurrens, inom analyserade områden, till nytta för konsumenterna.

2 Konkurrens ger ökad välfärd

Konkurrens innebär en tävlan mellan företag om kundernas förtroende och gunst. I denna tävlan använder företagen pris, kvalitet och service för att förmå konsumenterna att välja just deras varor eller tjänster. Detta leder till att produktionseffektiviteten främjas till följd av en mer rationell produktion och en bättre fördelning av samhällets resurser. Konkurrensen förbättrar således resursallokeringen i en ekonomi vilket innebär att resurserna används på sådant sätt att den samlade nyttan, dvs. välfärden, blir så stor som möjligt.

Konkurrensutsatta företag ökar sin effektivitet tack vare att de till följd av konkurrensen kontinuerligt söker öka sin produktivitet genom att pressa produktionskostnaderna per producerad enhet. Monopolister på en marknad har inga andra företag att jämföra sig med vilket innebär att dessa har svagare drivkrafter att pressa ned sina kostnader jämfört med konkurrensutsatta verksamheter. Detta brukar i den ekonomiska litteraturen benämnas som *X-ineffektivitet*². Därutöver har monopolister inte heller ett lika stort intresse av att förbättra service och kvalitet gentemot kunderna som konkurrensutsatta företag har.

Förenklat finns det två sätt att öka den ekonomiska tillväxten i ett land, antingen att det antal timmar det utförs arbete på ökar, eller att produktionen per arbetad timme ökar. Studier visar på ett positivt samband mellan konkurrens och produktivitet vilket innebär att en fungerande konkurrens leder till tillväxt och ökad välfärd.³

Ovan nämnda effekter benämns som statiska produktivitetsvinster. En fungerande konkurrens leder emellertid på längre sikt också till dynamiska effektivitetsvinster. Med detta avses bl.a. s.k. dynamisk

²Se t.ex. Leibenstein (1966) och Tirole (1997)

³ Se bl.a. McKinsey & Company (2006)

selektion som innebär att ineffektiva företag konkurreras ut från marknaden för att ersättas av andra mer effektiva och livskraftiga företag. Ett annat exempel på en dynamisk effektivitetsvinst är att när konsumenterna ges möjlighet att välja mellan olika alternativ får valen en styrande effekt på produktionens inriktning. Eftersom konsumenternas efterfrågan och önskemål förändras över tiden måste de säljande företagen hela tiden utveckla nya produkter med förhoppningen att dessa ska bli mer uppskattade än de alternativ som finns på marknaden. Konkurrens leder således till en förnyelse och utveckling av produktutbudet, dvs. till produktinnovationer. Ett medel för att kunna konkurrera effektivt är att utveckla produktionstekniker. Således leder konkurrens också till processinnovationer som i sin tur ökar produktiviteten och därmed långsiktigt den ekonomiska tillväxten i samhället som helhet. Ekonomisk forskning visar att de långsiktiga vinsterna av konkurrens är större än de kortsiktiga.⁴

Säljarna på en marknad tävlar i grunden om att uppnå ensamställning, dvs. monopol. När en strävan mot ensamställning, eller en uppnådd monopolställning, av olika skäl, inte kan utmanas av andra aktörer leder det till en försämrad välfärd för konsumenterna genom bl.a. högre priser. Det är för att förhindra sådana långvariga monopolsituationer som det konkurrensrättsliga regelverket har utformats.⁵

⁴ För en sammanställning se t.ex. OECD (2002)

⁵ Konkurrenslagen (1993:20), KL, innehåller i huvudsak två förbud, förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag (6 §) och förbudet mot missbruk av dominerande ställning (19 §). Dessutom finns bestämmelser om att domstol på Konkurrensverkets talan kan förbjuda en företagskoncentration om denna väsentligt hämmar eller är ägnad att hämma en effektiv konkurrens (34 §). Utöver KL gäller EU:s konkurrensregler (artikel 81 EG och artikel 82 EG) parallellt med den svenska lagstiftningen. Dessa regler ska tillämpas i de fall ett förfarande kan påverka handeln mellan två eller flera

Om ett konkurrensbegränsande beteende från ett eller flera företag är framgångsrikt kan det sägas utgöra ett s.k. marknadsmisslyckande. Utöver detta finns andra typer av marknadsmisslyckanden som innebär att den fria konkurrensen inte leder till ett samhällsekonomiskt effektivt utfall på marknaden, dvs. största möjliga välfärd. Inte sällan har statsmakterna motiverat offentliga subventioner av verksamhet eller verksamhet i egen produktion, i termer av marknadsmisslyckanden. Det kan således hävdas att förekomsten av en offentlig sektor till stora delar underbyggs utifrån olika typer av marknadsmisslyckanden.

Utifrån detta redovisas i det följande kapitlet argument och regler för offentlig produktion eller offentlig finansiering med utgångspunkt från vad som är kännetecknande för vård- och omsorgstjänster vad gäller produktion finansiering och konsumtion.

3 Argument och regler för offentlig produktion eller finansiering av vård och omsorg

Som redogjorts för ovan leder konkurrens till en förbättrad resursallokering i en ekonomi och till en ökad differentiering av produkter, dvs. till en ökad välfärd. Detta utesluter inte att viss typ av verksamhet bör bedrivas i offentlig (kollektiv) regi. Annan verksamhet bör finansieras med allmänna medel. I båda dessa situationer talar man ofta om s.k. marknadsmisslyckanden. Nedan presenteras exempel på marknadsmisslyckanden och andra motiv för offentlig produktion eller finansiering av de slag av verksamheter som analyseras i denna rapport.

Vidare redogörs för de regelverk som avgränsar det kommunala åtagandet utifrån ämnet för rapporten, dvs. vad kommuner eller landsting får ägna sig åt, respektive ansvarar för, inom vård- och omsorgssektorn.

3.1 Motiv för offentlig eller offentligt finansierad produktion

De flesta ekonomer är överens om att det finns normativa argument för att ge ansvaret för viss typ av verksamhet i ett samhälle till den offentliga (skattefinansierade) sektorn. Det kan handla om att verksamhet bedrivs i offentlig regi eller under offentlig kontroll, liksom att det allmänna av olika skäl subventionerar egen eller privata aktörers produktion.

Det som kan vara föremål för diskussion är hur långt detta ansvar bör sträcka sig. Som konstateras i kapitel 2 är en dåligt fungerande konkurrens att betrakta som ett marknadsmisslyckande. Klassiska

exempel på andra marknadsmisslyckanden som har motiverat offentlig finansierad produktion eller produktion i offentlig regi är: *kollektiva nyttigheter, externa effekter, asymmetrisk information och naturliga monopol*.⁶

Vad gäller vård och omsorg är de huvudsakliga argumenten för offentlig produktion eller offentlig finansiering att det förekommer positiva externa effekter, att marknaderna kännetecknas av asymmetrisk information och det som brukar betecknas som "rättviseargument". Detta utvecklas i det följande.

3.1.1 Externa effekter

Många mänskliga handlingar påverkar, förutom aktören själv, även andra människor. I de fall denna påverkan sker utan att någon form av kompensation sker mellan den som genomför handlingen och den som påverkas av denna används begreppet "externa effekter". Sådana effekter kan vara antingen positiva eller negativa. Ett exempel på en positiv extern effekt är ett vackert målat hus, dvs. att det är inte bara de som betalat för målningen som får en ökad nytta av att titta på huset utan också andra människor som tittar på huset får en ökad nytta. Exempel på negativa externa effekter kan vara buller eller luftföroreningar.

Positiva externa effekter används ibland som argument för offentligt finansierad produktion. Ett exempel på detta är offentligt finansierad utbildning. Kunskap sprider sig utan stora kostnader och humankapital är en viktig förklaringsvariabel till ekonomisk tillväxt. Därmed finns det från samhällsekonomiska utgångspunkter argument för att utbildning ska finansieras med allmänna medel. Dessutom kan det från bl.a. demokratisk synvinkel argumenteras för att det är

⁶ För en utvecklad litteraturgenomgång avseende motiv, utifrån ekonomisk teori, för offentlig produktion se Jordahl (i Konkurrensverket, 2004b)

ändamålsenligt om medborgarna är välutbildade och därmed har bättre möjligheter att granska och kritisera makthavarna.

På samma sätt kan offentligt finansierad sjukvård ge positiva externa effekter eftersom samhället som helhet kan väntas tjäna på en förbättrad folkhälsa när människor orkar arbeta mer och högre upp i åldrarna och därmed bidra till ett ökat välstånd. Ett analogt resonemang kan användas avseende offentligt subventionerad barnomsorg. Blomqvist och Bergstrom (1996) och Blomqvist (1999) visar att det kan vara rationellt även för väljare som är själviska och barnlösa att stödja offentligt subventionerad barnomsorg enär det ökar sannolikheten för att föräldrar arbetar och därmed genererar skatteintäkter till nytta för samhällsekonomin.

Det är svårt att med utgångspunkt från ekonomisk teori avgöra i vilken utsträckning som produktion ska finansieras med allmänna medel utifrån argument om externa effekter. Samtidigt är de empiriska erfarenheterna begränsade. I slutändan är det därmed politiska eller ideologiska, snarare än ekonomiska, avväganden som avgör detta.

3.1.2 Asymmetrisk information

Ett motiv för att låta viss typ av verksamhet produceras i offentlig regi är att köparna på en marknad som regel inte är lika välinformerade som säljarna. Detta är i sig inget anmärkningsvärt. Exempelvis har den som säljer sitt hus ett naturligt informationsövertag gentemot köparen. Informationsasymmetrier kan emellertid leda till skeva urval (*eng.* adverse selection) på en marknad.

Problematiken behandlas i en studie av Akerlof (1970) där han påvisar att när köparen inte kan skilja mellan producenter med hög respektive låg kvalitet, finns en risk för att priset blir så lågt att det inte är lönsamt för producenter att sälja högkvalitativa tjänster.

Grönqvist (i Konkurrensverket 2006a) illustrerar problemet genom att ge följande exempel:

”En försäljare har både varor av hög och låg kvalitet till försäljning, och han kräver ett högre pris för att avyttra varor av hög kvalitet eftersom de har ett högre inköpspris. Konsumenten skulle i sin tur gärna köpa varor av hög kvalitet och till det högre priset. Problemet är emellertid att konsumenten inte kan skilja mellan varor av hög respektive låg kvalitet innan de köpts och konsumerats, och är därför inte beredd att betala det högre priset, eftersom han inte kan avgöra om han verkligen fått en vara av hög kvalitet. Följden blir då att försäljaren slutar att sälja varor av hög kvalitet – eftersom han inte kan få betalt för deras värde – och enbart säljer varor av låg kvalitet. Varor av hög kvalitet försvinner med andra ord från marknaden även om det finns en efterfrågan på dem, vilket kan ses som ett marknadsmisslyckande.”

Ofta kan informationsproblemen hanteras med hjälp av garantier, varumärken, ryktesspridning eller licenser och certifikat. I hus-exemplet kanske en fastighetsmäklare anlitas för att värdera huset och minska risken för s.k. dolda fel.

Asymmetrisk information kan också leda till problem med vad som betecknas som moralisk risk (*eng.* moral hazard). Exempelvis finns det en risk att den som försäkrar sin moped mot stöld blir mer oförsiktig än vad som annars skulle varit fallet, och börjar slarva med att låsa mopeden eller parkerar den på sådana platser där stöldrisken är stor. Problemet i det här fallet är att det slarviga beteendet är okänt för försäkringsbolaget.

Moralisk risk är inte i sig ett argument för offentlig verksamhet. Dock argumenterar Baumol (1984) för att offentlig produktion kan vara nödvändig i syfte att dämpa incitamenten att överproducera. Till exempel skulle det sannolikt uppstå problem om brandmän, domare och poliser skulle ha provisionsbaserade löner.

Vid konkurrensutsättning av vård- och omsorgstjänster som finansieras med allmänna medel kan det pga. förekomsten av asymmetrisk information vara mindre lämpligt att utförarna ersätts (enbart) efter hur mycket eller hur dyr vård- och omsorg som konsumeras. De problem som föreligger vid konkurrensutsättning av sådana marknader redogörs det närmare för i kapitel 7.

3.1.3 Rättviseargument

Inom vissa områden som är offentligt finansierade eller subventionerade används ofta det som kan benämnas "rättviseargument". Med det avses att argumenten inte är baserade på ekonomisk effektivitet utan vilar på en normativ grund om vad som är rätt och fel. Exempelvis ansåg Rawls (1971) att regler, oavsett hur effektiva eller välordnade de är, bör ändras eller avskaffas om de är orättvisa.

På samma sätt kan det argumenteras för att viss typ av verksamhet ska finansieras med skattemedel oberoende av om detta innebär en minskad ekonomisk effektivitet eftersom verksamheten bedrivs av rättviseskäl. Exempel härpå kan vara offentligt finansierad äldre- eller handikappomsorg. Det är också den väg som har valts i Sverige där såväl vård som omsorg i huvudsak finansieras med allmänna medel.

I vilken utsträckning och på vilket sätt denna typ av argument ska styra det offentliga åtagandet är i huvudsak en politisk fråga. Statsmakterna har genom lagar och andra regleringar bestämt hur långt den offentliga sektorns ansvar sträcker sig.

3.2 Det reglerade ansvaret för vård och omsorg

3.2.1 Kommunallagen

Kommunallagen (1991:900) omfattar såväl primär- som sekundärkommuner (kommuner och landsting), samt deras företag. Av lagen framgår att kommunen själv får ta hand om sådana angelägenheter som är av allmänt intresse inom kommunens område eller dess medlemmar. Kommunikationer, energiförsörjning, renhållning, bostäder och idrotts-, fritids- och nöjesanläggningar är exempel på vanlig och tillåten kommunal verksamhet. Det vill säga verksamhet inom den kommunala kompetensen. En kommun har enligt kommunallagen inte rätt att utföra uppgifter som åligger staten, en annan kommun eller någon annan aktör.

Utöver kravet på att verksamheten ska vara av allmänt intresse styrs den kommunala kompetensen av olika principer, nämligen lokaliserings-, likställighets- och självkostnadsprincipen.

Lokaliseringsprincipen innebär att verksamheten ska ha anknytning till kommunens område eller medlemmar. Detta innebär exempelvis att det är tillåtet för en kommun att bedriva parkskötsel eller äldreomsorg innanför, men inte utanför, kommungränsen. Tanken är att en kommun enbart ska verka inom sitt geografiskt avgränsade område. Under vissa förutsättningar kan det dock vara tillåtet för en kommun att bedriva verksamhet utanför kommungränsen. Ett sådant exempel är att en kommun kan få bedriva väg- och flygtrafik utanför sitt geografiska område om denna verksamhet är av allmänt intresse för den kommunens medlemmar.

Med *likställighetsprincipen* menas att kommunen ska behandla alla medlemmar lika. Den verksamhet som en kommun bedriver ska således vara tillgänglig på lika villkor för samtliga av den kommunens medlemmar. Det är således tillåtet för en kommun att investera

i infrastruktur i syfte att stärka företagandet och konkurrenskraften i kommunen. Däremot är det som regel inte tillåtet för kommunen att bedriva verksamhet som enbart kan komma vissa medlemmar till godo, t.ex. att bygga infrastruktur som enbart främjar och kan nyttjas av ett enskilt företag.

Den kommunala *självkostnadsprincipen* innebär att den kommunala verksamheten ska bedrivas utan vinstsyfte. Det är således förbjudet för en kommun att sätta avgifter som överstiger kostnaderna för verksamheter. Huvudprincipen är att de kommunala åtagandena ska kunna finansieras med hjälp av skatter. Däremot utgör principen inget förbud mot att avgiftsfinansiera verksamheter. I vissa fall kan det dock finnas speciallagstiftning som begränsar kommunens möjlighet till avgiftsfinansiering (se exempel på detta i avsnitt 3.2.2).

3.2.2 Speciallagstiftning

Utöver kommunallagen styrs den kommunala kompetensen av s.k. speciallagstiftning. Den specialreglerade kompetensen innebär generellt sett mer detaljerade bestämmelser än kommunallagen. Vård- och omsorgsområdena, som i huvudsak styrs av hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, respektive socialtjänstlagen (2001:453) utgör exempel på specialreglerad kompetens.

Enligt portalparagrafen i HSL är målet för hälso- och sjukvården: *"god hälsa och vård på lika villkor för hela befolkningen"*. Socialtjänstlagen har en liknande lydelse där det framgår att individer som av någon anledning inte själva, eller på annat sätt, kan tillgodose sina behov har rätt till bistånd för sin försörjning och sin livsföring i övrigt. Rätten till bistånd enligt socialtjänstlagen består bl.a. av vård och service till äldre och funktionshindrade, dvs. äldre- och handikappomsorg. Därutöver ska (primär)kommunerna enligt socialtjänstlagen även svara för individ- och familjeomsorg, vilket i olika former syftar till att stödja, hjälpa och skydda utsatta grupper i

samhället. Det kan handla om att ge ekonomiska bistånd, familjerådgivning eller om hjälp till missbrukare, hemlösa, brottsoffer, etc. I likhet med kommunallagens likställighetsprincip ställs krav på att alla medborgare ska behandlas lika och ges samma förutsättningar att ta del av tjänsterna.

För att bl.a. uppnå de fördelningspolitiska mål som ligger till grund för nämnda speciallagstiftningar är det vanligt att kommunernas möjligheter till avgiftsfinansiering inom dessa områden är begränsade. Tjänster som omfattas av hälso- och sjukvården är som regel kraftigt subventionerade och inom äldreomsorgen finns det normalt en övre gräns för storleken på de avgifter som brukarna betalar (s.k. brukaravgifter).⁷

Som redogjorts för i detta kapitel finns det normativa argument för att viss typ av verksamhet helt eller delvis ska finansieras med allmänna medel eller bedrivs i offentlig regi. Mot denna bakgrund har statsmakterna beslutat att överlåta det övergripande ansvaret för vård- och omsorgstjänster till kommuner och landsting. För dessa tjänster föreligger dock inget hinder för att konkurrensutsätta själva utförandet av tjänsterna.

Vid konkurrensutsättning inom den offentligt finansierade sektorn ska kommuner, landsting, offentliga bolag och statliga myndigheter ta hänsyn till de principer och tillämpningar som gäller enligt upphandlingsreglerna. I nästa kapitel redovisas därmed innehåll av, och syfte med, upphandlingsreglerna i Sverige.

⁷ Olika beräkningssätt för brukaravgiften inom äldreomsorg gör att den övre gränsen i praktiken kan variera mellan olika kommuner. Exempelvis kan avgifterna i vissa kommuner inkludera matavgifter och hyra av möblemang, medan brukare i andra kommuner får bekosta detta själv eller via avgifter som går direkt till utföraren.

4 Upphandlingsreglerna – innehåll och syfte

Enligt definitionen i lagen (1992:1525) om offentlig upphandling, LOU, innebär en upphandling att en kommun eller ett landsting (eller någon annan offentlig aktör såsom statliga myndigheter eller offentliga företag) köper, leasar, hyr eller på annat sätt ingår ett ömsesidigt förpliktande avtal med en annan (fristående) juridisk person. Om en kommun vill ingå ett avtal med t.ex. ett privat företag eller ett av kommunens egna bolag om att köpa en vara eller tjänst, måste tilldelningen av detta kontrakt ske via ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU.

LOU bygger på EG-direktiv som är ett direkt utflöde av EG-fördraget. Tillsynsmyndighet för LOU är för närvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU⁸).

Upphandlingsreglernas huvudsakliga syfte är att reglerna ska bidra till förverkligandet av EU:s inre marknad genom att undanröja handelshinder och främja den gränsöverskridande handeln. Genom en korrekt tillämpning av reglerna ska det således garanteras att offentliga medel används på ett sätt som inte snedvrider konkurrensen genom att vissa leverantörer diskrimineras eller gynnas på ett otillbörligt sätt. Därigenom skapas konkurrens på lika villkor, vilket i sig kan bidra till ökad effektivitet, lägre priser och att skattemedlen används på ett ändamålsenligt sätt.

I EG-direktiven, liksom i LOU, görs en åtskillnad mellan tjänster som traditionellt sett ansetts lämpa sig väl (s.k. A-tjänster) respektive mindre väl (s.k. B-tjänster) för gränsöverskridande handel.⁹

⁸ Från den 1 september 2007 kommer NOU att inordnas i Konkurrensverket.

Vid upphandling av A-tjänster som överstiger de s.k. tröskelvärdena¹⁰ gäller 5 kap. LOU, medan övriga upphandlingar av dessa tjänster hänförs till 6 kap. LOU. För B-tjänster, som bl.a. utgörs av hälso- och sjukvårdstjänster och andra vård- och omsorgstjänster som omfattas av det kommunala huvudmannskapet, tillämpas 6 kap. LOU oavsett om värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet eller inte.

Tröskelvärdena och indelningen i A- respektive B-tjänster anger således vilka typer av upphandlingar som medlemsstaterna är skyldiga att reglera. De nya upphandlingsdirektiven (2004/17/EG och 2004/18/EG), som avses att komma att införas i svensk rätt under 2008, ändrar inte detta förhållande. Medlemsstaterna är därmed inte skyldiga att tillämpa EG-direktivens förfaranderegler för upphandlingar under tröskelvärdena eller avseende B-tjänster. I Sverige har man dock valt att reglera upphandlingsförfarandet för all offentlig upphandling oavsett tjänsternas art eller värde.

I vissa EU-länder, bl.a. Danmark, har man valt att direkt implementera EG-direktiven i den nationella lagstiftningen. Därmed finns inte särskilda regler för upphandlingsförfaranden under tröskelvärdena eller för B-tjänster.

Dock bör framhållas att oavsett om en upphandling avser A- eller B-tjänster, över eller under tröskelvärdena, så måste de grundläggande EG-rättsliga principerna alltid beaktas. Det finns fem sådana principer, nämligen: *icke-diskrimineringsprincipen*, *likabehandlingsprincipen*,

⁹ Vilka tjänster som hör till A- respektive B-tjänster räknas upp i direktiv 2004/18/EG bilaga II avdelning A respektive B. Samma uppräkningslista återfinns i LOU:s bilaga, avdelning A och B.

¹⁰ Vid kommunal upphandling av såväl varor som tjänster uppgår tröskelvärdet från den 1 januari 2006 till 1,826 miljoner kronor. Motsvarande belopp vid statlig upphandling är 1,253 miljoner kronor. Dessa belopp gäller med undantag för upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna (el m.m.) samt byggtreprenader. I dessa fall gäller högre tröskelvärden.

transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande.

De två förstnämnda principerna innebär att en leverantör inte får diskrimineras pga. nationalitet och att alla leverantörer ska behandlas lika och att den upphandlande enheten inte får ställa diskriminerande krav som kan missgynna vissa leverantörer. Transparensprincipen innebär i korthet att upphandlingsförfarandet ska vara förutsägbart och att det ska finnas insyn och möjlighet till kontroll av upphandlingsprocessen. Enligt proportionalitetsprincipen ska de krav som ställs i förfrågningsunderlaget vara nära kopplade och inte vara orimliga i förhållande till det som ska upphandlas. Vidare innebär principen om ömsesidigt erkännande att en upphandlande enhet måste erkänna och acceptera handlingar, exempelvis intyg och certifikat, som utfärdats av behöriga myndigheter i andra medlemsstater. Utöver nämnda principer framgår av lagen att en upphandling ska präglas av affärsmässighet och att rådande konkurrensmöjligheter ska utnyttjas.¹¹

I detta sammanhang bör även EU-kommissionens tolkningsmeddelande på området nämnas.¹² I meddelandet redovisas relevant EG-rättslig praxis samt metoder för att säkerställa att offentliga medel används så effektivt som möjligt med hänsyn till de fördelar som följer av fördragets regler för den inre marknaden.

Som konstateras inledningsvis i detta kapitel har upphandlingsreglerna som huvudsakligt syfte att tillse att offentliga aktörer bidrar till förverkligandet av EU:s inre marknad genom ökad konkurrens. En följd av detta blir en ökad ekonomisk effektivitet och därmed en förbättrad välfärd. I nästa kapitel redogörs för behovet av ökad effektivitet inom offentligt finansierad tjänsteproduktion, varvid

¹¹ Konkurrensverket (2007)

¹² Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling; 2006/C 179/02

motiv framläggs för att öka den konkurrensutsatta delen av svensk ekonomi.

5 Ökad välfärd med konkurrens inom offentlig finansierad verksamhet

Den offentliga sektorn som finansier och producent av det som ibland betecknas "välfärdstjänster", dvs. barnomsorg, skolverksamhet, äldreomsorg, hälso- och sjukvård m.m., etablerades under 1950- och 1960-talen. Fram till slutet av 1980-talet stod den offentliga sektorn i princip som ensam tillhandahållare av dessa tjänster.¹³ Den ekonomiska krisen i början av 1990-talet som resulterade i stora offentliga budgetunderskott tillsammans med förändrade medborgerliga krav och attityder medförde dock att den offentliga sektorn började reformeras med det huvudsakliga syftet att öka produktiviteten eller kostnadseffektiviteten inom offentlig verksamhet.¹⁴

En viktig del i förändringsarbetet har varit att öka inslaget av konkurrens och marknadsutnyttjande inom offentlig sektor. Det har skett bl.a. genom införandet av resultatenheter och prestationsbaserad ersättning.¹⁵ Sådana lösningar har framförallt bidragit till att öka kostnadsmedvetenheten inom den kommunala verksamheten. I andra fall har privata aktörer givits tillträde till marknader genom att dessa har regelreformerats. Exempel härpå är produktion och handel med el, telemarknaden och inrikesflyget.¹⁶ I motsats till de för den här rapporten relevanta områdena är dessa tjänster inte subventionerade med allmänna medel.

År 2005 uppgick kommunernas och landstingens totala kostnader till ungefär 410 respektive 200 miljarder kronor, eller ca 15 respektive 7,5 procent av Sveriges BNP. Omkring hälften av kommunernas och

¹³ Nutek (2005a)

¹⁴ SOU 2004:19

¹⁵ SOU 2004:19

¹⁶ Se t.ex. Konkurrensverket (2004a och 2006c)

landstingens kostnader kan hänföras till löne- och övriga personalkostnader.

Kommuner och landsting upphandlar i allt större utsträckning varor och tjänster i konkurrens. Kostnaderna för kommunernas och landstingens köp av verksamheter¹⁷ uppgick år 2005 till omkring 52 respektive 29 miljarder kronor, eller 13 respektive 14,5 procent av de totala kostnaderna.¹⁸

Av redogörelsen i kapitel 2 framgår hur konkurrens kan bidra till en ökad effektivitet och välfärd. Genom konkurrensen pressas producenterna till att utveckla nya produkter och produktionsmetoder för att anpassa sig till konsumenternas efterfrågan. Om konkurrensen begränsas riskerar därmed effektiviteten på marknaden att försämraras.

Produktion av välfärdstjänster kommer sannolikt att kräva en allt större andel av de samlade resurserna. Av långtidsutredningen (SOU 2004:19) framgår att det därför är viktigt att öka produktiviteten inom den offentliga sektorn. Givet nuvarande produktionsmetoder bedömdes i utredningen att en höjning av den genomsnittliga kommunalskatten med nära 10 procentenheter kommer att vara nödvändig för att kunna tillgodose behovet av välfärdstjänster år 2020. I utredningen framhålls tre orsaker till denna prognos. För det första är möjligheten att genomföra produktivitetshöjande åtgärder inom områden med tjänsteproduktion ofta betydligt mindre än vad som gäller för varuproduktion. Utrymmet för reallöneökningar är därmed som regel större inom varuproduktionen. Eftersom ökade reallöner inom varuproduktionen tenderar att driva upp lönerna också inom tjänsteproducerande sektorer, leder det till en relativ

¹⁷ Med köp av verksamhet avses verksamhet som produceras av andra än den egna kommunen. Även köp från andra kommuner och landsting ingår i dessa uppgifter.

¹⁸ SCB (2007)

fördyring av tjänster i förhållande till varor.¹⁹ Fenomenet brukar benämnas som "den Baumolska sjukan".²⁰

För det andra medför ökade inkomster en ökad efterfrågan på välfärdstjänster. För det tredje kommer den demografiska utvecklingen att leda till att en allt mindre andel av befolkningen arbetar och betalar skatt som ska finansiera tjänster åt en allt större och allt mer vårdkrävande grupp av äldre.²¹ Prognoser visar att andelen av befolkningen som är 65 år eller äldre kommer att öka med uppemot 30 procent de närmaste tio åren.²²

Eftersom ett ökat skattetryck riskerar att medföra snedvridande effekter på ekonomin, med bl.a. ett minskat arbetsutbud och ett minskat företagande som följd, är kontinuerligt ökade skattesatser inte en långsiktig hållbar lösning av det framtida finansieringsproblemet. Långtidsutredningen bedömde dock att om produktiviteten kan öka inom offentlig sektor kommer betydande delar av välfärdstjänsterna även i framtiden att kunna finansieras med allmänna medel utan att det för den sakens skull krävs alltför stora skattehöjningar.²³

Flera utvärderingar som Ekonomistyrningsverket, ESV, (2006) tagit del av angående effekterna av konkurrensutsättning av kommunal verksamhet (sophämtning, städning, vård- och omsorgsverksamhet, m.m.) visar att konkurrensutsättningen många gånger stimulerat utvecklingen och medfört ökad effektivitet i form av kostnadsminskningar och kvalitetsförbättringar. ESV framhöll dock att det

¹⁹ Se Baumol (1967)

²⁰ Det finns dock studier som påvisar att den relativa fördyringen av tjänster hittills har varit liten. Urbaniseringen har bidragit till att produktiviteten varit hög även inom tjänstesektorn, varmed den Baumolska sjukan ännu inte har haft något större genomslag för relativpriserna på tjänster. (Janson, 2006)

²¹ SOU (2004:19)

²² Sveriges Kommuner och Landsting (2005d)

²³ SOU (2004:19)

avgörande för produktivitetens utvecklingen inte var huruvida verksamhet bedrivs i privat eller offentlig regi, utan om det förekom konkurrens eller inte. Erfarenheterna visar att effektiviteten har ökat även inom offentlig produktion när denna konkurrens utsätts. När flera aktörer ges tillträde till marknaden ökar möjligheterna till jämförelser mellan olika producenter, vilket stimulerar till produktivitetsförbättringar.

Mot bakgrund av bl.a. Långtidsutredningens och ESV:s slutsatser och det som framkommit av redogörelsen i kapitel 2, är det viktigt från en samhällsekonomisk utgångspunkt att den konkurrensutsatta delen av den svenska ekonomin fortsätter att öka.

Två områden där detta kan ske är inom äldreomsorgen respektive inom hälso- och sjukvården. Dessa områden beskrivs i det kommande kapitlet.

6 Verksamhetsbeskrivningar

Enligt avgränsningarna i avsnitt 1.2 omfattar analysen i denna rapport i huvudsak offentligt finansierad äldreomsorg och offentligt finansierad hälso- och sjukvård. Verksamhetsbeskrivningar avseende institutionella och andra förhållanden för dessa områden redovisas i detta kapitel.

6.1 Äldreomsorg

6.1.1 Inledning

Äldreomsorg utgör en del av den kommunala socialtjänsten och regleras av socialtjänstlagen (2001:453). Av lagen framgår att kommunen bl.a. ansvarar för att tillhandahålla bostad, vård eller annan service för att skapa förutsättningar för äldre personer att bo och leva självständigt, känna trygghet och ha en aktiv och meningsfull vardag.²⁴

Det är generellt sett inte möjligt för en individ att själv besluta om omfattningen av den skattefinansierade äldreomsorgen som denne erhåller. Normalt krävs att hjälpen beviljas genom ett biståndsbeslut. Detta innebär att den äldres vård- och omsorgsbehov utreds av en handläggare inom kommunen som därefter beslutar om omfattningen och vilken typ av hjälp som individen har rätt till.

Äldreomsorg kan grovt delas in i hemtjänst, särskilda boendeformer, dagverksamhet samt färdtjänst. Som framgår av avgränsningarna i avsnitt 1.2 kommer färdtjänst inte att beröras närmare i denna rapport.

²⁴ Socialstyrelsen (2006b)

Hemtjänst omfattar serviceinsatser – såsom städning, tillredning av måltider och inköp – och personlig omvårdnad – exempelvis av- och påklädning, förflyttningar och skötsel av hygien. År 2006 erhöll drygt 140 000 personer offentligt finansierad hemtjänst, vilket motsvarar ca 15 procent av dem som var 65 år eller äldre²⁵. Jämfört med år 2000 har antalet hemtjänstbeviljade personer ökat med omkring 16 procent.²⁶

Särskilda boendeformer är ett samlingsbegrepp för olika former av bostäder för äldre personer med behov av särskilt stöd. Vård och omsorg ska därför finnas tillgänglig dygnet runt. Kommunerna ansvarar för såväl sociala som medicinska insatser inom det särskilda boendet, med undantag för insatser som utförs av läkare. Med begreppet särskilt boende avses som regel en boendeform där brukarna vistas permanent. Korttidsboende är en särskild boendeform där brukarna vistas tillfälligt, exempelvis under pågående behandling, rehabilitering eller omvårdnad och för avlösning för anhöriga som annars vårdar den äldre i hemmet.

År 2006 bodde drygt 98 000 personer permanent i särskilda boenden, vilket motsvarade 6 procent av antalet personer som var 65 år eller äldre. Jämfört med år 2000 har andelen minskat med två procentenheter. Knappt 9 000 personer bodde i ett korttidsboende under ett enskilt dygn år 2006.²⁷ En granskning av tolv korttidsboenden i Stockholms län visade att det framförallt var personer som väntade på en plats i ett särskilt boende som vistades i korttidsboenden under år 2006.²⁸

²⁵ Samtliga uppgifter om antalet äldreomsorgsberättigade personer inom olika verksamhetsområden baseras på statistik för ett enskilt dygn under aktuellt år.

²⁶ Socialstyrelsen (2007d)

²⁷ Socialstyrelsen (2007d)

²⁸ Socialstyrelsen (2007c)

Ett syfte med *dagverksamhet* är att ge äldre människor sysselsättning i vardagen och att underlätta kontakter med andra. Inom dagverksamheter tillhandahålls även hälso- och sjukvårdstjänster såsom behandling, rehabilitering till personer med demens, psykiska eller fysiska funktionshinder etc. Innehållet i dagverksamheten kan variera beroende på vilken målgrupp den riktar sig till. Det är främst personer i ordinärt boende som erhåller behovsprövad dagverksamhet. År 2006 var knappt 13 000 äldre beviljade dagverksamhet, att jämföra med drygt 14 000 år 2000.²⁹

Utvecklingen mot att allt fler erhåller hemtjänst samtidigt som allt färre beviljas plats i särskilt boende eller dagverksamhet kan förklaras med att det funnits en politisk vilja sedan början av 2000-talet att förskjuta vården och omsorgen av äldre till deras ordinära boenden.³⁰ Denna utveckling gäller också för andra länder.³¹

6.1.2 Kostnader för svensk äldreomsorg

De totala kostnaderna för äldreomsorgen i Sverige uppgick år 2005 till omkring 80 miljarder kronor. Totalt motsvarade kostnaderna för äldreomsorgen därmed ca 3 procent av Sveriges BNP. I dessa kostnader ingår även kostnader för öppna verksamheter, dvs. verksamheter såsom träffpunkter för äldre som inte kräver något individuellt biståndsbeslut.

Genom den s.k. Ädelreformen år 1992 fick kommunerna ett samlat ansvar för äldreomsorgen. Detta innebar att kommunerna blev huvudmän för de hälso- och sjukvårdsinsatser inom särskilda boendeformer och inom dagverksamheter som tillhandahålls av undersköterskor, sjuksköterskor, sjukgymnaster och arbetsterapeuter. Det

²⁹ Socialstyrelsen (2007b; 2007d)

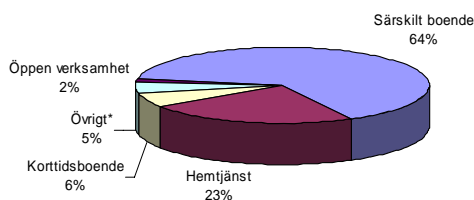
³⁰ Socialstyrelsen (2007b)

³¹ OECD (2005)

blev även möjligt för kommunerna att överta landstingens ansvar för hemsjukvården i ordinära boenden.³² Således ingår även kostnader för hälso- och sjukvård i de kommunala utgifterna för äldreomsorgen. Enligt Sveriges Kommuner och Landsting (2006a) beräknades kommunernas sjukvårdskostnader inom äldreomsorgen uppgå till omkring 17 miljarder kronor år 2004.

I bild 6.1 redovisas fördelningen av kommunernas kostnader för äldreomsorgen inom respektive verksamhetsområde för år 2005. Som framgår av bilden var särskilda boenden den totalt sett mest resurskrävande verksamheten och svarade för omkring 64 procent av de totala kostnaderna. Beräknat per brukare var kostnaden för en plats i ett särskilt boende drygt 520 000 kronor detta år. För hemtjänsten var motsvarande kostnad drygt 130 000 kronor.

Bild 6.1 Fördelning av kommunernas kostnader för äldreomsorg. År 2005



*Kostnaden inkluderar dagverksamhet, hemsjukvård, bidrag för bostadsanpassning och annan individuell biståndsprövad verksamhet.

Källa: Socialstyrelsen (2007b)

³² Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet (2003)

Det råder stora skillnader mellan olika kommuner avseende kostnaden för äldreomsorg. För 2005 gäller att den kommun som hade störst kostnad per invånare i åldersgruppen 65 år eller äldre redovisade drygt dubbelt så stora kostnader jämfört med kommunen med minst kostnad.³³ Kostnadsvariationerna beror främst på strukturella skillnader, såsom åldersskillnader och geografisk struktur, men kan även bero på att vissa kommuner bedriver verksamheten mer kostnadseffektivt än andra.³⁴

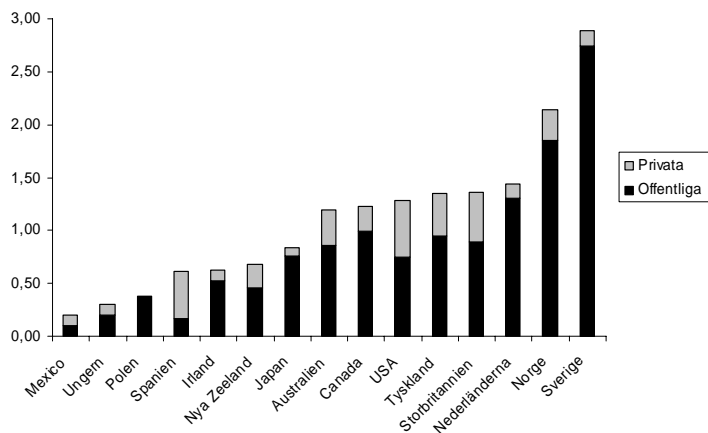
Bild 6.2 visar de totala utgifterna för äldreomsorgen som andel av BNP för 15 OECD-länder. Av bilden framgår att kostnaderna för äldreomsorg är relativt sett stora i Sverige. En delförklaring kan vara att en relativt stor andel av Sveriges befolkning är äldre än 80 år, vilket innebär ett större behov av vård och omsorg. En annan förklaring kan vara att det i Sverige av tradition erbjuds en förhållandevis generös äldreomsorg. Liknande resonemang kan föras för Norge vars kostnader för äldreomsorgen uppgick till drygt 2 procent av landets BNP.³⁵

³³ Socialstyrelsen (2007b)

³⁴ För en utförligare redogörelse av de faktorer som kan förklara kostandsskillnader mellan kommuner se Socialstyrelsen (2007a)

³⁵ OECD (2005)

Bild 6.2 Privata och offentliga utgifter för äldreomsorg i några länder som andel av ländernas BNP. År 2000. Procent



Källa: OECD (2005)

Självfinansieringsgrad

Den svenska äldreomsorgen finansieras, relativt förhållanden i flera andra utvecklande länder, till en större del med allmänna medel, vilket framgår av bild 6.2. Enligt Sveriges Kommuner och Landsting (2006c) finansierades knappt 4 procent av äldreomsorgens kostnader med brukaravgifter år 2005.

Det är de enskilda kommunerna som beslutar om storleken på avgiften för olika tjänster. Avgiften får dock inte vara större än att brukaren tillförsäkras en skälig levnadsnivå, s.k. förbehållsbelopp. Förbehållsbeloppet beslutas av regeringen med utgångspunkt från Konsumentverkets beräkningar av hushållskostnader. Vidare finns ett högkostnadsskydd som utgör ett tak för hur mycket en brukare får betala för äldreomsorg. År 2007 motsvarar detta belopp omkring 1 600 kronor per månad.³⁶ I högkostnadsskyddet ingår inte avgifter som brukaren betalar för t.ex. bostad och mat som erhålls i samband

³⁶ Socialstyrelsen (2006d)

med hemtjänst eller inom ett särskilt boende. Sådana avgifter kan även komma att räknas av från förbehållsbeloppet.

6.1.3 Äldreomsorg i privat regi

Det finns inget lagstadgat hinder för privata aktörer att bedriva äldreomsorg parallellt med den offentligt finansierade verksamheten. Inom särskilt boende fastställer emellertid 7 kap. 1 § i socialtjänstlagen ett krav på ett godkännande från relevant länsstyrelse för att få bedriva yrkesmässig verksamhet inom området.³⁷

Kommunernas ansvar för att tillgodose invånarnas behov av äldreomsorg innebär inget krav på att verksamheten ska bedrivas i offentlig regi. Det är tillåtet för kommuner att köpa tjänsterna av privata företag. Kommunerna kan dock inte avsäga sig finansieringsansvaret eller ansvaret för att verksamheten upprätthåller god kvalitet.

Eftersom individer vid behov kan erhålla äldreomsorg till relativt liten kostnad från den offentligt finansierade verksamheten, kan efterfrågan av helt privatfinansierad äldreomsorg väntas vara begränsad. Detta innebär att privata utförare i princip är beroende av att få ingå avtal med kommunerna om att bedriva offentligt finansierad äldreomsorg. Därmed är det i praktiken kommunerna som i stor utsträckning avgör om privata utförare etableras på marknaden eller inte.

I bild 6.3 illustreras hur de privata vårdgivarnas (inklusive kommunala bolag) andel av äldreomsorgen har utvecklats för åren 1993-2006. Av bilden framgår att det är vanligare att brukare erhåller omsorg i privat regi inom särskilda boenden än inom hemtjänsten. De privata utförarnas andel har generellt sett ökat inom båda verk-

³⁷ 1 §, 7 kap. Socialtjänstlag (2001:453)

samhetsgrenarna. Andelen personer med hemtjänst respektive i särskilt boende som erhöll hjälp från privata utförare har ökat med drygt 8 respektive drygt 7 procentenheter under föreliggande period.

Bild 6.3 Andelen ålderspensionärer med hemtjänst eller särskilt boende som har hjälp från privata utförare (inkl. kommunala bolag). Åren 1993-2006



Källa: Socialstyrelsen (2001; 2005; 2006a; 2007d), bearbetning av Konkurrensverket

I tabell 6.1 redovisas antalet personer som var beviljade hemtjänst eller plats i särskilt boende samt andelen av dessa som erhöll omsorgen i privat regi år 2006. Av tabellen framgår att knappt 14 procent av samtliga brukare i särskilda boenden erhöll hjälpen från privata utförare. Inom hemtjänsten var motsvarande andel knappt 11 procent.

Det kan konstateras att spridningen vad gäller omfattningen av privat bedriven äldreomsorg varierar betydligt mellan olika län. Stockholms län var det län där störst andel av brukarna erhöll äldreomsorg i privat regi. Inom såväl hemtjänst som särskilt boende uppgick andelen till omkring 35 procent år 2006. Det kan exempelvis

jämföras med Norrbottens län där det inte fanns någon privat utförare.

Andelen privata utförare varierar i ännu större utsträckning mellan enskilda kommuner än mellan län. År 2006 var det nära 80 procent av Sveriges kommuner som inte hade några privata utförare alls inom hemtjänsten. Inom särskilt boende var motsvarande andel knappt 60 procent. I omkring en sjättedel av kommunerna bedrevs mer än 10 procent av äldreomsorgen i privat regi.

I Vellinge erhöll 84 procent av brukarna hemtjänst i privat regi år 2006, vilket gjorde Vellinge till den kommun med störst andel privat bedriven hemtjänst i riket. Därefter följde Solna och Nacka med andelar om 78 respektive 71 procent. I nämnda kommuner bedrevs även en stor andel av de särskilda boendena i privat regi.

Tabell 6.1 Antalet personer som var 65 år och äldre och var beviljade hemtjänst respektive permanent boende i särskilt boende samt andelen av dessa som fick hjälp i privat regi (inkl. kommunala bolag). Oktober 2006. Procent

Län <i>Kommun</i>	Hemtjänst		Särskilt boende	
	Antal	Andel	Antal	Andel
Stockholm	26 210	33,6	17 437	36,2
<i>Solna</i>	1 202	78,2	662	73,3
<i>Nacka</i>	1 274	71,5	494	42,1
Västmanland	4 088	21,1	3 193	11,7
Östergötland	6 062	17,9	4 887	27,4
<i>Linköping</i>	1 420	58,2	1 892	51,1
Uppsala	3 659	17,0	2 372	22,0
Värmland	4 832	13,1	3 011	4,5
Jämtland	2 517	9,5	1 875	15,0
Västerbotten	4 336	7,6	3 287	6,2
Halland	3 899	7,1	3 573	16,9
<i>Laholm</i>	283	57,6	356	40,4
Gävleborg	4 887	6,8	3 390	4,7
Blekinge	2 449	6,2	1 945	0,1
Skåne	18 710	5,7	11 507	14,1
<i>Vellinge</i>	427	84,1	250	68,8
<i>Lomma</i>	227	67,4	165	67,3
Södermanland	4 038	5,2	2 854	2,5
Dalarna	5 581	3,5	3 048	1,7
Gotland	874	3,4	748	19,3
Västra Götaland	23 255	1,6	16 807	6,9
Kalmar	4 576	0,9	2 753	2,8
Örebro	4 498	0,4	2 923	1,2
Jönköping	4 858	0,0	4 107	4,0
Kronoberg	2 591	0,0	2 117	1,8
Västernorrland	4 556	0,0	3 309	0,5
Norrboten	3 870	0,0	3 476	0,0
Riket	140 346	10,9	98 619	13,5

Källa: Socialstyrelsen (2007d), bearbetning av Konkurrensverket

För att konkurrensutsätta äldreomsorgen tillämpas antingen entreprenad- eller valfrihetsmodellen.³⁸ Entreprenadmodellen är den vanligast förekommande konkurrensutsättningsmodellen bland

³⁸ För en utförlig beskrivning av dessa modeller se kapitel 8.

Sveriges kommuner. Tillämpningen av valfrihetsmodellen, eller kundvalsmodellen, ökar dock. Totalt var det 27 kommuner som helt eller delvis hade infört kundval för hemtjänstinsatser år 2006, varav hälften tillhörde Stockholms län. Fyra av dessa kommuner hade även infört kundval inom särskilt boende. Vidare fanns planer om att införa kundval i ytterligare 24 kommuner.³⁹

Det saknas fullständiga uppgifter om hur många privata aktörer som för närvarande bedriver äldreomsorg. Enligt Socialstyrelsen (2004a) uppgick antalet företag till omkring 170 år 2003. De flesta av dessa var mindre företag som enbart var verksamma inom enskilda kommuner. De fyra marknadsledande företagen Attendo Care AB, Carema AB, Aleris och Förenade Care AB är i princip rikstäckande.

Antalet privata utförare i kommuner som konkurrensutsatt äldreomsorgen varierar. År 2004 var ett 40-tal privata utförare etablerade i Nacka. Ett tiotal kommuner hade 5-10 privata utförare. Vanligast var att det bara fanns en privat utförare vid sidan om den kommunala verksamheten.⁴⁰

6.1.4 Konsumenternas ställning inom äldreomsorgen

Socialtjänstlagen och andra lagar – t.ex. lagen om färdtjänst (1997:736) och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (1997:387) – som reglerar omsorgen i Sverige benämns ofta som s.k. rättighetslagar. Med det menas att beslut enligt lagarna kan överklagas med förvaltningsbesvär.

Förvaltningsbesvär enligt förvaltningslagen (1986:223) innebär att den som är berörd av ett beslut som part har rätt att överklaga beslutet till förvaltningsdomstol. Kommunen är skyldig att meddela

³⁹ Socialstyrelsen (2007e)

⁴⁰ Sveriges Kommuner och Landsting (2005d)

besvärshänvisning. Domstolen kan pröva det överklagade beslutet i hela dess vidd, dvs. såväl lagligheten som lämpligheten av beslutet, och fatta ett eget beslut i det överklagades ställe.⁴¹

I och med införandet av socialtjänstlagen omvandlades generella resursstyrda kommunala verksamheter, som kommunal hemtjänst och plats i särskilt boende för äldre och funktionshindrade, till individuella rättigheter för enskilda. Socialtjänstlagen tillkom bl.a. som ett resultat av kritik mot den äldre funktionsindelade lagstiftningen som inte bedömdes beakta enskilda individers totala situation och omgivning. Rättighetskonstruktionen i socialtjänstlagen har en ramlagskaraktär som ska underlätta det sociala arbetets inriktning på den enskildes totala situation och behov.⁴²

En kommun som inte tillhandahåller bistånd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen till den som är berättigad till det enligt en domstols avgörande ska enligt 16 kap. 6 a § socialtjänstlagen åläggas att betala en särskild avgift om lägst 10 000 kronor och högst 1 miljon kronor. Avgiften tillfaller staten. I en statlig utredning (SOU 2004:118) föreslogs en utvidgad möjlighet att ålägga en särskild avgift till att omfatta kommuner och landsting som inte inom skälig tid tillhandahåller bistånd eller särskild insats som någon är berättigad till enligt beslut i ansvarig politisk nämnd, i aktuell kommun eller landsting. Förslaget bereds inom regeringskansliet.

Eftersom socialtjänstlagen är av ramlagskaraktär är ett grundläggande syfte med lagen att en framväxande prejudikatsbildning i Regeringsrätten ska ligga till grund för kommunernas ageranden även i andra fall än dem som varit föremål för domstolsprövning.

Enligt en rapport från Sveriges Kommuner och Landsting (2005c) är praxisbildningens genomslag för rättstillämpningen på området

⁴¹ Sveriges Kommuner och Landsting (2005c)

⁴² Sveriges Kommuner och Landsting (2005c)

begränsad. Det beror enligt utlåtandet i rapporten på främst tre faktorer. För det första anges prejudikaten ofta röra såpass speciella förhållanden att det är svårt att dra principiella slutsatser av målen. För det andra anges att kommuner väljer lokala lösningar inom biståndsringen utan hänsyn till förekomsten av en viss rättspraxis. För det tredje anges att prejudikatsbildningen från Regeringsrätten inte är rättsligt bindande för en kommun annat än i det enskilda fall som domstolen tagit ställning till.

Det kan konstateras att beslut om bistånd eller särskilt stöd enligt socialtjänstlagen, av den det berör, kan överklagas till förvaltningsdomstol. Dock finns inga lika tydliga möjligheter att klaga på själva utförandet av den tjänst som beviljats. Enligt 14 kap. 2 § i socialtjänstlagen föreskrivs att den som är anställd inom service och omvårdnad av äldre och funktionshandikappade är skyldiga att anmäla övergrepp, vanvård och liknande missförhållanden till socialnämnden i aktuell kommun (Lex Sarah). I fråga om brukare eller anhörigas rättigheter att klaga saknas en lika tydlig reglering.

6.2 Hälsa- och sjukvård

6.2.1 Inledning

Enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, definieras hälso- och sjukvård som åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador.⁴³ Även sjuktransporter och uppgiften att ta hand om avlidna hänförs till hälso- och sjukvården enligt HSL. Dessa områden kommer dock inte att behandlas närmare i detta kapitel. Inte heller tandvård och företagshälsovård, som också ofta hänförs till hälso- och sjukvården, kommer att beröras enligt de

⁴³ Hälso- och sjukvård har från ett konkurrensperspektiv behandlats bl.a. i Konkurrensverket (2002) och Konkurrensverket (2005)

avgränsningar som redovisas i avsnitt 1.2. Inom bl.a. äldreomsorgen bedrivs också hälso- och sjukvård vilket inte heller kommer att beskrivas närmare eftersom de grundläggande marknadsförhållandena för äldreomsorg i Sverige beskrivs i avsnitt 6.1.

Hälso- och sjukvård kan grovt delas in i somatisk- (kroppslig) respektive psykiatrisk vård och består förenklat av primärvård (närsjukvård) respektive specialiserad vård. Primärvård utgör en första vårdnivå och omfattar grundläggande medicinsk behandling, omvårdnad, förebyggande arbete och rehabilitering som inte kräver de medicinska och tekniska resurser eller annan särskild kompetens som ofta återfinns vid sjukhus. Primärvård bedrivs ofta av allmänläkare och distriktssjuksköterskor vid vårdcentraler eller av privatpraktiserande allmänläkare, men kan också ges vid sjukhus. Även hemsjukvård räknas till primärvården.

År 2005 gjordes ca 12,7 miljoner läkarbesök⁴⁴ inom primärvården, motsvarande 1,4 besök per invånare. Hela 85 procent av dessa utgjordes av allmänläkarvård, knappt 9 procent rörde jourverksamhet.⁴⁵

Specialiserad vård kräver större tekniska och personella resurser och ges företrädesvis vid sjukhus men även vid specialistläkarmottagningar utanför sjukhusen och i vissa fall på vårdcentraler. Högspecialiserad sjukvård bedrivs i samverkan mellan landstingen vid regionsjukhus eller universitetssjukhus i sex sjukvårdsregioner. Inom den specialiserade somatiska vården uppgick antalet vårdkontakter till ca 16,8 miljoner år 2005, motsvarande 1,9 per invånare. Vanligast är besök hos läkare. Antalet vårdtillfällen i slutenspecialiserad somatisk vård uppgick till 1,4 miljoner vårdtillfällen, dvs. utskrivningar från en vårdinrättning. Inom den specialiserade

⁴⁴ Med besök avses här behandlingar i öppen vård och kan således i de fall en journal m.m. upprättas utgöras av en telefonkontakt.

⁴⁵ SCB (2007)

psykiatriska vården var antalet mottagningsbesök inklusive hembesök knappt 4 miljoner. Antalet vårdtillfällen inom den specialiserade psykiatriska slutna vården uppgick till knappt 90 000. Värt att notera är att denna del av den specialiserade vården är den som tar de största resurserna i anspråk inom den specialiserade psykiatriska vården.⁴⁶

6.2.2 Kostnader för svensk hälso- och sjukvård

De totala kostnaderna för hälso- och sjukvården i Sverige uppskattades för år 2005 till drygt 220 miljarder kronor. Det motsvarade omkring 8,3 procent av Sveriges BNP eller knappt 25 000 kronor per invånare.⁴⁷ I denna andel ingick kostnader för såväl sjukvård som tandvård, läkemedel och investeringar. Till detta kommer den sjukvård som fördes över till kommunerna 1992 i samband med den s.k. Ädelreformen (se vidare avsnitt 6.1.2). Enligt en rapport från Sveriges Kommuner och Landsting (2006a) beräknades de kommunala sjukvårdskostnaderna uppgå till omkring 17 miljarder kronor 2004 eller motsvarande 0,7 procent av BNP detta år. Således kan det uppskattas att kostnaderna för hälso- och sjukvård i Sverige motsvarar omkring 9 procent av rikets BNP.

I en internationell jämförelse skiljer sig inte kostnaderna för svensk hälso- och sjukvård på ett anmärkningsvärt sätt från de flesta andra länder inom OECD, uttryckt såväl som kostnad per invånare som kostnadernas andel av BNP.⁴⁸ Det finns dock ett fåtal länder som avviker, främst USA, där en större andel av BNP går till hälso- och sjukvård. Detta kan bl.a. förklaras med höga administrationskostnader, ett högt löneläge för hälso- och sjukvårdspersonal samt

⁴⁶ SCB (2007)

⁴⁷ Socialstyrelsen (2006c)

⁴⁸ OECD Health Data 2006 oktober

”juridiska kostnader”.⁴⁹ Det bör noteras att det i denna jämförelse och dylika jämförelser mellan länder endast studeras hur stor del av de samlade resurserna i samhället som tilldelas hälso- och sjukvården. Ingen hänsyn tas därmed till kvalitetsvariabler såsom de medicinska resultaten, vårdens tillgänglighet eller hur nöjda medborgarna är med den vård som tillhandahålls.

Kostnaderna för hälso- och sjukvård ökar i stort sett i alla utvecklade länder. Under perioden 1994-2002 ökade kostnaderna per invånare med ca 53 procent i Sverige.⁵⁰ Under samma period ökade kostnaderna enligt konsumentprisindex (KPI) med knappt 10 procent.⁵¹

I Frankrike, Danmark, Nederländerna, USA och Storbritannien låg ökningen i intervallet 40-60 procent. Länder som avvek under perioden var Portugal, Norge och Irland där kostnadsökningar i intervallet 85-100 procent redovisades.⁵²

Huvuddelen av de svenska hälso- och sjukvårdstjänsterna tillhandahålls av landstingen. Det sker antingen genom egen produktion eller i form av köp från enskilda aktörer. Vid ett studium av landstingens nettokostnader, (samtliga kostnader med avdrag för samtliga intäkter) för hälso- och sjukvård, uppgick dessa till drygt 165 miljarder kronor för år 2005.⁵³ Om kostnaden för tandvård exkluderas var nettokostnaden knappt 161 miljarder kronor.

⁴⁹ SOU 2007:12

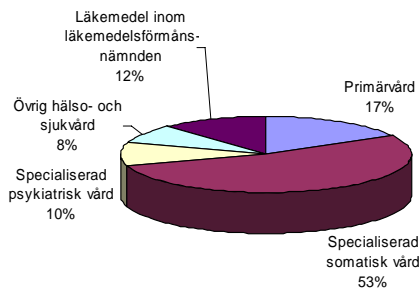
⁵⁰ Sveriges Kommuner och Landsting (2005a)

⁵¹ www.scb.se, 2007-04-11

⁵² Sveriges Kommuner och Landsting (2005a)

⁵³ Socialstyrelsen (2006c)

Bild 6.4 **Fördelning av landstingens nettokostnader för hälso- och sjukvård exklusive tandvård och politisk verksamhet. År 2005**



Källa: Socialstyrelsen (2006c)

I bild 6.4 redovisas landstingens fördelning av hälso- och sjukvårdens nettokostnader exklusive tandvård och politisk verksamhet. Som framgår av bilden står specialiserad somatisk vård för drygt hälften av de totala nettokostnaderna. Primärvård står för knappt 20 procent av nettokostnaderna och den specialiserade psykiatriska vården för omkring 10 procent. I den andel som utgör övrig hälso- och sjukvård ingår bl.a. omstruktureringskostnader för hälso- och sjukvården i omkring tio landsting.

Självfinansieringsgrad

Svensk hälso- och sjukvård finansieras i huvudsak genom skatter. Vårdavgifter har av Sveriges Kommuner och Landsting (2005b) beräknats täcka omkring 8 procent av kostnaderna för hälso- och sjukvård. Om tandvården undantas, där avgiftsuttaget är relativt stort, bedömdes andelen vara 3 procent.

Varje landsting (och Gotlands kommun) beslutar om vårdavgifterna. År 2007 ligger de i intervallet 100-150 kronor per besök avseende primärvård och i intervallet 230-300 kronor per besök för specialistläkarvård. Det förekommer lägre avgifter för barn och äldre liksom som regel tilläggskostnader för hembesök etc.⁵⁴ Vårdavgifterna är reglerade i HSL på så sätt att det finns ett högkostnadsskydd som innebär att en patient under ett år högst får betala 900 kronor i vårdavgifter för öppen vård. Högsta avgiftsnivå för sluten vård är 80 kronor per vård dygn. Det är fritt för varje landsting att besluta om ett lägre högkostnadsskydd.

Vad gäller hälso- och sjukvård som är finansierad via privata försäkringar är denna begränsad i Sverige. Omkring 270 000 svenska medborgare omfattas av en privat sjukförsäkring varav merparten är försäkrade genom sin arbetsgivare. Vissa arbetsgivare låter försäkra ett urval av de anställda medan andra försäkrar hela sin personalgrupp. Under senare år har tillväxten främst gällt gruppförsäkringar. Antalet försäkrade motsvarar omkring 3 procent av befolkningen medan andelen av de vårdtjänster som utförs via finansiering från sådana försäkringar är betydligt mindre. Individuella försäkringar tecknas efter en hälsodeklaration och gruppförsäkringar förutsätter att de försäkrade är fullt arbetsföra. De som omfattas är i arbetsför ålder och rätten att teckna en ny försäkring upphör som regel från 65 års ålder, dvs. innan vårdbehoven generellt sett börjar öka. Den årliga premieintäkten var för 2006 omkring 800 miljoner kronor och de utbetalda vårdkostnaderna ca 650 miljoner kronor.⁵⁵

Detta innebär att kostnaderna för privatförsäkrad vård är mindre än 0,5 procent av de nettokostnader som landstingen har för hälso- och sjukvård. Det kan konstateras att vårdavgifter och privata försäkringar står för en mycket liten del av de totala kostnaderna för den

⁵⁴ www.skl.se, 2007-05-29

⁵⁵ SOU 2007:37

svenska hälso- och sjukvården som därmed i allt väsentligt är skattefinansierad.

6.2.3 Hälso- och sjukvård i privat regi

Finansieringen spelar en avgörande roll för företags möjligheter till etablering och expansion inom hälso- och sjukvården. Det är fri etablering för privatpraktiserande läkare och sjukgymnaster, men de är ändå beroende av landstingens godkännande för att erhålla ersättning eftersom det som regel i praktiken är nästintill omöjligt att helt förlita sig på ersättning från konsumenterna.

Också inom sluten hälso- och sjukvård råder i princip etableringsfrihet. Här spelar dock den offentliga finansieringen en ännu större roll eftersom de ingrepp som görs ofta är kostsamma. Detta hindrar dock inte att det uppstår en efterfrågan av vissa avgränsade osubventionerade vårdtjänster. För exempelvis flera typer av skönhetsoperationer och för laserbehandling i syfte att korrigera synfel finns en privat marknad där konsumenterna själva bär kostnaderna. För dessa typer av tjänster förekommer således en pris- och kvalitetskonkurrens mellan olika utförare. Sammantaget kan det dock konstateras att för de tjänster som det allmänna subventionerar är det osannolikt att någon större efterfrågan för helt egenfinansierad hälso- och sjukvård skulle uppstå.

Således är det i praktiken landstingen som avgör i vilken utsträckning etablering i privat regi kan ske genom att dessa köper eller subventionerar privat producerad hälso- och sjukvård.

I tabell 6.2 redovisas de andelar av den producerade hälso- och sjukvården som utfördes i privat regi för landstingen under 2005.

Tabell 6.2 Andelen hälso- och sjukvård för olika tjänsteslag som produceras i privat regi för olika landsting beräknat som köp av verksamhet i procent av nettokostnaden. År 2005. Procent

Huvudman	Primär- vård*	Spec. som vård*	Spec. psyk vård*
Stockholm	38,6	19,7	10,4
Västmanland	38,5	2,6	3,4
Skåne	24,0	6,1	10,3
Värmland	22,8	5,4	4,3
Halland	20,3	5,0	2,4
Västra Götaland	19,0	6,4	2,2
Sörmland	15,9	3,1	3,7
Östergötland	15,5	3,3	8,9
Kronoberg	14,0	3,1	5,1
Örebro	12,7	2,8	1,9
Gävleborg	12,3	2,8	7,0
Uppsala	10,7	5,2	1,6
Norrbottn	9,0	1,6	1,7
Västernorrland	8,9	0,5	0,7
Kalmar	8,5	1,4	2,9
Västerbotten	8,3	0,3	1,1
Blekinge	7,7	0,3	2,5
Jämtland	6,9	2,1	0,4
Jönköping	6,7	1,0	1,8
Dalarna	5,7	1,5	2,6
Medelvärde (ovägt)	15,3	3,7	3,7
Genomsnitt (vägt)	20,9	7,5	5,9

* Exkl läkemedel inom läkemedelsförmånen.

Källa: Sveriges Kommuner och Landsting, bearbetning av Konkurrensverket

Som framgår av tabellen gäller de största andelarna primärvård. För specialiserad somatisk- respektive psykiatrisk vård är andelarna mindre. För riket som helhet indikerar de vägda genomsnitten att närmare 21 procent av primärvården drevs i privat regi medan andelarna var 7,5 respektive närmare 6 procent för de specialiserade vårdtjänsterna.

Det landsting som hade de största andelarna av produktionen i privat regi var Stockholms läns landsting där primärvården till nästan 40 procent drevs i privat regi. För specialiserad somatisk vård var andelen knappt 20 procent. Denna andel förklaras bl.a. med att S:t Görans sjukhus i Stockholm drivs i privat regi av företaget Capio AB.

Även i Västmanland var andelen av primärvården som drevs i privat regi relativt hög. Dock gäller det i detta fall inte för de specialiserade tjänsterna. Det var Västra Götaland som hade den näst största andelen av specialiserad vård i privat regi vilket till en del kan hänföras till att Lundby Sjukhus i Göteborg drivs av Capio. Vad gäller specialiserad psykiatrisk vård var andelen i privat regi relativt stor i Skåne.

Det kan konstateras att spridningen vad gäller omfattningen av hälso- och sjukvård i privat regi varierar kraftigt mellan de olika landstingen.

Andelen privata utförare av specialiserad vård är liten inom de flesta landsting. I så många som 14 av 20 landsting är andelen mindre än 4 procent i fråga om såväl somatisk som psykiatrisk vård. Vad gäller somatisk vård är det endast i Stockholm som andelen överstiger 7 procent. För den psykiatriska vården var det bara i Stockholm och Skåne som andelarna precis översteg 10 procent. I t.ex. Västerbotten, Blekinge och Västernorrland förekom i princip ingen specialiserad somatisk vård i privat regi. I Jämtland var förhållandet det motsvarande vad gäller specialiserad psykiatrisk vård.

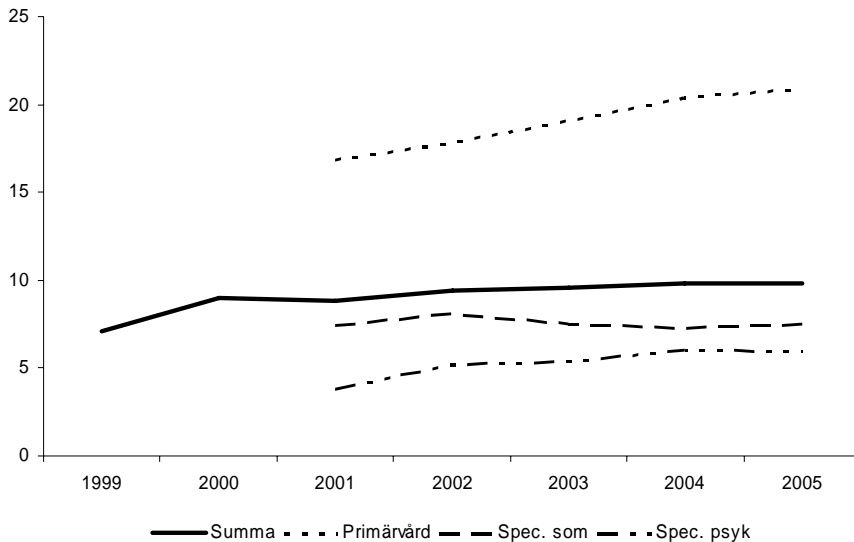
Som framgår av tabellen är det vanligast med privat regi i primärvården men även för denna typ av tjänster kan det konstateras att omfattningen av verksamheten är lägre än 15 procent för 60 procent av landstingen.

En förklaring till varför det är vanligare med privat bedriven verksamhet inom primärvården jämfört med den specialiserade vården är att det i det första fallet handlar om tjänster som är relativt enkla

att producera. Exempelvis kan det vara fråga om att ställa diagnoser för bedömning av vidare behandling, mödravård eller sjukgymnastik. Detta avspeglas också i att stordriftsfördelarna är större inom den specialiserade hälso- och sjukvården jämfört med primärvården. Enligt Nutek (2007) var andelen medelstora och stora företag betydligt fler inom slutna (som regel specialiserad) vård än inom öppen hälso- och sjukvård år 2004. Inom den slutna hälso- och sjukvården anges att ca 23 procent av företagen hade fler än 250 anställda och att omkring 16 procent hade 51-250 anställda. För öppen hälso- och sjukvård var det endast drygt 1,5 procent av företagen som hade fler än 51 anställda.

Omfattningen av privat bedriven hälso- och sjukvård har ökat under de senare åren. I bild 6.5 redovisas utvecklingen för omfattningen av landstingens köp av olika verksamheter från privata företag för perioden 1999-2005.

Bild 6.5 Landstingens köp av olika verksamheter från privata företag uttryckt som andel av verksamheternas nettokostnader. Åren 1999-2005



Källa: Sveriges Kommuner och Landsting, bearbetning av Konkurrensverket

Som framgår av bilden har omfattningen av privata alternativ ökat sedan 1999. Det gäller i huvudsak för primärvård där omfattningen ökat från knappt 17 till knappt 21 procent under perioden 2001-2005.

Det är vårdcentraler i privat regi som har ökat i antal. När det gäller privatpraktiserande läkare kan det skönjas en negativ trend. Den som vill arbeta som privatpraktiserande läkare eller sjukgymnast med offentlig finansiering måste träffa avtal med ett landsting. De som var verksamma den 1 januari 1995 med ersättning för läkarvård eller sjukgymnastik har enligt lag dock getts fortsatt rätt till offentlig finansiering. Av de omkring 1 600 privatläkarna är många över 60 år och kan förväntas gå i pension de närmaste åren. Regeringens initiativ att slopa åldersgränsen för privatpraktiserande läkare och

sjukgymnaster fr.o.m. 1 juli 2007 kommer sannolikt att dämpa den förväntade nedgången.⁵⁶

För specialiserad somatisk vård har andelen privat bedriven vård i princip inte ökat alls under den studerade perioden. För specialiserad psykiatrisk vård har ökningen visserligen varit påtaglig men från blygsamma nivåer. Här ökade omfattningen för privat bedriven verksamhet på landstingens uppdrag från knappt 4 till närmare 6 procent under perioden 2001-2005.

Det är inte bara privata företag som bedriver hälso- och sjukvård i privat regi åt landstingen. Det förekommer också att ideella föreningar eller stiftelser bedriver sådan verksamhet. Exempel på detta är Ersta sjukhus och Sophiahemmet i Stockholm liksom Carlanderska sjukhuset i Göteborg. Omfattningen av denna typ av verksamhet är dock ännu blygsam. År 2005 köpte landstingen verksamhet från ideella föreningar och stiftelser för mindre än 0,3 procent av de totala nettokostnaderna.⁵⁷

6.2.4 Konsumenternas ställning inom hälso- och sjukvården

Inom hälso- och sjukvården är regelverken att betrakta som skyldighetsbaserade. Möjligheten att överklaga HSL är väsentligt begränsad och sker i sådant fall med laglighetsprövning enligt kommunallagen.⁵⁸

Bestämmelser som reglerar patienternas (konsumenternas) ställning inom hälso- och sjukvården är utspridda på ett stort antal lagar.⁵⁹ De

⁵⁶ Prop. 2006/07:97

⁵⁷ Sveriges Kommuner och Landsting (2006b)

⁵⁸ Sveriges Kommuner och Landsting (2005c)

⁵⁹ SOU 2007:10

krav som en patient kan ställa på hälso- och sjukvården uttrycks förutom i olika bestämmelser i HSL i lagen (1998:531) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område (LYHS) och patientjournalagen (1982:562). Exempel på andra lagar som innehåller bestämmelser som har betydelse för konsumenternas ställning är lagen (1998:1656) om patientnämndsverksamhet m.m., patient-skadelagen (1996:799), abortlagen (1974:595), steriliseringslagen (1975:580), lagen (1995:831) om transplantation m.m., lagen (2002:297) om biobanker i hälso- och sjukvården m.m., lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård och lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård.

Avtalen om vårdgaranti och fritt vårdval

Förutom dessa lagar gäller en avtalad "vårdgaranti" inom hälso- och sjukvården. Den nu gällande s.k. utvidgade vårdgarantin träffades mellan förutvarande Landstingsförbundet och regeringen under 2004 – med giltighet från den 1 november 2005. Vårdgarantin reglerar inte *om* eller *vilken* vård som ska ges utan inom *vilka tidsgränser* som vård ska erbjudas. Vårdgarantin innebär att patienterna, om det är medicinskt motiverat, ska ha rätt till ett läkarbesök senast sju dagar efter den dag som de sökt hjälp. Därefter ges en rätt att besöka en specialistläkare efter ytterligare 90 dagar och få inledd behandling senast 90 dagar efter detta (om specialistläkaren anser det vara motiverat). Väntetiden får överstiga 90 dagar om läkaren och patienten kommit överens om detta.⁶⁰

Om relevant vård inte erbjuds en patient efter totalt 187 dagar (7+90+90) ska denne erbjudas vård hos någon annan vårdgivare, inom eller utanför hemlandstinget. I dessa situationer gäller att landstinget svarar för uppkomna resekostnader till den andra vårdgivaren.

⁶⁰ Se www.skil.se, 2007-05-17

År 2003 antog samtliga landsting en rekommendation från Landstingsförbundet om det s.k. fria vårdvalet. Det innebär att den patient som så önskar har rätt att söka vård utanför sitt hemlandsting. I sådant fall betalar hemlandstinget för huvuddelen av vårdkostnaden medan patienten erlägger patientavgift, resekostnader och eventuella kringkostnader i samband med behandlingen. Dock konstaterar Ansvarskommittén (SOU 2007:10) att det ofta är oklart för den vårdbehövande hur detta löfte kommer till uttryck.

Dessutom bygger det fria vårdvalet, liksom vårdgarantin, på en frivillig överenskommelse och är därmed i praktiken begränsad. Exempelvis har man i Västra Götalandsregionen infört en regel om att operationer och behandlingar, utanför regionen, som kostar mer än 20 000 kronor måste godkännas i förväg av regionen.⁶¹

Trots avtalen om vårdgaranti och fria vårdval framgår det av uppgifter som inrapporterats från landstingen att det är få patienter som har utnyttjat möjligheten att få vård utanför det landsting där de är bosatta.⁶² Det kan tyda på att dessa avtal inte har så stort genomslag i patienternas medvetande och att det för närvarande, i allmänhet, är svårt för patienter att jämföra vårdenheter med avseende på deras medicinska resultat och andra kvalitetsvariabler.

Det kan i sammanhanget konstateras att det enligt ett förslag från regeringen, enligt vissa förutsättningar, ska ges en lagreglerad rätt för patienter att få ersättning från sitt hemlandsting för vård i ett annat EES-land. Detta är en typ av lagreglerat fritt vårdval för vård utanför landet men inom EES-området. Enligt förslaget ska den nya lagen införas den 1 januari 2008.⁶³

⁶¹ www.vgregion.se, 2007-05-18

⁶² Vårdföretagarna (2006)

⁶³ Ds 2006:4

Lagreglerade rättigheter

Det finns i det gällande regelverket inslag som ger patienterna viss valfrihet. I de fall det finns olika behandlingsalternativ som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, ska det finnas en valmöjlighet för patienten att välja den behandlingsmetod som föredras. Patienten ska då ges den valda behandlingen om detta framstår som befogat med hänsyn till aktuell sjukdom eller skada och kostnaderna för behandlingen.⁶⁴

Enligt 5 § HSL har alla rätt att, inom det landsting de är bosatta, välja en fast läkarkontakt. Denna läkare ska ha specialistkompetens i allmänmedicin. Den enskildes val av läkare får inte avgränsas till ett visst geografiskt område inom aktuellt landsting. Denna uttryckta rättighet för patienter är något ovanligt inom regelverken kring hälso- och sjukvård som i huvudsak har utformats som skyldighetsbestämmelser. En annan patienträttighet är rätten att få ta del av sin egen patientjournal enligt patientjournalagen.

Landstingens skyldigheter innefattar bl.a. att tillse att varje patient som så önskar, om det inte är uppenbart onödigt, snarast ges en medicinsk bedömning av sitt hälsotillstånd. Landstinget är också skyldigt att ge patienter individuellt anpassad information om det rådande hälsotillståndet samt information om tillgängliga möjligheter till vård och behandling.

För det fall någon anser att en anställd inom hälso- och sjukvården ska åläggas en påföljd till följd av felbehandling eller liknande kan detta anmälas till Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN). Bestämmelser om detta återfinns i LYNS. Patienter som skadas i samband med hälso- och sjukvård kan under vissa omständigheter få skadestånd. Det sker då oftast med stöd av patientskadelagen.

⁶⁴ SOU 2007:10

En samlad patientlagstiftning

I sitt slutbetänkande föreslog Ansvarskommittén (SOU 2007:10) att alla de bestämmelser som har betydelse för patienternas ställning på marknaden ska samlas i en ny patientlag. Ansvarskommittén föreslog att de skyldigheter som vårdgivare och hälso- och sjukvårdspersonal har, samlas för att ge ökad tydlighet och översiktlighet. Det har införts en samlad patientlagstiftning i övriga nordiska länder. I Finland, Danmark och Island infördes under 1990-talet särskilda patientlagar. Det främsta syftet var att göra bestämmelserna mer lättillgängliga för patienter, vårdpersonal och vårdgivare genom att de bestämmelser som tidigare fanns spridda i olika lagar samlades i en och samma lag. I Norge har man tagit ytterligare steg. Den norska patientlagstiftningen innebär en långtgående lagreglering av patienternas ställning och torde enligt Ansvarskommittén vara den tydligaste av de patientlagar som införts i Europa.

Ansvarskommittén konstaterade att det i gällande lagstiftning endast finns några få bestämmelser som innehåller för patienterna utkrävbara rättigheter. Kommitténs förslag innebär att ett antal för patienterna centrala bestämmelser i HSL, tandvårdslagen (1985:125) och patientjournalagen samlas i en ny patientlag. Lagen om patientnämndsverksamhet m.m. föreslås i sin helhet ingå i den nya lagen. I något fall föreslås att det görs hänvisningar i den nya patientlagen till en bestämmelse som får stå oförändrad i den nu gällande lagstiftningen.

I förslaget finns en åtgärd som är ägnad att direkt stärka patienternas rättigheter. Kommittén föreslår att rättigheten till en fast läkarkontakt enligt HSL utökas till att omfatta andra läkare än specialister i allmänmedicin.

Som framgår av genomgången i detta kapitel har mångfalden av aktörer ökat inom såväl äldreomsorgen som inom hälso- och sjukvården. Vid konkurrensutsättning av offentligt finansierade tjänster

finns dock utmaningar och potentiella problem för beställarna (kommuner och landsting) att förhålla sig till. En redogörelse för dessa ges i nästa kapitel.

7 Utmaningar vid konkurrensutsättning av vård och omsorg

På många tjänstemarknader råder s.k. asymmetrisk information vilket beror på att tjänster till sin natur är erfarenhetsprodukter, dvs. konsumenten kan först efter det att tjänsten utförts observera dess kvalitet. Producenten av en tjänst tenderar således att ha ett informationsövertag gentemot konsumenterna. Före konsumtionstillfället kan det därför vara svårt för konsumenten att värdera och på ett adekvat sätt jämföra de tjänster som bjuds ut på marknaden. Dessa förutsättningar kan bidra till att begränsa producenternas incitament att leverera tjänster av hög kvalitet.⁶⁵ Som framgått av redogörelsen i avsnitt 3.1.2 kan det leda till bristande effektivitet, att kvaliteten försämras eller att vissa tjänster helt enkelt inte bjuds ut på marknaden.

För att komma till rätta med problemen med informationsasymmetrier och för att säkerställa att medborgarna erhåller vård och omsorg av god kvalitet är dessa verksamheter i stor utsträckning omgärdade av regleringar. Exempelvis har många yrken inom sektorn skyddade yrkestitlar, vilket innebär att det krävs en legitimation (licens) för den som vill vara verksam inom olika områden på marknaden. Exempel härpå är sjukgymnaster och läkare. Skyddade yrkestitlar utgör ett inträdeshinder inom vård- och omsorgssektorn men är ofta nödvändiga för att skydda konsumenternas intressen.

Inom sektorn, särskilt inom hälso- och sjukvården, är det vanligt att konsumenterna har bristande kunskaper om det vårdbehov som föreligger och vilka behandlingsmetoder som finns tillgängliga. Producenterna tenderar därför att ha ett informationsövertag gentemot konsumenterna vad gäller konsumtionsbehov såväl som kvalitet. Producenterna får därmed i uppgift både att identifiera

⁶⁵ Konkurrensverket (2006a)

konsumenternas behov och att utföra tjänsterna.⁶⁶ Detta kan ge producenterna incitament att söka påverka konsumtionen, s.k. utbudsstyrd efterfrågan, för att på så sätt få konsumenterna att välja fler eller mer omfattande tjänster än vad behovet egentligen föranleder.⁶⁷

På de flesta marknader efterstävar konsumenterna vanligtvis så låga priser som möjligt till given kvalitet och producenterna så höga priser som möjligt. Producenter och konsumenter har båda ett delvis sammanfallande intresse av låga produktionskostnader. Om konkurrensen fungerar tvingas producenterna hålla ned priserna.

En konkurrensutsättning av offentligt finansierad verksamhet innebär att det är tre eller flera olika parter som svarar för konsumtion, finansiering och produktion. Det faktum att tjänsterna i huvudsak, eller helt och hållet, finansieras av någon annan än konsumenterna gör att konkurrensen inte kommer att fungera på samma sätt som på en "vanlig" marknad där konsumenterna direkt bär kostnaderna för sin konsumtion. En orsak är att det allmänna i rollen som finansiär kan påverka marknaden genom att ändra inriktning och omfattning av de offentliga utgifterna. En annan orsak är att konsumenter som erhåller helt eller delvis subventionerad produktion saknar, eller har svaga, incitament att förhindra överkonsumtion eftersom en ökad konsumtion inte påverkar (eller endast marginellt påverkar) det pris som betalas i konsumentledet.⁶⁸

Eftersom finansiären, dvs. kommunen eller landstinget, många gånger befinner sig i ett informationsunderläge gentemot såväl producent som konsument, kan denne ha svårt att avgöra motiverad konsumtionsnivå (rätt omfattning och kvalitet). Av detta framgår att riskerna för överproduktion och utbudsstyrd efterfrågan kan öka när

⁶⁶ Söderström et al. (2001)

⁶⁷ Folland, et al. (2001)

⁶⁸ Frontier Economics (2006)

verksamheten konkurrensutsätts. Det finns mycket som talar för att problemen med asymmetrisk information ofta är större inom hälso- och sjukvården än inom äldreomsorgen. Ett skäl är att det inte görs någon biståndsbedömning från finansären utan konsumenten söker själv vård varpå diagnos ställs av utföraren. Inom biståndsbedömd verksamhet beslutas produktionsnivån däremot ytterst av finansären, dvs. kommunen.

En viktig förutsättning för att försäkra sig om att uppdragstagaren utför uppgiften på önskvärt sätt är att den konkurrensutsatta verksamheten följs upp och utvärderas utifrån avtalade grunder. Enligt kommunallagen är kommuner och landsting skyldiga att vidta sådana åtgärder i de fall det upplåts åt en privat aktör att utföra en kommunal angelägenhet. Vidare ska intresset av att allmänheten kan få insyn i hur verksamheten utförs beaktas, vilket sker genom att medborgarna tillförsäkras att sådan information finns tillgänglig. Ett annat sätt att styra uppdragstagaren är att genom kontraktet försöka ge denne incitament som sammanfaller med uppdragsgivarens intressen. I praktiken har det dock visat sig svårt att utforma sådana kontrakt.⁶⁹

I en studie utförd av Klein (i Söderström et al., 2001) illustreras denna problematik. I undersökningen analyseras resultatet av införandet av ett delstatligt test i Texas för alla elever i vissa årskurser. Detta test skulle utgöra ett underlag för ersättningen till skolor och lärare och samtidigt ge eleverna direkta incitament att nå goda resultat vilket inte ansågs föreligga för de nationella testen. Resultaten från testet visade att elevernas prestationer markant hade förbättrats. Det kunde dock konstateras att förbättringarna inte alls motsvarades av förbättringar enligt de nationella testen. Av studien framgår att det var lättare för elever och lärare att förutse utformningen av det delstatliga testet jämfört med de nationella testen. Författarna drog därav slutsatsen att när delstatstestet användes som underlag

⁶⁹ Söderström et al. (2001)

för ersättningen snedvreds utbildningen i riktning mot detta test. Problemet grundar sig på att belöningsystemet gav uttryck för enkla objektiva mått trots att resultatet av utbildningen visar sig på olika (subjektiva) sätt för olika individer.⁷⁰

Behovet och möjligheterna att styra uppdraget genom kontrakt (eller incitament) samt att följa upp och utvärdera utförandet varierar mellan olika verksamhetsområden. I det följande kapitlet görs en generell genomgång av två modeller som tillämpats för att konkurrensutsätta offentligt finansierad verksamhet och under vilka förutsättningar dessa kan väntas bidra till en väl fungerande konkurrens.

⁷⁰ Söderström et al. (2001)

8 Två modeller för konkurrens

Som redogjorts för i avsnitt 3.2.1 får kommuner och landsting enligt kommunallagen överlåta vården av en kommunal angelägenhet till andra aktörer. Detta innebär att det är tillåtet att konkurrensutsätta offentligt finansierad verksamhet inom den kommunala kompetensen med vissa undantag, som t.ex. för uppgifter som rör myndighetsutövning.

Det finns olika metoder för att skapa konkurrens inom offentligt finansierad verksamhet. Det kommunala självstyret har inneburit att det i praktiken har utvecklats en mängd olika metoder för konkurrensutsättning. I detta kapitel ges en beskrivning av de två modeller som tillämpas i Sverige, dvs. entreprenad- respektive valfrihetsmodellen eller kundvalsmodellen. I samband med detta beskrivs även de förutsättningar som gäller för att nå framgång vid införandet av respektive modell.

8.1 Entreprenadmodellen

Entreprenadmodellen innebär att verksamheter som drivs av offentliga aktörer upphandlas enligt bestämmelserna i LOU (se vidare kapitel 4).

Den verksamhet som upphandlas är ett i förväg preciserat objekt och utföraren är vanligen garanterad en viss produktionsvolym. Genom en anbudstävlan konkurrerar företagen om att få ingå ett kontrakt med beställaren. Kontraktet ger det vinnande företaget rätt att under kontraktperioden bedriva den kommunala verksamheten mot en ersättning som fastställts i anbudet.

Kommunen eller landstinget agerar som beställare av verksamheten och utformar ett förfrågnings- eller anbudsunderlag. I

förfrågningsunderlaget beskrivs den verksamhet som ska upphandlas och vilka krav som ställs på utföraren och produkten, s.k. skallkrav. Vidare ska eventuella utvärderingskriterier anges i förfrågningsunderlaget. Därefter inbjuds privata aktörer att lämna anbud utifrån förfrågningsunderlaget. Även den offentliga aktören kan delta i anbudstävlingen med ett eget anbud. För att få delta i upphandlingen måste anbudsgivarna uppfylla samtliga skallkrav.

Av LOU framgår att beställaren ska anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller det som har lägst anbudspris. Vilken metod som tillämpas ska framgå av förfrågningsunderlaget. Om beställaren använder lägsta anbudspris utgör priset det enda utvärderingskriteriet. Den anbudsgivare som uppfyllt skallkraven och har lämnat det lägsta priset vinner upphandlingen. Om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas ska samtliga utvärderingskriterier anges i förfrågningsunderlaget. Såväl priset som andra faktorer kan då ligga till grund för bedömningen av de anbud som uppfyllt skallkraven. Beställaren kan således i förhand bestämma ett fast pris på tjänsten och utvärdera anbuden utifrån andra kriterier, exempelvis kvalitetsfaktorer. Sådan upphandling, s.k. kvalitetsupphandling, har tillämpats bl.a. vid konkurrensutsättning av äldreomsorgen i Uppsala sedan år 2004.⁷¹

Entreprenadmodellen har framförallt använts för att åstadkomma kostnads- och priskonkurrens mellan olika utförare och har därmed utgjort en möjlighet för kommuner och landsting att uppnå lägsta kostnad vid givna kvalitetskrav. Studier som genomförts av offentliga upphandlingar visar att upphandlingar initialt har bidragit till kostnadsreduceringar på omkring 20-30 procent.⁷² Erfarenheten är att priset tenderar att stiga något över tiden. En förklaring är att

⁷¹ Enligt uppgifter i Uppsala Nya Tidning (Kundval väntas i Uppsala och Knivsta, 2007-04-10) finns planer att införa kundval i kommunen. Kundvalet väntas i sådana fall införas tidigast år 2009.

⁷² Nilsson et al. (2005)

företag initialt försökte ta sig in på marknaden genom priser som inte alltid täckte verksamhetens totala kostnader.

Den aktör som utses till vinnare av entreprenadupphandlingen erhåller rätten att till avtalad ersättning bedriva verksamheten, i princip fri från konkurrens, under den period som kontraktet avser. Entreprenadmodellen innebär således att konkurrens uppstår vid upphandlingstillfället då företagen konkurrerar om marknaden.

8.1.1 Förutsättningar för fungerande entreprenadupphandling

I en rapport från Frontier Economics (2006) framgår att entreprenadmodellen generellt sett är lämplig vid konkurrensutsättning av verksamheter där:

- de fasta kostnaderna är höga,
- det finns tillräckligt med producenter som konkurrerar om kontrakten och
- relevanta egenskaper hos varan eller tjänsten med lätthet kan definieras.

Om verksamhetens fasta kostnader är höga vore det ineffektivt och kostsamt att ha flera producenter på marknaden eftersom förekommande stordriftsfördelar inte kan utnyttjas fullt ut. Det är dock ingen förutsättning att verksamheten karaktäriseras av stordriftsfördelar för att entreprenadmodellen ska vara lämplig. Däremot utgör stordriftsfördelar ett skäl till att upphandla snarare än att tillämpa valfrihetsmodellen (se avsnitt 8.2), eftersom höga fasta kostnader begränsar möjligheten för fler företag att verka på marknaden.

Oavsett vilken modell för konkurrensutsättning som tillämpas krävs att det finns tillräckligt många företag på marknaden för att fungerande konkurrens ska uppstå. Det finns dock inga entydiga svar på frågan om hur många företag som krävs för att skapa en fungerande konkurrens.⁷³

Den tredje punkten ovan är en av de viktigaste faktorerna för om entreprenadmodellen kan bidra till att öka effektiviteten i verksamheten. Att relevanta egenskaper hos varan eller tjänsten kan definieras är avgörande för att beställaren ska kunna hålla entreprenören ansvarig för utförandet. Om relevanta egenskaper är svåra att beskriva finns en risk för att beställaren fokuserar på enkla och objektiva variabler. Som framgick av studien av Klein (i Söderström et al., 2001) riskerar detta att leda till att utförarna fokuserar alltför lite på subjektiva värden av relevans för den upplevda kvaliteten av tjänsten.⁷⁴

Entreprenadmodellen skapar som regel inte några direkta drivkrafter för producenterna att anpassa sig till enskilda konsumenters önskemål. Konsumenternas önskemål måste i princip gå via finansören (dvs. beställaren) och fastställas redan i förfrågningsunderlaget inför en upphandling.⁷⁵

8.1.2 Inträdeshinder vid entreprenadmodellen

Ett uppmärksammat problem med offentliga upphandlingar är att små företag ofta har svårt att delta i konkurrensen. Av flera utredningar framgår att små företag missgynnas vid upphandlingar. Det beror bl.a. på att regelverken är komplexa och ställer höga administrativa krav på anbudsgivarna. Vidare har tiden för anbudslämnande

⁷³ Nilsson et al. (2005)

⁷⁴ Se kapitel 7

⁷⁵ Söderström et al. (2001)

i vissa fall ansetts vara för kort för att företagen ska hinna med att lämna anbud. Problemet kan anses vara särskilt stort för små företag som saknar erforderlig kompetens och utarbetade rutiner för anbudsgivning. Dessa förutsättningar har i vissa fall bedömts vara ett stort etablerings- och tillväxthinder för små företag.⁷⁶

Många gånger är omfattningen av den upphandlande verksamheten dessutom så stor att små företag inte har möjlighet att delta i anbudsgivningen, eftersom de saknar kapacitet att driva hela verksamheten. Ett problem kan vara att små företag har svårt att finansiera de investeringar och anskaffa det rörelsekapital som verksamheten kräver.⁷⁷ Vidare är risken särskilt stor att små och nyetablerade företag hamnar i likviditetsproblem, vilket verkar hämmande för nyinträde på marknaden. En viktig anledning till detta är att utbetalning till utförarna sker med ett antal månaders tidsutdräkt. För att undvika detta bör tiden mellan utförd prestation och utbetalning minskas.

Entreprenadmodellen innebär att konkurrensen och företagens möjligheter att träda in på marknaden sker vid upphandlingstillfället. Långa avtalstider innebär därför att företagens möjlighet att träda in på marknaden begränsas. Vidare bör beställaren kunna justera priset eller ersättningen under avtalstiden för att kunna få del av gjorda effektiviseringar. Svårigheter att på ett adekvat sätt justera priserna genom avtalet kan innebära att effektiviseringsvinster inte kommer det allmänna till del.

Det finns dock en risk för att korta avtalsperioder reducerar företagets incitament att genomföra effektivitetshöjande investeringar som väntas ge avkastning på längre sikt. Vidare kan allt för korta avtalstider leda till att företag inte finner det lönsamt att överhuvudtaget träda in på marknaden. Av detta framgår att avtalstidens

⁷⁶ Se Nutek (2005b) och Konkurrensverket (2002)

⁷⁷ Se Konkurrensverket (2002)

längd är av betydelse för att kunna främja antalet företag och stimulera utvecklingen på marknaden.

När entreprenadmodellen tillämpas innebär det att entreprenören i princip bara har en beställare att erbjuda sina tjänster till. Detta är en viktig skillnad mellan upphandlingsmarknader och "vanliga" konsumentmarknader med ett stort antal potentiella kunder. Eftersom en entreprenad kan utgöra en stor del av företagets totala verksamhet, kan varje upphandling (och förlorad entreprenad) ha stor betydelse för enskilda företags ekonomi. Det innebär att det bl.a. ställs krav på att företagen har en stark finansiell ställning för att klara effekterna av den omställning som en förlorad entreprenad kan medföra. Särskilt för verksamheter som kräver kostsamma investeringar kan korta avtalsperioder leda till att få företag deltar i anbuds-givningen.⁷⁸

8.2 Valfrihetsmodellen

Valfrihetsmodellen, eller kundvalsmodellen, kan tillämpas vid konkurrensutsättning av individuella tjänster exempelvis barnomsorg, utbildning och äldreomsorg, dvs. tjänster som riktar sig till enskilda individer. Modellen innebär att konsumenterna (föräldrar, elever, vårdtagare, m.fl.) ges möjlighet att välja utförare av tjänsten och att valet styr tilldelningen av de offentliga resurserna. Den individ som har rätt till en offentligt finansierad tjänst förses med en "check", eller "voucher". Om det krävs en biståndsbedömning för att få tillgång till tjänsten utgör checken ett intyg på att individen är berättigad en viss insats. Checken motsvarar ett visst ekonomiskt värde som beställaren (kommunen eller landstinget) betalar till den utförare som individen väljer att anlita. Checkens ekonomiska värde bestäms av beställaren och är lika för alla utförare (givet uppdraget).

⁷⁸ Konkurrensverket (2002)

Valfrihetsmodellen innebär således att ersättning utgår till utföraren i den utsträckning denne anlitas av konsumenterna.⁷⁹

Vid en valfrihetsmodell är utförarna inte garanterade någon produktionsvolym. Detta skapar incitament för utförarna att reagera på konsumenternas signaler och anpassa tjänsterna efter uttryckta önskemål. Eftersom utförarna inte kan påverka priset på sina tjänster innebär modellen att kvalitetskonkurrens skapas inom i förväg fastställda kostnadsramar.⁸⁰ Givet att detta åstadkoms reduceras behovet av att definiera och precisera tjänsterna i kontrakt. Till skillnad från entreprenadmodellen, där företagen konkurrerar *om* marknaden, innebär valfrihetsmodellen att konkurrens skapas *på* marknaden.

8.2.1 Prövning av utförarna

För att ett företag ska få agera på en kundvalsmarknad krävs normalt att företaget prövas och godkänns av berörd myndighet. Inom exempelvis grundskolan är det en central myndighet, Skolverket, som godkänner de fristående skolorna, dvs. de privata utförarna. Inom äldreomsorgen har kommunen rollen som utfärdare av motsvarande tillstånd.

I kommuner som infört valfrihetsmodeller inom äldreomsorgen sker prövningen av producenterna antingen genom ett auktorisations- eller ett upphandlingsförfarande. Användningen av ett auktorisationsförfarande kan liknas vid vad som gäller inom exempelvis grundskolan där Skolverket ger tillstånd (auktorisation), men med

⁷⁹ Ett system där konsumenterna tillåts välja utförare av tjänsten men där utförarens ersättning är oberoende av detta val, är inte en valfrihetsmodell enligt definitionen i denna rapport. En sådan modell torde snarare utgöra en entreprenadmodell där verksamheten, helt eller delvis, anslagsfinansieras.

⁸⁰ Konkurrensverket (2006b)

den viktiga skillnaden att auktorisationen då ges av en statlig myndighet enligt lag och inte som ett kommunalt initiativ.

Ett auktorisationsförfarande innebär att de företag som uppfyller de krav som ställs vid prövningstillfället får träda in på marknaden. Eftersom företagen när som helst kan ansöka om auktorisation underlättas inträdet av företag. Någon initial volymgaranti ges inte vid auktorisationen. Detta innebär att det kan ta lång tid för ett företag att etablera sig på marknaden.⁸¹

Erfarenheter från Nacka, där valfrihetsmodellen med ett auktorisationsförfarande har tillämpats inom stora delar av den kommunala verksamheten sedan år 1992, bekräftar att auktorisationsförfarandet underlättar inträde samtidigt som det kan ta lång tid att etablera en kundkrets. Inom hemtjänsten i Nacka finns omkring 50 auktoriserade företag, varav 35 företag är aktiva.⁸²

En stor del av företagen inom hemtjänsten i Nacka är egenföretagare. För många av dessa har det varit nödvändigt att ha en annan anställning till dess att företaget fått en tillräckligt stor kundstock. Den långa etableringstiden har medfört att större företag visat litet intresse för att etablera sig i kommunen. Vid två tillfällen har stora företag etablerat sig i kommunen, dels ett företag som köpte upp ett redan etablerat företag, dels ett som startade sin hemtjänstverksamhet i anslutning till ett särskilt boende som företaget redan bedrev.⁸³

När inträde på marknaden sker genom ett upphandlingsförfarande begränsas, som framgått ovan, inträdesmöjligheten till ett specifikt upphandlingstillfälle. Liksom vid en entreprenadupphandling är det

⁸¹ Konkurrensverket (2006b)

⁸² Ett företag som inte blivit anlitat av någon brukare inom ett år efter ett godkännande mister sin auktorisation i Nacka.

⁸³ Bengtsson, 2007-03-23

endast företag som uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget som får delta i upphandlingen. Beställaren kan välja att teckna ramavtal med ett begränsat antal anbudsgivare eller låta inträdet vara fritt för alla som uppfyller ställda krav. Kommunen kan antingen låta de företag som godkänns vid upphandlingen erhålla en initial kundstock eller låta dem etablera verksamheten från grunden såsom vid ett auktorisationsförfarande.

De ramavtal som tecknas mellan beställaren och utförarna är (formellt sett) tidsbegränsade. I Solna har en avtalstid om tre år, med möjlighet till viss förlängning, tillämpats inom äldreomsorgen.⁸⁴ Detta kan jämföras med Stockholms Stad som valt att tillämpa ett-åriga avtalsperioder i syfte att öka möjligheten för företag att etablera sig i kommunen.⁸⁵

När Solna år 2002 införde valfrihetsmodellen med ett upphandlingsförfarande inom hemtjänsten tilldelades de företag som blivit godkända genom upphandlingen var sitt omsorgsområde med befintlig personal- och kundstock. Motivet till den valda metoden var att göra det möjligt för företagen att snabbt etablera sig på marknaden och därigenom skapa en fungerande konkurrens. År 2006 genomförde kommunen en ny upphandling inom hemtjänsten. Upphandlingen resulterade i att befintliga företag inom kommunen lämnade anbud och kvalificerades. Vidare trädde tre nya företag in på marknaden. Till skillnad från tidigare upphandling garanterades inget av företagen någon initial produktionsvolym. I praktiken innebar det dock att de redan etablerade företagen fick behålla den kundstock som upp- arbetats under tidigare år. Två av de nya företagen bedriver fortfarande verksamhet. Det tredje företaget lämnade marknaden efter kort tid.⁸⁶ Efter att vårdföretaget Medihem förvärvades av Carema i

⁸⁴ Kallin m.fl, 2007-03-01

⁸⁵ Konkurrensverket (2006b)

⁸⁶ Kallin m.fl, 2007-03-01

februari 2006 var sju privata och en kommunal utförare verksamma i Solna.

Som framgått är det stor skillnad i antalet utförare inom hemtjänsten i Solna respektive Nacka. I en undersökning utförd av Svensson och Edebalk (i Konkurrensverket, 2006b) framgår att det framförallt är stora utförare som etablerat sig i Solna. Antalet brukare per utförare uppgick år 2005 till omkring 150 i Solna, att jämföra med i genomsnitt 50 i Nacka.

Det finns flera förklaringar till nämnda skillnader mellan kommunerna. En förklaring är att Nacka medvetet arbetat för att främja möjligheterna för små företag att etablera sig i kommunen. Exempelvis ges företagen rätt att sätta ett kapacitetstak för sin verksamhet och att avgränsa sitt åtagande till ett geografiskt område, vilket innebär mindre krav på företagets storlek. En annan möjlig förklaring är att upphandlingsprocessen är resurskrävande och att små företag saknar nödvändiga resurser och kompetens för att delta i upphandlingen. Vidare framhåller Svensson och Edebalk (i Konkurrensverket, 2006b) att det kanske inte är prövningsmetoden som avgör hur många utförare som etablerar sig på marknaden, utan vilka krav som ställs i samband med upphandlingen eller auktorisationsförfarandet.

8.2.2 Checkens utformning

Eftersom valfrihetsmodellen inte skapar priskonkurrens åligger det kommunen att administrera priset på tjänsterna. Checkens ekonomiska värde kan påverka förutsättningarna för att uppnå konkurrens på marknaden. Ett högt ekonomiskt värde kan ge bättre förutsättningar för utförarna att konkurrera med kvalitet och profilera sig gentemot konsumenterna. Det kan dessutom bidra till att allt fler företag etablerar sig på marknaden. Ett beslut om checkens ekono-

miska värde bör således grundas på en avvägning mellan konkurrensaspekten och kommunens totala kostnader.

Det ekonomiska värdet på checken kan antingen motsvara ett enhetspris eller vara differentierat, exempelvis med hänsyn till när på dygnet tjänsten utförs och eventuella transportkostnader.⁸⁷

Eftersom kostnaden för att tillhandahålla en tjänst till olika konsumenter kan variera, har kritik framförts mot att valfrihetsmodellen riskerar leda till selektion, dvs. att utförarna försöker undvika högkostnadskonsumenter. För att undvika detta bör utföraren inte få välja vilka konsumenter denne tar emot. Utföraren bör således vara tvingad att ta emot samtliga konsumenter som söker sig till företaget, med reservation för de fall där utförarens åtagande är begränsat till en viss produktionsnivå och denna nivå uppnåtts. Det är då inte tillåtet för utföraren att ta emot några nya konsumenter.

Problemet med selektion kan även reduceras genom att ersättningen för en viss prestation tillåts variera med kostnaderna för olika konsumentgrupper. Inom exempelvis särskilt boende och hälso- och sjukvården sker detta genom s.k. vårdtyngdsmätningar, dvs. att checken differentieras utifrån brukarens vårdbehov.⁸⁸

När checken utformas är det viktigt att ta hänsyn till de förutsättningar som gäller för konsumtionen av tjänsten. Inom hälso- och sjukvården uppsöker konsumenten själv utföraren när denne anser att behov föreligger. Inom äldreomsorgen föregås konsumtionen normalt av en biståndsbedömning. Som framgått av kapitel 7 kan problemet med utbudsstyrd efterfrågan och överkonsumtion därför väntas vara större inom hälso- och sjukvården än inom äldreomsorgen.

⁸⁷ Konkurrensverket (2006b)

⁸⁸ Söderström et al. (2001)

Halland är det första landstinget där valfrihetsmodellen införts inom primärvården (närsjukvården), benämnt "Vårdval Halland".⁸⁹ För att landstinget ska kunna ha kontroll över kostnaderna för vården och undvika överkonsumtion har checken utformats något annorlunda än vad som är vanligt inom äldreomsorgen, där utföraren normalt ersätts per utförd hemtjänsttimme, insats eller dygn i särskilt boende.

Vårdval Halland innebär att länets samtliga invånare förses med en check (vårdpeng). Checken är helt oberoende av hur många gånger de enskilda individerna uppsöker primärvården under ett år. Ersättningen är differentierad utifrån ålder och utgör den beräknade genomsnittliga kostnaden för en individs primärvård under ett år. Varje medborgare väljer vilken vårdenhet denne ska vara ansluten till och har möjlighet att byta vårdenhet fyra gånger per år. Om en individ uppsöker en annan vårdenhet än den som denne har anslutit sig till är den valda vårdenheten skyldig att ersätta den uppsökta enheten för vården.⁹⁰

Genom att utforma checken på detta sätt skapas incitament för vårdgivarna att undvika överkonsumtion, att arbeta med förebyggande vård, att upprätthålla god kvalitet och att tillfredsställa efterfrågan hos de individer som anslutit sig till vårdenheten. Annars finns en risk för att de anslutna medborgarna uppsöker en annan utförare som vårdenheten blir skyldig att ersätta eller att de väljer att ansluta sig till en annan vårdgivare.

⁸⁹ Skillnaden mellan Vårdval Halland och den valfrihet som det fria vårddalet innebär (se avsnitt 6.2.4) är således att Hallands valfrihetsmodell utgör ett resursfördelningsinstrument.

⁹⁰ Henriksson, 2007-04-27

8.2.3 Förutsättningar för fungerande valfrihet

Enligt Frontier Economics (2006) framgår att valfrihet kan ge betydande konsumentnytta och bidra till ökad effektivitet och kostnadsbesparingar. Det kan dock vara kostnadskrävande att administrera ett kundvalssystem och i vissa fall kan modellen verka kostnadsdrivande. Modellen kan exempelvis verka kostnadsdrivande om konsumenten själv eller tillsammans med en utförare beslutar om omsorgsbehovet.⁹¹ Utförarna kan dessutom antas kräva högre riskkompensation än vid en entreprenadupphandling, eftersom kundvalssystemet inte innebär någon garanterad produktionsvolym för enskilda utförare.

Förutsättningarna i det enskilda fallet och hur kommunerna väljer att tillämpa modellen är många gånger avgörande för resultatet av valfrihetsmodellen. Enligt Frontier Economics krävs generellt sett att följande förutsättningar är uppfyllda för att valfrihetsmodellen ska bidra till fungerande konkurrens:

- verksamhetens fasta kostnader är låga,
- det finns tillräckligt många utförare på marknaden som konkurrerar om konsumenterna och
- konsumenterna är välinformerade om marknadsens utbud och kan fatta rationella beslut om vem som ska utföra tjänsten.

Som framgått av avsnitt 8.1 kan höga fasta kostnader utgöra ett inträdeshinder. Detta begränsar antalet utförare och därmed konkurrensen och valfriheten på marknaden.

⁹¹ I avsnittet ovan framgår hur Halland har löst denna problematik inom primärvården.

För att valfrihetsmodellens intentioner ska infrias krävs att det råder faktisk valfrihet för konsumenterna. Det måste således finnas flera utförare på marknaden och ett (potentiellt) överutbud bör råda – dvs. utbudet bör vara större än efterfrågan för att undvika köbildning och att konkurrensen därmed hämmas. För att fler än en producent ska kunna vara verksamma på marknaden krävs det att kundunderlaget är tillräckligt stort. Det kan därför vara svårt att uppnå verklig valfrihet i glesbefolkade områden.

Ju större de fasta kostnaderna är desto svårare och mer kostsamt kan det väntas vara att tillhandahålla en fungerande valfrihetsmodell. En anledning till det är att företagets krav på riskkompensation ökar om de fasta kostnaderna är höga eftersom det blir mer kostsamt att ha outnyttjad kapacitet under dessa förutsättningar.

De fasta kostnaderna för specialiserad hälso- och sjukvård vid sjukhus är många gånger höga med betydande stordrifts- och samproduktionsfördelar. Detta innebär att produktionen kan bedrivas mer effektivt, från exempelvis kostnads- och kvalitetssynpunkt, av ett eller ett fåtal företag som tillhandahåller stora produktionsvolymmer. Få aktörer kan därför i praktiken etablera sig på sådana marknader, vilket innebär att valfriheten blir begränsad. De fördelar som valfrihetsmodellen innebär, som ett resursfördelningssystem som stimulerar till kvalitetskonkurrens, kan därmed väntas få ett ineffektivt genomslag inom en sådan typ av verksamhet.

Hemtjänst och primärvård kännetecknas däremot av en stor andel rörliga kostnader och att det är relativt enkelt att variera verksamhetens produktionsnivå. Att upprätthålla ett potentiellt överutbud inom dessa verksamhetsområden torde således vara möjligt utan att det verkar kostnadsdrivande för beställaren.

För särskilda boenden inom äldreomsorgen är erfarenheten att det sällan finns lediga platser. Den främsta anledningen till detta är att

dessa verksamheter till stor del består av fasta kostnader⁹² och att kommunerna saknar resurser att upprätthålla ett överutbud. Det är därför vanligt att äldre står i kö för att flytta till ett särskilt boende trots att de har rätt till detta enligt ett biståndsbeslut. Mot denna bakgrund är ett rimligt antagande att möjligheterna att åstadkomma en effektiv kvalitetskonkurrens genom valfrihetsmodellen är svårare inom särskilda boenden än inom hemtjänsten.

År 2000 infördes valfrihetsmodellen inom särskilt boende i Solna. När modellen började tillämpas ersattes utförarna utifrån antalet belagda platser. När efterfrågan på platser minskade fick det till följd att kvaliteten försämrades pga. att utförare, med sjunkande intäkter, hade svårt att bemanna verksamheten. Därför beslutades att minska antalet platser och införa en volymgaranti som innebär att utförarna ersätts för 100 procent av platserna oberoende av den faktiska beläggningsgraden.⁹³

Någon liknade kvalitetsminskning har inte erfarits i Nacka där valfrihetsmodellen tillämpats inom särskilt boende sedan år 2001. På grund av att det många gånger varit kö för att få en plats i ett särskilt boende har valfriheten dock i praktiken varit begränsad för de brukare som inte haft möjlighet att vänta på ledig plats i önskat boende. En viktig anledning till varför valfrihetsmodellen tillämpas inom särskilt boende istället för entreprenadupphandling är att modellen bidrar till kontinuitet och långsiktighet i verksamheten. Personalen får större inflytande över verksamheten och viljan att vidta verksamhetsförbättrande åtgärder stärks.⁹⁴

⁹² Med fasta kostnader avses här även lönekostnaderna, eftersom den nödvändiga personalstyrkan för att kunna tillgodose brukarnas vård- och omsorgsbehov inte snabbt kan anpassas nedåt, utan att det uppstår kvalitetsförsämringar, vid en liten varaktig minskning av antalet brukare inom ett särskilt boende.

⁹³ Kallin m.fl., 2007-03-01

⁹⁴ Bengtsson, 2007-03-23

För att konkurrensen inom ett kundvalssystem ska fungera krävs även att konsumenterna har förmåga att fatta aktiva och rationella val av utförare. Att det finns lätt tillgänglig och tillförlitlig information om marknadens utbud är en viktig förutsättning för att uppnå detta.

För närvarande administrerar Sveriges Kommuner och Landsting, i samverkan med Socialstyrelsen, nationella kvalitetsregister för hälso- och sjukvården. Socialstyrelsen administrerar även ett "hälso-dataregister" dit rapportering är obligatorisk för utförarna. Eftersom registren byggs upp av de yrkesgrupper som själva ska ha nytta av dem i sina professioner, kan det emellertid vara svårt för konsumenterna att använda dessa register för jämförelser mellan olika sjukvårdskliniker eller primärvårdsenheter.

Vidare ska Socialstyrelsen på uppdrag av regeringen i samråd med Sveriges Kommuner och Landsting utarbeta ett nationellt system för öppna jämförelser av kvalitet, kostnader och effektivitet inom äldreomsorgen. Sveriges Kommuner och Landsting (2007) har i anledning av detta utarbetat en rapport där skillnader och resultat av resurser för kommunernas äldreomsorg redovisas. Redovisningen sker på kommunnivå och avser inte att utgöra underlag för brukarnas val av utförare. För sådan information svarar i förekommande fall de enskilda kommunerna.

När information om enskilda utförare presenteras tenderar den att vara likriktad och allmänt hållen, vilket inneburit att det varit svårt att avgöra på vilket sätt utförarna skiljer sig åt.⁹⁵ Detta bekräftas i flera undersökningar som visar att brukare av äldreomsorg ofta anser att informationen inför valet av utförare varit bristfällig. Många brukare har dessutom uppgett att de överhuvudtaget inte

⁹⁵ Konkurrensverket (2006b)

varit medvetna om att valmöjligheten fanns. Medvetenheten tycks dock öka med tiden.⁹⁶

Utöver kravet att konsumenterna ska ha tillgång till relevant information, förutsätts att de har fysiska och psykiska förutsättningar att välja och byta utförare vid missnöje. Detta är ytterligare en faktor som kan väntas innebära att det är svårare att tillämpa valfrihetsmodellen inom särskilda boenden än inom hemtjänsten.

8.3 Valfrihet eller entreprenad?

Enligt genomgången ovan finns det inte något entydigt svar på frågan om entreprenad- eller valfrihetsmodellen är den bästa lösningen för att konkurrensutsätta offentligt finansierad verksamhet. Hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet, exempelvis om det förekommer stordrifts- eller samproduktionsfördelar, om tjänsten tydligt kan definieras och följas upp samt om konsumenterna kan byta utförare och fatta rationella beslut vid val av utförare.⁹⁷

Oavsett vilken konkurrensutsättningsmetod som används är det viktigt att spelreglerna är tydliga och stabila över tiden och att det råder lika konkurrensvillkor för marknadens aktörer. För att uppnå detta kan kommuner och landsting upprätta långsiktiga planer för den konkurrensutsatta verksamheten. En långsiktig konkurrensplan förtydligar avsikter, ger klara spelregler, minskar osäkerheten och kan därmed bidra till att allt fler företag etablerar sig på marknaden.

Även om spelreglerna inom en kommun eller ett landsting är tydliga och stabila kan det faktum att det råder olika spelregler inom olika kommuner och landsting utgöra ett betydande hinder för företag att expandera. Det kan t.ex. vara svårt för företagen att utforma rutiner

⁹⁶ Se bl.a. Charpentier (2004), Socialstyrelsen (2004b) och Stockholms Stad (2007)

⁹⁷ Konkurrensverket (2006c)

för anbudsgivningen som håller ned kostnaderna om det råder stora variationer i hur beställarna disponerar och formulerar krav, villkor och definitioner i förfrågningsunderlagen. Variationerna skapar också i sig en osäkerhet på marknaden som hämmar företagandet eftersom det är kostsamt för företagen att överblicka hur olika beställare närmare utformar metoder för konkurrensutsättning. Om tillämpade metoder för konkurrensutsättning blir mer enhetliga kan företagandet inom vård- och omsorgssektorn väntas öka.

För att uppnå fungerande konkurrens till nytta för konsumenterna krävs att marknads aktörer konkurrerar på lika villkor. Ett uppmärksammat problem i detta avseende är att reglerna för mervärdesskatt (moms) för vård- och omsorgstjänster innebär att privata företag (allt annat lika) har högre kostnader än egenregin.⁹⁸

För att den egna regin inte ska gynnas otillbörligt i konkurrensen med privata företag, exempelvis genom information som kommunen eller landstinget erhåller vid myndighetsutövningen, är det även viktigt att skilja på beställar- och utförarrollen. För att minska risken för att egenregin subventioneras med allmänna medel bör den göras till enskilda resultatenheter och tillföras samtliga relevanta intäkter och kostnader. Detta innebär att egenregin ska kunna täcka samtliga relevanta kostnader med den ersättning som avtalats om vid entreprenadupphandlingen eller som fastställts av checken.

⁹⁸ Detta beror på att vård- och omsorgstjänster hör till icke momspliktig verksamhet, varvid det inte ingår något påslag för moms i priset för dessa tjänster. Det är därför inte möjligt för privata företag att göra avdrag för den moms de betalt vid köp av momspliktiga varor och tjänster. Avräkningssystemet mellan staten och den kommunala sektorn, det s.k. kommunkontosystemet, innebär emellertid att kommunerna får kompensation för momskostnaderna inom icke momspliktiga områden. När kommuner och landsting köper vård- och omsorgstjänster av privata företag kan de däremot inte få ersättning för s.k. dold moms, dvs. den moms som företagen haft kostnader för. Inom vård- om omsorgssektorn beräknas företagens köp av momsbelagda produkter uppgå till 20-25 procent av de totala kostnaderna. Om momsen för dessa produkter är 25 procent innebär det att privata företag har omkring 5-6 procent (25 % x 20-25 %) högre kostnader jämfört med motsvarande tjänster som tillhandahålls av kommuner och landsting.

Konkurrensneutralitet kräver således att egenregin inte bedriver verksamhet till ett pris under den kommunala självkostnaden och finansierar underskotten med allmänna medel. Givet att den egna regin ska delta i konkurrensen inom en valfrihetsmodell kan det därför vara svårt för en kommun eller ett landsting att på kort sikt uppnå ekonomiska fördelar av konkurrensen. I takt med att egenregin bedrivs effektivare finns dock möjlighet att reducera checkens ekonomiska värde.

Som framgått ovan är det viktigt att den konkurrensutsatta verksamheten följs upp och utvärderas utifrån avtalade grunder. En anledning är att tillse att det kommunala åtagandet upprätthålls och att invånarna erhåller tjänster av god kvalitet. En annan anledning är att det är viktigt från konkurrenssynpunkt. Vid tillämpningen av entreprenadmodellen styrs verksamheten genom kontrakt, vilket förutsätter att verksamheten följs upp och utvärderas. Det finns annars risk för att konkurrensen snedvrids, dvs. att seriösa anbudsgivare missgynnas i konkurrensen gentemot anbudsgivare som systematiskt utlovar högre kvalitet än vad som tillhandahålls. Inom ramen för en valfrihetsmodell kan uppföljning och utvärdering av verksamheten även bidra till att kvalitetskonkurrensen stimuleras förutsatt att resultaten från utvärderingarna görs offentliga.

Genomgången i detta kapitel visar att det generellt sett finns mer betydande inträdeshinder vid tillämpningen av entreprenadmodellen än vid en tillämpning av valfrihetsmodellen. Regelverken inom upphandlingsområdet är komplexa och tillämpningen ställer ofta höga administrativa krav på anbudsgivarna. Detta kan göra det svårt för små företag att slå sig in på upphandlingsmarknader varvid upphandlingsförfarandet i sig kan fungera som ett inträdeshinder.

Flertalet av de inträdeshinder som identifierats vid en användning av entreprenadmodellen har anknytning till beställarkompetensen, exempelvis att anbudsgivarna erhåller för lite tid för att utforma och inkomma med anbud eller att förfrågningsunderlagen är omfattande

och otydligt formulerade. Även vid en tillämpning av valfrihetsmodellen påverkar den offentliga aktörens agerande förutsättningarna för företagandet på marknaden – exempelvis genom vilka krav som ställs vid upphandlings- eller auktorisationsförfarandet eller vilket ekonomiskt värde som checken ges.

För att nå framgång vid tillämpningen av entreprenadmodellen bör önskvärda egenskaper hos den produkt som ska upphandlas relativt enkelt kunna definieras. Vid upphandling av individuella tjänster – såsom vård- och omsorgstjänster där konsumenternas preferenser tenderar att variera och kvalitet är en subjektiv upplevelse – kan det vara svårt att precisera dessa egenskaper samt att utse det anbud som ger det bästa erbjudandet till samtliga konsumenter (brukare eller patienter). Eftersom det saknas pålitliga metoder för att mäta kvalitetsaspekter, har det även visats sig svårt att följa upp och utvärdera utförandet av tjänsterna.

Eftersom konsumenternas val påverkar utförarnas intäkter skapas incitament för dessa att tillgodose även sådana behov och önskemål som inte definierats i kontraktet mellan utförare och beställare. Efterfrågan definieras således av konsumenterna varmed behovet av att styra verksamheten genom preciserade kontrakt blir mindre. Genom att marknads aktörer konkurrerar med kvaliteten blir det möjligt att erhålla högsta möjliga kvalitet till given kostnad.

Valfrihetsmodellen kan således bidra till en samhällsekonomiskt effektiv resursanvändning även om den totala (fiskala) kostnaden många gånger kan bli större än vid ett användande av entreprenadmodellen, i varje fall på kort sikt.

9 Att stimulera företagande genom avknoppning

Kommuner och landsting kan på olika sätt påverka etablering och tillväxt av företag och konkurrensförhållanden på marknader. Som framgått av beskrivningen i kapitel 8 kan exempelvis valet av metod för konkurrensutsättning av vård- och omsorgstjänster ha en betydande effekt på företagandet inom dessa områden.

För att stimulera konkurrensen och öka mångfalden har vissa kommuner och landsting, inom ramen för olika konkurrenslösningar, låtit "knoppa av" viss offentligt finansierad verksamhet. Detta innebär att anställda "startar eget" genom att överta en kommunal verksamhet och sedan driva denna på uppdrag av den tidigare arbetsgivaren. Vid en avknoppning har således kommunen eller landstinget vanligen för avsikt att köpa hela eller större delen av det nya företags tjänster.⁹⁹ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har därför bedömt att en avknoppning som regel inte kan genomföras utan att denna föregås av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.¹⁰⁰

Det kan även konstateras att enligt en dom av Regeringsrätten kunde ett landsting, i samband med avyttring av sin tvätterirörelse som drevs i förvaltningsform, inte utan föregående upphandlingsförfarande enligt LOU träffa avtal med köparen av rörelsen att under en förutbestämd period utföra berörda tjänster åt landstinget.¹⁰¹

Frågan om avknoppning av offentligt bedriven verksamhet och kopplingen till upphandlingsreglerna är inte ett nytt problem. Upphandlingskommittén föreslog år 2001 i sitt slutbetänkande

⁹⁹ Det är enbart avknoppning av verksamhet i egen regi som behandlas i detta kapitel.

¹⁰⁰ NOU:s ställningstagande utvecklas i myndighetens remissyttrande den 28 augusti (dnr 2001/0094-22) över SOU 2001:31

¹⁰¹ RÅ 1998, not 44

(SOU 2001:31) en ändring av LOU som innebar att en upphandlande enhet skulle medges rätt att sluta avtal om att överlämna exempelvis vård- och omsorgsverksamhet – utan föregående upphandlingsförfarande – till anställda, eller en av anställda bildad juridisk person. Enligt förslaget skulle avtalet gälla under högst fem år. Därefter skulle beställaren initiera ett upphandlingsförfarande av den aktuella verksamheten. Förslaget kom ej att genomföras vilket ska ses mot bakgrund av att det anses strida mot EG-fördraget.

Vid avknoppning kan upphandlingsreglerna utgöra ett hinder för anställda, i offentlig sektor, att starta eget, eftersom upphandlingsförfarandet skapar en osäkerhet och innebär ett betydande risktagande för de personer som vill knoppa av verksamhet från egenregienheten. Det beror på att kommunen eller landstinget är den enda beställaren och den blivande företagaren vet inte om denne kommer att vinna anbudstävlingen.

Mot bakgrund av detta arbetar Stockholms Stad för närvarande (juni 2007) med att ta fram ett program som ska stimulera och underlätta för anställda i kommunen att starta eget inom bl.a. äldreomsorg och missbruksvård.¹⁰² Programmet innebär att kommunalanställda ges möjlighet att lämna anbud via ett eget företag under bildande. Enbart om detta godkänns vid anbudsförfarandet slutförs företagsbildningen, varvid personalens ekonomiska risktagande minskas betydligt.

Det kan konstateras att detta förfarande kan vara förknippat med vissa problem. Exempelvis måste beställaren beakta frågan om vilka krav som bör ställas på det företag som är under bildande. Om ett sådant "ofullbordat" företag ska kvalificera sig för att få verka på marknaden kan beställaren tvingas ställa relativt låga krav i förfrågningsunderlaget, bl.a. vad avser ekonomisk ställning, för att uppfylla kravet på likabehandling av samtliga anbudsgivare. Kravet på att en

¹⁰² www.stockholm.se, 2007-05-22

leverantör har god ekonomisk stabilitet syftar främst till att ge beställaren en godtagbar garanti för att leverantören klarar beställarens begärda åtagande under avtalsperioden. Detta är av särskild vikt inom t.ex. äldreomsorgen där kontinuitet för brukarna är en viktig kvalitetsfråga.

Liknande potentiella problem torde också gälla i de fall en valfrihetsmodell med ett auktorisationsförfarande tillämpas, dvs. att kraven för att erhålla auktorisation sänks till en nivå som uppfylls av avknoppade företag inom den aktuella kommunen eller landstinget.

Utöver detta bör frågan om avknoppning inom ramen för en valfrihetsmodell ses i ljuset av att det kan upplevas som negativt av de konsumenter som vill erhålla tjänsterna från en offentlig utförare.

10 Upphandling och valfrihet

Intresset för valfrihetsmodeller ökar i Sverige. År 2006 hade 27 kommuner infört någon form av kundval inom äldreomsorgen och ytterligare 24 kommuner hade planer på att införa sådana modeller. I juni 2007 hade ett landsting infört, och ytterligare sju landsting planerade att införa, en valfrihetsmodell inom primärvården.¹⁰³ Det kan dock konstateras att det är oklart huruvida tillämpningen av valfrihetsmodeller inom vård och omsorg är förenligt med gällande upphandlingsregler. Osäkerheten kring denna fråga kan bidra till att kommuner och landsting väljer att inte införa en sådan modell vid konkurrensutsättning av offentligt finansierade tjänster inom vård- och omsorgssektorn.

I detta kapitel analyseras de rättsliga förutsättningarna för att tillämpa valfrihetsmodellen. Analysen avser de rättsliga förutsättningarna utifrån den svenska lagstiftningen, LOU, samt utifrån de bakomliggande EG-direktiven. Analysen baseras på rättsutlåtanden från Tom Madell, docent i civilrätt vid Umeå universitet och från Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet. De båda rättsutlåtandena återfinns i sin helhet som bilaga 1 respektive bilaga 2 till denna rapport.

Dessutom innehåller kapitlet en genomgång av metoder och erfarenheterna av att införa lagreglerade valfrihetsmodeller i Finland och Danmark. Genomgången av erfarenheterna i Danmark bygger på en litteraturstudie genomförd av Institutet för hälso- och sjukvårdsekonomi (IHE) som genomförts på Konkurrensverkets uppdrag. IHE:s rapport återfinns i sin helhet som bilaga 3 till denna rapport.

¹⁰³ Dagens Samhälle, "Ingen boom för privatvård", 2007-06-14

10.1 Förutsättningarna att tillämpa valfrihetsmodellen enligt upphandlingsreglerna

Om en kommun eller ett landsting köper varor eller tjänster av, eller på annat sätt ingår avtal med, en annan juridisk person ska detta föregås av ett upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i LOU. En viktig fråga vid analysen av huruvida valfrihetsmodellen får anses vara förenlig med LOU, är således om det är kommunen (eller landstinget), eller konsumenterna (brukare och patienter) som ska anses köpa eller ingå avtal med leverantören.

Enligt Madell innebär auktorisationen i sig inte att ett avtal ingås mellan beställare (en kommun eller ett landsting) och utförare. Där emot åtar sig beställaren att ersätta de auktoriserade utförarna för de tjänster som checken ger utrymme för. Att det är konsumenterna som väljer leverantör av tjänsterna saknar betydelse. Köpet sker enligt Madell mellan beställaren och den enskilde utföraren. Vidare är kommuner och landsting som regel huvudmän för offentlig finansierad vård och omsorg. Detta innebär att de ansvarar för verksamheternas innehåll oavsett om dessa bedrivs i offentlig eller privat regi. Kommuner och landsting måste därmed träffa avtal med de leverantörer som utför tjänsterna, enligt det kommunala huvudmannaskapet, i privat regi.

Mot bakgrund av detta bedömer Madell att det inte är möjligt enligt de svenska upphandlingsreglerna att tillämpa kundvalsmodeller inom verksamheter där kommuner eller landsting är huvudmän, utan att ett upphandlingsförfarande ska användas för att utse de leverantörer som brukarna kan välja mellan.

I syfte att uppfylla kravet på upphandlingsförfarande tillämpar vissa kommuner en valfrihetsmodell där de tecknat ramavtal med utförarna (se avsnitt 8.2). Det nya upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) innebär dock att beställarna måste rangordna de leverantörer som tilldelas ett ramavtal och att avrop från ramavtalen ska ske utifrån

denna rangordning. Att låta konsumenterna välja en annan leverantör än den som rangordnats högst vid upphandlingen skulle således innebära en överträdelse av upphandlingsreglerna. Denna reglering föreslås bli gällande i de nya lagarna om offentlig upphandling. Därmed menar Madell att inte heller en valfrihetsmodell med ramavtalsupphandling kan anses vara förenligt med de svenska upphandlingsreglerna.

Det bör uppmärksammas att vård- och omsorgsverksamhet är B-tjänster vilket innebär att medlemsstaterna inte är skyldiga att använda det upphandlingsförfarande som följer av de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven (se kapitel 4). Däremot gäller även för B-tjänster (och för upphandlingar under tröskelvärdena) de allmänna EG-rättsliga grundprinciperna om bl.a. etableringsfrihet, likabehandling och fri rörlighet av varor och tjänster. Det kan vara svårt att tillgodose dessa principer utan någon reglering på området. I Sverige har lagstiftaren därför valt att även reglera upphandlingsförfarandet för köp av B-tjänster (och köp under tröskelvärdena) i 6 kap. LOU. Madell bedömer i sin analys att valfrihetsmodellen inom offentligt finansierad vård och omsorg inte är förenlig med de svenska upphandlingsreglernas krav enligt 6 kap. LOU, men att denna modell inte skulle strida mot EG-rättens krav om den utformas på sådant sätt att de EG-rättsliga grundprinciperna uppfylls.

För att användandet av valfrihetsmodeller inte ska anses stå i strid med bestämmelserna enligt LOU förutsätts enligt Madell att den aktuella verksamheten omfattas av ett offentlighetsbidragssystem¹⁰⁴ och att kommuner eller landsting inte är huvudmän för verksamheterna. Av bestämmelserna i skollagen (1985:1100) framgår att fristående skolor som godkännts av Skolverket eller annan myndighet, har rätt att erhålla bidrag från en kommun för den undervisning som de tillhandahåller. Ersättningen ska motsvara kommunens

¹⁰⁴ Detta innebär att aktörer som har blivit godkända att bedriva verksamhet har rätt att erhålla bidrag från offentlig sektor för verksamheten.

kostnad för motsvarande undervisning i egen regi. De fristående skolorna är huvudmän för verksamheten och ansvarar således för innehållet och kvaliteten i utbildningen. Trots att utbildning klassificeras som B-tjänster, innebär den speciallagstiftning som skollagen utgör att fristående skolor ges inträde till marknaden utan krav på upphandling enligt bestämmelserna i LOU.

Madells slutsats är att det inom ramen för den svenska lagstiftningen som regel inte är möjligt att tillämpa valfrihetsmodellen för konkurrensutsättning inom vård- och omsorgsområdet och att tjänsterna normalt måste upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. Däremot menar Madell att lagstiftaren kan fastställa ett annat förfarandesätt för konkurrensutsättning av olika B-tjänster än den som föreskrivs enligt LOU. Liksom inom skollagens områden skulle valfrihetsmodellen enligt Madell kunna göras tillämplig inom vård- och omsorgssektorn genom att låta verksamheten omfattas av ett offentligrättsligt bidragssystem. En annan möjlig lösning är att i likhet med vad som gjorts i Danmark införa en särskild författning om valfrihetsmodeller (se avsnitt 10.2.1). Båda dessa lösningar skulle, enligt Madell, göra valfrihetsmodellen förenlig med upphandlingsreglerna och dessutom ha fördelen att modellen utformas på liknande sätt i alla kommuner.

Enligt Bernitz innebär valfrihetsmodellen att det inte sker någon upphandling eftersom det är den enskilde individen som väljer leverantör och därmed fullgör beställarrollen. Det synes enligt Bernitz vara möjligt att tillämpa en valfrihetsmodell för olika typer av vård- och omsorgstjänster redan med gällande lagstiftning. En sådan modell ska karakteriseras av en ordning för godkännande av fristående aktörer, rätt för konsumenterna att själva välja utförare och en ordning med "vårdpeng" som utgår med lika belopp oavsett konsumenternas val av utförare. För att kunna utforma tydliga kriterier för godkännande av utförare och tydliggöra möjligheterna till överklaganden, rekommenderar dock Bernitz att valfrihetsmodellen

regleras genom nationell lagstiftning med utnyttjande av skollagens system som huvudsaklig förebild.

10.2 Nordiska erfarenheter av valfrihetsmodellen

Omsorgen om äldre och funktionshindrade har relativt stora likheter i de nordiska länderna. Ett tydligt gemensamt drag gäller det kommunala ansvaret för omsorgen och, den i allt väsentligt, kommunala skattefinansieringen. Dessutom gäller i hela Norden att regelverk, ekonomiska ramar, tillsyn och kontroll är ett statligt ansvar i syfte att så långt möjligt uppnå likvärdiga villkor för omsorgen. En annan likhet är att hemmaboende prioriteras genom insatser som hemtjänst, hemsjukvård, dagcenter och visst stöd för anhöriga omsorgsgivare.¹⁰⁵

För alla de nordiska länderna ses också en tendens mot ett ökat inslag av privata utförare inom äldreomsorgen. Det kan konstateras att valfrihetsmodeller har diskuterats, och i vissa fall införts, i alla de nordiska länderna. I två länder, Danmark och Finland, har nationella bestämmelser införts. I det följande redovisas översiktligt de rättsliga ramarna för detta i respektive land. För Danmark görs också en genomgång av erfarenheter efter införandet av den nationella lagstiftningen. Den genomgången bygger på en rapport som Konkurrensverket låtit Institutet för hälso- och sjukvårdsekonomi (IHE) genomföra i form av en litteraturstudie. IHE:s studie återfinns i sin helhet som bilaga 3 till denna rapport.

¹⁰⁵ Edebalk och Svensson (2005)

10.2.1 Danmark

I Danmark kan hemtjänsten omfatta personlig omsorg, praktiskt hjälp, matservice eller en kombination av dessa tjänster. Hemtjänst ges inte enbart till de i ordinärt boende utan också inom särskilda boenden (ældre- och plejeboliger).

Den 1 januari 2003 infördes ett generellt kundvalssystem (valfrihetsmodell) som innebar att brukare av hemtjänst gavs rätt att välja en annan utförare än den kommunala. De som har plats på äldrebolinger (äldreboenden) omfattas också av kundvalet eftersom hemtjänst utgår inom dessa boenden.

Hur utförare godkänns

Enligt den danska regleringen får de enskilda kommunerna besluta om de vill certifiera utförarna, tillämpa ett upphandlingsförfarande eller kombinera dessa metoder när de inför en valfrihetsmodell. Vid certifiering, som i lagen anges som det huvudsakliga alternativet, kan kommunerna inte begränsa antalet utförare. Kommunerna ska fastställa och offentliggöra priser och kvalitetskrav, varvid de utförare som ansöker och uppfyller villkoren ska godkännas. Kommunernas egenregiverksamhet är här likställd med privata utförare. Inga utförare är således garanterade några kunder.

Vid tillämpning av ett upphandlingsförfarande ska de enskilda kommunerna teckna avtal med mellan två och fem utförare (för respektive kategori av tjänst). Brukarna ska sedan fritt få välja utförare bland dem som fått tillåtelse att verka inom den aktuella kommunen. Således är de enskilda utförarna inte garanterade några kunder heller vid en tillämpning av ett upphandlingsförfarande.

Vid en kombination av de båda ovan nämnda modellerna överläter den enskilda kommunen, efter ett upphandlingsförfarande, all drift

av hemtjänst till en extern aktör under en fastställd avtalsperiod. Efter att upphandlingen är genomförd och en aktör utsetts som vinnare av anbudstävlingen kan andra leverantörer ansöka om att bli certifierade för den aktuella kommunen – enligt de kvalitetskrav och till den ersättning som vinnaren av upphandlingen verkar inom. Under avtalsperioden är kommunen förhindrad att certifiera sin egenregiverksamhet.

Kundvalets omfattning

Vid införandet av lagen för kundval var det 17 av Danmarks då 271 kommuner som hade infört en (frivillig) valfrihetsmodell. År 2006 hade merparten av de danska kommunerna valfrihetsmodeller för en eller flera av de tjänster som tillhandahålls inom hemtjänsten.

Omfattningen av kundval är störst vad avser praktisk hjälp, och minst i fråga om matservice. År 2006 var det 74 procent av kommunerna som hade valfrihetsmodeller som omfattade praktisk hjälp, medan endast 15 procent av kommunerna hade detta vad avsåg matservice. Samma år hade 40 procent av kommunerna kundval för hela dygnet, dvs. inte enbart under dagtid. Det kan noteras att det inte var fler än 4 procent (totalt tio stycken) av samtliga kommuner som hade valfrihetsmodeller som omfattade samtliga tjänster, dvs. personlig omsorg, praktisk hjälp och matservice, alla dagar hela dygnet.

Genomsnittligt sett var det 1,9 alternativa (privata) utförare per kommun vad avser personlig omsorg (dagtid under vardagar) i de 237 danska kommunerna. Flest utförare fanns i Köpenhamnsregionen där det i genomsnitt verkade 3,1 privata utförare per kommun. Vad gäller praktisk hjälp fanns det fler utförare. För denna tjänst verkade i genomsnitt 3,4 utförare i de danska kommunerna. Här var genomsnittet för Köpenhamnsregionen 5,6 utförare.

Våren 2003 var det 7 procent av hemtjänsttagarna som fick hjälp från någon annan utförare än den kommunala. Denna andel har sedan ökat. År 2004 var andelen 16 procent och 2005 var den 21 procent. Emellertid var det endast 7 procent av brukarna som år 2005 erhöll hjälp enbart från privata utförare.

Fritvalgdatabasen

De ersättningsnivåer som gäller ska av varje kommun rapporteras till Styrelsen for Specialrådgivning og Social Service (i princip motsvarande den svenska Socialstyrelsen) som i sin tur administrerar en databas vilken är tillgänglig på Internet. Förutom ersättningsnivåer för de enskilda kommunerna innehåller databasen kommunvis information om antalet utförare totalt, liksom uppdelat på privat och offentlig drift, om inträde till marknaden sker via auktorisation, genom ett upphandlingsförfarande eller som en kombination av dessa metoder, vilka krav som ställs på utförarna samt hur många av den aktuella kommunens invånare som är äldre än 65 år, respektive hur många som är äldre än 80 år.¹⁰⁶

10.2.2 Finland¹⁰⁷

De finländska kommunerna har ansvaret att tillhandahålla såväl vård- som omsorgstjänster. Kommunerna kan självständigt producera tjänsterna eller göra det tillsammans med andra kommuner. En kommun kan också köpa tjänster av privata utförare, av andra kommuner eller av samkommuner.

Andelen privata företag som producerar vård- och omsorgstjänster utgjorde under år 2004 omkring 20 procent. Kostnaderna för dessa tjänster finansieras till knappt 10 procent av brukar- och patient-

¹⁰⁶ www.fritvalgsdatabasen.dk, 2007-06-04

¹⁰⁷ Se Edebalk och Svensson (2005)

avgifter, drygt 20 procent med statsbidrag och omkring 70 procent genom kommunala skatter.

Den 1 januari 2004 infördes i Finland en s.k. servicesedel (check) för långvarig och regelbunden hemservice vilken omfattar omsorgs- och stödtjänster. Däremot ingår inte hemsjukvårdande insatser i denna servicesedel. Lagen innebär ingen skyldighet för kommunerna att tillämpa en sådan valfrihetsmodell.

Behovsbedömningen om en individ ska berättigas en check görs på kommunal nivå. Det är endast privata utförare som är juridiska personer som omfattas av checken. Således kan den inte användas för att ersätta anhöriga för deras insatser. Ett krav som ställs på kommunerna är att det inom kommunen måste finnas en kommunal utförare för den typ av tjänst som checken avser. Enskilda har rätt att tacka nej till att erhålla en check och därmed i praktiken välja den kommunala utföraren.

Det är inom varje kommun som beslut fattas om privata tjänster ska upphandlas med ett anbudsförfarande eller om certifiering ska ske enligt villkor som ställs upp av de enskilda kommunerna.

11 Förslag

Konkurrensverket fick i regleringsbrevet för 2007 uppdraget att presentera en rapport som behandlar regelverk av betydelse för företagande inom offentlig sektor med särskild inriktning på områdena vård och omsorg. Av uppdraget framgår att rapporten ska innehålla förslag till åtgärder.

Konkurrensverket har tolkat uppdraget som att identifiera legala inträdeshinder för företag inom vård- och omsorgssektorn, och lämna förslag på åtgärder för att minska eller eliminera dessa hinder. Analysen har i huvudsak avgränsats till offentligt finansierad äldreomsorg och hälso- och sjukvård. Förslagen fokuserar på de delar av dessa områden som Konkurrensverket bedömer har störst betydelse för att öka företagandet och därigenom konsumentnyttan inom vård- och omsorgssektorn.

De förslag som lämnas bör kunna vara giltiga, eller utgöra modeller, för fler områden än enbart i fråga om äldreomsorg eller berörda delar av hälso- och sjukvården. För detta krävs dock att förhållandena inom varje enskilt område först analyseras.

11.1 Inför nationell lag om valfrihetsmodell

Konkurrensverket föreslår att det införs en nationell lag för valfrihetsmodellen i primärvård och hemtjänst inom äldreomsorg, med undantag för natt- och larmjour. Lagen skulle innebära att huvudmannaskapet för privat bedriven verksamhet inom dessa områden flyttas till enskilda utförare som godkänts (auktoriserats) av en statlig tillsynsmyndighet enligt nationellt utformade krav. Det innebär att de auktoriserade utförare som så önskar erhåller rätt att etablera sig i alla kommuner eller landsting. De auktoriserade utförarna ska omfattas av ett offentligrättsligt bidragssystem. För särskilda boenden och i fråga om natt- och larmjour inom hemtjänsten ska enskilda kommuner, i ett första steg, ges möjlighet att införa valfrihetsmodeller.

Det främsta inträdes- och tillväxthindret för företag som önskar verka, eller verkar, inom offentligt finansierad vård och omsorg är att kommuner och landsting väljer att inte konkurrensutsätta dessa verksamheter.

Vid konkurrensutsättning av vård- och omsorgsverksamhet tillämpas normalt antingen entreprenad- eller valfrihetsmodellen. Det är relativt stora variationer mellan hur dessa modeller närmare har utformats i kommuner och landsting. Variationerna leder till osäkerhet på marknaden och kan därmed utgöra hinder för företagsinträde och expansion.

En annan osäkerhetsfaktor som hämmat företagandet och konkurrensen är frågan om hur valfrihetsmodellen förhåller sig till upphandlingsreglerna. I anledning av detta har Konkurrensverket låtit inhämta rättsutlåtanden från Tom Madell, docent i civilrätt vid Umeå universitet, respektive Ulf Bernitz, professor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet. Enligt Madell är slutsatsen att tillämpningen av valfrihetsmodellen inte är förenlig med de krav

som gäller enligt lagen (1992:1525) om offentlig upphandling, LOU. Detta är dock inte avhängigt aktuella EG-direktiv under förutsättning att modellen uppfyller de allmänna EG-rättsliga grundprinciperna om bl.a. transparens, likabehandling m.m. Bernitz anser att det redan under rådande rättsläge kan vara möjligt att tillämpa en valfrihetsmodell.

I de båda rättsutlåtandena rekommenderas att det införs en särskild lag för att reglera tillämpningen av valfrihetsmodellen inom vård och omsorg. Detta har gjorts i Danmark och Finland där särskilda författningar om valfrihetsmodeller inom äldreomsorg har införts.

Konkurrensverket anser att tillämpningen av valfrihetsmodellen (kundval) bör stimuleras eftersom detta ökar konsumentmakten och därmed främjas kvalitetskonkurrensen. Modellen innebär även att inträde för nya företag till marknaden underlättas och de hinder som upphandlingsreglerna föranleder vid avknoppning elimineras.

Konkurrensverket föreslår att det införs en nationell lag för valfrihetsmodellen i primärvård och hemtjänst inom äldreomsorg, med undantag för natt- och larmjour. Lagen skulle innebära att huvudmannskapet för privat bedriven verksamhet inom dessa områden flyttas till de enskilda utförarna, såsom för närvarande gäller inom skolområdet. Utförarna godkänns (auktoriseras) av en statlig tillsynsmyndighet enligt nationellt utformade krav. Detta innebär att de auktoriserade utförare som så önskar erhåller rätt att etablera sig i alla kommuner eller landsting. Verksamheterna ska omfattas av ett offentlighetsrättsligt bidragssystem, varmed de utförare som blivit auktoriserade ska ges rätt till ersättning från kommuner eller landsting för sin verksamhet.

Utförarnas ersättning administreras i form av "checkar" (vouchers), vars ekonomiska värden årligen bestäms av de enskilda kommunerna eller landstingen. Ersättningen ska vara lika för alla utförare, dvs. även för den kommunala eller landstingsdrivna verksamheten,

och bör fastställas per utförd timme inom hemtjänsten och per invånare inom primärvården. I fråga om hemtjänst ska ersättningen kunna variera för olika geografiska områden inom en kommun. Vad avser primärvård bör checkarna kunna differentieras avseende förväntat vårdbehov.

För att undvika risker för selektion ska en utförare inom ramen för sitt åtagande inte kunna neka enskilda individer att anlita utföraren. Det hindrar dock inte att en kommun eller ett landsting som anser det lämpligt ska kunna göra det möjligt för utförarna att avgränsa åtagandet, exempelvis med avseende på tjänster, geografiskt område eller genom att införa kapacitetstak. Sådana avgränsningar kan bidra till att inträde för små företag underlättas. Förutsättningar för sådana avgränsningar ska fastställas av beställaren och vara lika för alla utförare. En utförare som så önskar ska dock alltid ha rätt att erbjuda samtliga berörda tjänster, i en hel kommun eller ett helt landsting.

Konkurrensverket anser att lagen skulle kunna utvidgas till att också gälla för särskilda boendeformer inom äldreomsorgen. Dock måste i sådant fall hänsyn tas till de förhållanden som råder för denna typ av verksamhet i form av bl.a. stordriftsfördelar och huruvida verklig valfrihet kan uppnås. Denna fråga bör ägnas särskild uppmärksamhet i den pågående utredningen om fritt val inom äldre- och handikappsomsorgen.¹⁰⁸ Likaså bör möjligheter till kundval vad gäller natt- och larmjour inom hemtjänsten tas upp för vidare behandling eftersom även denna typ av verksamhet kännetecknas av stordriftsfördelar. I avvaktan på ett eventuellt auktorisationssystem med nationellt utformade krav för dessa områden bör dock enskilda kommuner kunna tillämpa valfrihetsmodeller inom såväl särskilda boenden som i fråga om natt- och larmjour. Mot denna bakgrund föreslås att det i den skisserade lagen införs bestämmelser som ger enskilda kommuner denna rättighet. Rättigheten bör även gälla för

¹⁰⁸ Dir. 2007:38

konkurrensutsättning av andra individuella tjänster som inte behandlats i föreliggande rapport.

Vad gäller specialiserad hälso- och sjukvård som bedrivs vid sjukhus anser Konkurrensverket att det är olämpligt att införa en nationell valfrihetsmodell mot bakgrund av att denna typ av verksamhet omfattas av betydande stordrifts- och samproduktionsfördelar. Eftersom få aktörer tenderar att etablera sig på sådana marknader blir konsumenternas valfrihet i praktiken begränsad. De fördelar som valfrihetsmodellen innebär, som ett resursfördelningssystem som stimulerar till kvalitetskonkurrens, kan därmed väntas få ett begränsat genomslag vid konkurrensutsättning av sjukhusverksamhet. I dessa fall är entreprenadmodellen en mer lämplig konkurrensutsättningsmetod.

Den föreslagna lagen är den primära lösning som Konkurrensverket förordar för att lagreglera valfrihetsmodellen i syfte att öka företagandet och konsumentnyttan inom vård- och omsorgssektorn. En alternativ lösning är att det införs ett nationellt regelverk som möjliggör för kommuner och landsting att införa valfrihetsmodeller utan att detta strider mot bestämmelserna i LOU. Konkurrensverket anser emellertid att en sådan lösning skulle ha en betydligt mindre effekt på företagandet och konkurrensen än den primärt föreslagna.

11.2 Underlätta konsumenternas val

Konkurrensverket föreslår att regeringen ger Socialstyrelsen i uppdrag att, inom ramen för arbetet med öppna jämförelser, redovisa kvalitetsindikatorer på utförarnivå. Redovisningarna bör vara öppet tillgängliga för allmänheten, bl.a. via länkning från Konsumentverkets webbplats.

För att valfrihetsmodellens intentioner om kvalitetskonkurrens ska kunna infrias är det viktigt att konsumenterna lätt har tillgång till tillförlitlig information så att de kan fatta rationella beslut vid valet av utförare. Erfarenheter visar dock att brukare och patienter ofta upplever informationen som bristfällig och svårtillgänglig. Detta gör att de inte sällan har haft svårt att jämföra och värdera olika utförare sinsemellan. Problemen hänger samman med att det för närvarande endast i begränsad omfattning är möjligt att jämföra kvaliteten mellan olika utförare.

Relevant information och kvalitetsuppföljning är inte bara viktigt för brukare och patienter, som ska välja mellan olika utförare, utan utgör också viktiga förutsättningar för att beställarna ska kunna följa upp att utförarna fullföljer givna åtaganden.

I Danmark har Styrelsen for Specialrådgivning og Social Service upprättat en databas (s.k. Fritvalgdatabasen), för äldreomsorg, där information redovisas kommunvis. Informationen omfattar antalet utförare totalt liksom uppdelat på privat och offentlig drift, om inträde till marknaden sker via auktorisation, genom ett upphandlingsförfarande eller som en kombination av dessa metoder, vilka krav som ställs på utförarna samt hur många av kommunens invånare som är äldre än 65 år, respektive hur många som är äldre än 80 år.

Det initiativ som genomförts i Danmark är vällovligt. Informationen underlättar för företag som planerar att etablera sig, eller expandera, på marknaden. Dock saknas information om de olika utförarnas uppvisade kvalitet med avseende på exempelvis brukarnas upplevelser av denna.

I Sverige administrerar Sveriges Kommuner och Landsting, i samverkan med Socialstyrelsen, nationella kvalitetsregister för hälso- och sjukvården. Vidare administrerar Socialstyrelsen ett "hälso-dataregister" dit rapportering är obligatorisk för utförarna. Eftersom registren byggs upp av de yrkesgrupper som själva ska ha nytta av dem i sina professioner, kan det emellertid vara svårt för konsumenterna att använda dessa register för jämförelser mellan olika sjukvårdskliniker eller primärvårdsenheter.

Vidare har Socialstyrelsen regeringens uppdrag att i samråd med Sveriges Kommuner och Landsting utarbeta ett nationellt system för öppna jämförelser av kvalitet, kostnader och effektivitet inom äldreomsorgen. Redovisningen sker på kommunnivå och utgör därför ingen relevant information vid valet av utförare. För sådan information svarar i förekommande fall de enskilda kommunerna. Denna information tenderar att vara allmänt hållen och upplevs av flertalet brukare som otillräcklig vid valet av utförare.

För att skapa bättre förutsättningar för en effektiv konkurrens föreslår Konkurrensverket att Socialstyrelsen ges i uppdrag att redovisa kvalitetsindikatorer på utförarnivå som syftar till att underlätta för konsumenterna att fatta rationella beslut vid val av utförare. Informationen ska därför presenteras på ett lättillgängligt sätt. I detta sammanhang kan den databas som införts i Danmark, för äldreomsorgen, tjäna som inspirationskälla. Redovisningarna bör omfatta information om uppvisad kvalitet och resultat av genomförda brukarundersökningar på utförarnivå. För att underlätta informationsspridningen bör redovisningarna vara tillgängliga för allmänheten, bl.a. via länkning från Konsumentverkets webbplats.

11.3 Stärk konsumentmakten

Konkurrensverket föreslår att det tas fram särskilda regler för ett fungerande konsumenträttsligt skydd för brukare och patienter inom hälso- och sjukvård liksom inom omsorgsverksamhet enligt socialtjänstlagen.

I takt med att valmöjligheterna ökar mellan olika utförare av vård- och omsorgstjänster ökar också behovet av en lättöverskådlig och samlad reglering av respektive område. Ansvarskommittén föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 2007:10) att alla de bestämmelser som har betydelse för patienternas ställning på marknaden ska samlas i en ny patientlag. I denna lag föreslås att de skyldigheter som vårdgivare och hälso- och sjukvårdspersonal har samlas för att ge ökad tydlighet och översiktighet. Som Ansvarskommittén konstaterade finns det i gällande lagstiftning endast några få bestämmelser som innehåller för patienter utkrävbara rättigheter.

Konkurrensverket anser att Ansvarskommitténs förslag är ett steg i rätt riktning. Sjukvårdshuvudmännens och personalens skyldigheter inom hälso- och sjukvården är spridda på ett stort antal lagar. Att samla dessa inom samma lagrum skulle öka tydligheten och genom detta också i praktiken patientskyddet.

Konkurrensverket anser dock att det bör tas steg i riktning mot en mer utvecklad rättighetslagstiftning. Den nu gällande "vårdgarantin" är inte tillräckligt tydlig. Dessutom är vårdgarantin inte lagreglerad utan avtalsreglerad.

Vad gäller omsorg enligt socialtjänstlagen saknas också en ändamålsenlig och lättöverskådlig rättighetslagstiftning. Den som berörs kan överklaga ett biståndsbeslut till förvaltningsdomstol men vid missnöje med den bedrivna omsorgen är det svårt för brukare eller anhöriga att anmäla detta. Enligt 14 kap. 2 § i socialtjänstlagen föreskrivs att den som är anställd inom service och omvårdnad av äldre

och funktionshandikappade är skyldig att anmäla övergrepp, vård och liknande missförhållanden till socialnämnden i aktuell kommun (Lex Sarah). I fråga om brukare eller anhörigas rättigheter att klaga saknas en lika tydlig reglering.

Enligt det rättsutlåtande som Ulf Bernitz lämnat på Konkurrensverkets uppdrag anses konsumenttjänstlagen (1985:716) i tillämpliga delar kunna tillämpas analogiskt på vård- och omsorgstjänster. Det kan gälla dröjsmål, fel och brister vid tjänsternas utförande, skadeståndsansvar för vårdgivaren m.m. Bernitz konstaterar dock att det finns obetydligt med rättspraxis och att det råder oklarhet kring vad som gäller. Därmed konstateras att det kan finnas goda skäl att anpassa konsumenttjänstlagen till de avtalsbaserade delarna av vård- och omsorgsområdet.

Mot denna bakgrund föreslår Konkurrensverket att det utarbetas särskilda regler för ett fungerande konsumenträttsligt skydd för brukare och patienter inom hälso- och sjukvård liksom inom omsorgsverksamhet enligt socialtjänstlagen.

11.4 Gör egenregienheterna till särskilda resultatenheter

Konkurrensverket föreslår att det, vid konkurrensutsättning av offentligt finansierad vård och omsorg, enligt lag ska krävas att egenregin görs till särskilda resultatenheter.

När offentligt finansierad vård och omsorg konkurrensutsätts finns en risk för att de privata företagen missgynnas i förhållande till egenregienheten. Detta kan exempelvis ske genom att egenregienheten delar lokal med annan kommunal verksamhet och inte påförs marknadsmässig hyreskostnad. Ytterligare ett exempel är att personal utför uppgifter åt såväl den konkurrensutsatta som åt konkurrenskyddad verksamhet, varmed egenregin inte påförs relevanta lönekostnader. Ett annat uppmärksammat problem är att reg-

lerna för mervärdesskatt (moms) inom vård- och omsorgssektorn gör att privata och offentliga utförare inte verkar på lika villkor.

Problemen kan bidra till att den egna regin vid en upphandling sätter ett pris som understiger självkostnaden, eller att den egna regin, inom ramen för en valfrihetsmodell, erhåller en högre ersättning än de privata utförarna.

I anledning av detta anser Konkurrensverket att det är angeläget att det införs krav på särredovisning och att egenregin görs till särskilda resultatenheter. Det är även viktigt att de offentliga utförarna inte tillskrivs den moms-kompensation som kommuner och landsting erhåller genom kommunkontosystemet för icke momspliktig verksamhet.

Givet att egenregienheterna omfattas av företagsbegreppet skulle de i princip kunna omfattas av lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m., transparenslagen, som bl.a. ställer krav på särredovisning i offentlig sektor och offentliga företag. Dock är de tröskelvärden som gäller för denna lag så höga att egenregienheterna i praktiken inte kommer att omfattas av lagens tillämpningsområde. De specifika redovisningskraven är också utformade på ett sådant sätt att de sannolikt inte passar för denna typ av mindre resultatenheter. Dock bör de grundläggande principerna som gäller enligt transparenslagen kunna tjäna som förebild för redovisningens utformning.

Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att det vid konkurrensutsättning av offentligt finansierad vård och omsorg enligt lag ska krävas att egenregin görs till särskilda resultatenheter, var och en med separat redovisning från övrig verksamhet.

11.5 Förbättra upphandlingen

Som Konkurrensverket konstaterar i denna rapport är valfrihetsmodellen generellt sett den lämpligaste modellen för ökat företagande och konsumentnytta inom vård- och omsorgssektorn.

I de fall en valfrihetsmodell inte är lämplig till följd av t.ex. stordrifts- eller samproduktionsfördelar bör kommuner och landsting använda sig av en entreprenadmodell och därmed upphandla den aktuella tjänsten.

Eftersom den offentliga sektorn i Sverige är omfattande är det viktigt för samhällsekonomin att de offentliga upphandlingarna genomförs effektivt, transparent och konkurrensneutralt. Om utförare inte lika behandlas kan konkurrensen snedvridas till skada för det allmänna och konsumenterna. Identifierade problem är att upphandlingsförfrågan ser olika ut mellan upphandlande enheter och att det sker överträdelse av gällande regelverk. Detta gäller inte minst för vård- och omsorgssektorn. Inom denna sektor ställs det dessutom särskilt höga krav på att korrekt kunna specificera och utvärdera kvalitetsaspekter i förfrågningsunderlagen.

De förslag som lämnas i det följande är inriktade på att förbättra och effektivisera den offentliga upphandlingen till nytta för konsumenterna och för att främja rättvisa villkor mellan företagen på marknaden.

11.5.1 Skärpta sanktioner vid överträdelser av upphandlingsreglerna

Konkurrensverket föreslår att det snarast skapas förutsättningar för en effektiv tillämpning av upphandlingsreglerna.

Ett övergripande syfte med reglerna på upphandlingsområdet är att bidra till förverkligandet av EU:s inre marknad genom att undanröja handelshinder och främja den gränsöverskridande handeln. Genom en korrekt tillämpning av reglerna ska det således garanteras att offentliga medel används på ett sätt som inte snedvrider konkurrensen genom att vissa leverantörer diskrimineras eller gynnas på ett otillbörligt sätt.

Ett uppmärksammat problem är att det inte finns effektiva sanktionsmöjligheter på upphandlingsområdet vid allvarliga överträdelser av upphandlingsreglerna såsom t.ex. otillåten direktupphandling. För att komma till rätta med detta problem föreslog Upphandlingskommittén redan år 1999 att tillsynsmyndigheten på upphandlingsområdet skulle ges rätt att föra talan om en s.k. marknadsskadeavgift vid allvarliga överträdelser av LOU.¹⁰⁹ Förslaget har efter det framförts av Konkurrensverket vid ett flertal tillfällen.¹¹⁰ Detta skulle ge ökade incitament för beställarna att följa regelverken och ge förutsättningar för fler företag att etablera sig på marknaden.

I regeringens vårproposition för 2007 framförs att det behöver skapas bättre förutsättningar för en effektiv tillämpning av upphandlingsreglerna, och att det för detta krävs fungerande rättsmedel och sanktionsmöjligheter.¹¹¹ Konkurrensverket anser att det inte finns några formella skäl för att vänta med att införa regler för en effekti-

¹⁰⁹ SOU 1999:139

¹¹⁰ Se t.ex. Konkurrensverket (2006c)

¹¹¹ Prop. 2006/07:100

vare tillsyn samtidigt som det finns sakliga skäl att påskynda en sådan utveckling.

11.5.2 Se över domstolsstrukturen och analysera tillämpningen av prövningstillstånd

Konkurrensverket föreslår att domstolsstrukturen på upphandlingsområdet ses över och att den restriktiva tillämpningen av prövningstillstånd till kammarrätten analyseras.

På Konkurrensverkets uppdrag har Advokatfirman Delphi & Co granskat och analyserat samtliga överprövningsmål i länsrätterna under första halvåret 2006. Genomgången resulterade i en rapport som lämnades till regeringen i mars 2007.¹¹² Av genomgången framgick att länsrätterna i relativt stor utsträckning bedömde samma rättsfrågor på olika sätt och att domarna var knapphändigt motiverade. Dessutom konstaterades att det inte finns någon utvecklad rättspraxis inom området, vilket till stor del beror på gällande förutsättningar för att få länsrättsdomar prövade i kammarrätten.

I anledning av denna genomgång föreslog Konkurrensverket att regeringen skulle se över domstolsstrukturen på upphandlingsområdet. I det sammanhanget föreslogs också att det görs en analys av vilka effekter den restriktiva tillämpningen av prövningstillstånd har haft på rättsutvecklingen och rättsäkerheten. Eftersom de identifierade problemen också gäller för de områden som har analyserats i denna rapport återupprepas förslagen.

¹¹² Se Konkurrensverket (2007)

Källor

Skriftliga källor

Akerlof, G., (1970), "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84(3), 488-500.

Baumol, W., (1967), "Macroeconomics of Unbalanced Growth: The Anatomy of Urban Crisis", *American Economic Review*, vol 57, nr 3, 415-426

Baumol, W., (1984), "Toward a theory of public enterprise", *Atlantic Economic Journal*, vol 12, nr 1, 12-19

Blomqvist, S. och Bergstrom, T., (1996), "The political economy of subsidized day care", *European Journal of Political Economy*, vol 12, nr 3, 443-458

Blomqvist, S., (1999), *Dagis och drivkrafter en ESO-rapport om fördelningspolitik och offentliga tjänster*, Ds 1999:67

Charpentier, C., (2004), *Kundvalets effekter och funktionssätt*, SSE/EFI Working Paper Series in Business Administration No. 2004:1

Ds 2006:4, *Rätten till ersättning för kostnader för vård i annat EES-land - En översyn*

Edebalk P.G., och M., Svensson, (2005), *Kundval för äldre och funktionshindrade i Norden – Konsumentperspektivet*, TemaNord 2005:507

Ekonomistyrningsverket, (2006), *Effektivare statlig verksamhet med privat medverkan? – om styrning av offentlig verksamhet i privat regi*, ESV rapport 2006:15

Folland, S., A. C., Goodman och S., Miron, (2001), *The Economics of Health and Health Care*, 3 ed. Prentice-Hall

Frontier Economics, (2006), *Choice in the delivery of local government services. A report prepared for the Audit Commission*

Jansson, J. O., (2006), *Ekonomi och Politik för tjänstesektorn*, SNS Förlag

OECD, (2002), *Competition, Innovation and Productivity Growth: a Review of Theory and Evidence*, Economic Department Working Papers No. 317

OECD, (2005), *The OECD Health Project. Long-term Care for Older People*

Konkurrensverket, (2002), *Vårda och skapa konkurrens – Vad krävs för ökad konsumentnytta?*, Konkurrensverkets rapportserie 2002:2

Konkurrensverket, (2004a), *Monopolmarknader i förändring*, Konkurrensverkets rapportserie 2004:3

Konkurrensverket, (2004b), *Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat*, Konkurrensverkets rapportserie 2004:4

Konkurrensverket, (2005), *Konkurrensen i Sverige 2005*, Konkurrensverkets rapportserie 2005:1

Konkurrensverket, (2006a), *Tjänstemarknader där konsumenten har ett informationsunderläge– empiriska exempel från tandvård och bilreparationer*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:2

Konkurrensverket, (2006b), *Kvalitetskonkurrens och kundval inom kommunal äldreomsorg*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:6

Konkurrensverket, (2006c), *Konkurrensen i Sverige 2006*, Konkurrensverkets rapportserie 2006:4

Konkurrensverket, (2007), *Länsrätternas domar om offentlig upphandling*, Konkurrensverkets granskningsrapport 2007:2

Leibenstein, H., (1966), "Allocative Efficiency vs. 'X-Efficiency' ", *The American Economic Review*, vol 56, nr 3, 392-415

McKinsey & Company, (2006), *Sweden's economic Performance – Recent Development, Current Priorities*

Nilsson, J-E., M., Bergman, och R., Pyddoke, (2005), *Den svåra beställarrollen. Om konkurrensutsättning och upphandling i offentlig sektor*, SNS Förlag

Nutek, (2005a), *Hur få fler sociala företag som utförare av offentliga tjänster – en guide om offentlig upphandling*

Nutek, (2005b), *Små företag och offentlig upphandling. Hinder och möjligheter för små företag att delta i offentliga upphandlingar*, R 2005:21

Nutek, (2007), *Företagens framväxt i vård- och omsorgssektorn – Kartläggning av företag och företagande inom vård och omsorg*, B 2007:2

Rawls, J., (1971), *A Theory of Justice*, Oxford University Press

SCB, (2007), *Offentlig ekonomi*

Prop. 2006/07:97, *Avskaffande av åldersgränsen för privatpraktiserande läkare och sjukgymnaster*

Prop. 2006/07:100, 2007 års ekonomiska vårproposition

Socialstyrelsen, (2001), *Nationell handlingsplan för äldrepolitiken. Lägesrapport 2001*

Socialstyrelsen, (2004a), *Konkurrensutsättning och entreprenader inom äldreomsorgen. Utvecklingsläget 2003*

Socialstyrelsen, (2004b), *Konkurrensutsättningen inom äldreomsorgen*

Socialstyrelsen, (2005), *Nationell handlingsplan för hälso- och sjukvården, slutrapport*

Socialstyrelsen, (2006a), *Äldre – vård och omsorg år 2005. Kommunala insatser enligt socialtjänstlagen samt hälso- och sjukvårdslagen, Socialtjänst 2006:3*

Socialstyrelsen, (2006b), *Socialt arbete med äldre. Förslag till kompetensbeskrivning för handläggare inom äldreomsorgen*

Socialstyrelsen, (2006c), *”Statistik över kostnader för hälso- och sjukvården 2005”*

Socialstyrelsen, (2006d), *Meddelandeblad. Uppgifter för beräkning av avgifter för äldre- och handikappsomsorgen 2007*

Socialstyrelsen, (2007a), *Kostnadsskillnader i äldreomsorgen. Vad beror de på*

Socialstyrelsen, (2007b), *Vård och omsorg om äldre. Lägesrapporter 2006*

Socialstyrelsen, (2007c), *Hälso- och sjukvård vid korttidsboenden för äldre*

Socialstyrelsen, (2007d), *Äldre – vård och omsorg år 2006. Kommunala insatser enligt socialtjänstlagen samt hälso- och sjukvårdslagen*, Socialtjänst 2007:3

Socialstyrelsen, (2007e), *Kundval inom äldreomsorgen*

SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*, Slutbetänkande av Upphandlingskommittén

SOU 2004:19, *Långtidsutredningen 2003/04*, Huvudbetänkande av Långtidsutredningen

SOU 2004:118, *Beviljats men inte fått*, betänkande av Utredningen om verkställighet av vissa gynnande kommunala beslut

SOU 2007:10, *Hållbar samhällsorganisation med utvecklingskraft*, slutbetänkande av Ansvarskommittén

SOU 2007:12, *Hälso- och sjukvården*, sekretariatsrapport från Ansvarskommittén

SOU 2007:37, *Vård med omsorg – möjligheter och hinder*, betänkande från Delegationen för mångfald inom vård och omsorg

Stockholms Stad, (2007), *Hemtjänsten i Stockholm – en enkät till brukarna hösten 2006*

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet, (2003), *Äldreomsorg och hälso- och sjukvård under 90-talet. Utveckling, omprövning, prioritering*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2005a), *Svensk sjukvård i internationell belysning – en jämförelse av vårdbehov, kostnader och resultat*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2005b), *Hälso- och sjukvården till 2030. Om sjukvårdens samlade resursbehov på längre sikt*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2005c), *Alternativ till rättighetslagstiftning inom kommunal vård och omsorg – vad behöver ändras och varför?*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2005d), *Aktuellt om äldreomsorgen. Oktober 2005*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2006a), *Vad kostar hemsjukvården i kommunerna? En metod att mäta hemsjukvårdens omfattning och kostnader Resultat från Jämtland och Värmland*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2006b), *Statistik om hälso- och sjukvård samt regional utveckling 2005. Verksamhet och ekonomi i landsting och regioner*

Sveriges Kommuner och Landsting, (2006c), *Ekonomirapporten. Om kommunernas och landstingens ekonomi – november 2006*

Söderström, L., F., Andersson, P.G., Edebalk och A., Kruse, (2001), *Välfärdspolitiska rådets rapport 2000. Privatiseringens gränser. Perspektiv på välfärdspolitiken*, SNS Förlag

Tirole, J., (1997), *The Theory of Industrial Organisation*, MIT Press

Vårdföretagarna, (2006), *Patienträttigheter i Sverige och övriga Norden*

Intervjuer

Kallin, I., Båvik, R., och Sundelin, E., omvårdnadsförvaltningen i Solna stad, *intervjuanteckning avseende 2007-03-01*, aktbilaga 3 till Konkurrensverkets dnr 21/2007

Bengtsson, G., socialtjänstens äldreenhet i Nacka, *intervjuanteckning avseende 2007-03-23*, aktbilaga 4 till Konkurrensverkets dnr 21/2007

Henriksson, A., Landstingskontoret i Hallands län landsting, *intervjuanteckning avseende 2007-04-27*, aktbilaga 7 till Konkurrensverkets dnr 21/2007

Bilaga 1 Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlingsreglerna? – docent Tom Madell

Sammanfattning och slutsatser.....	126
1 Inledning.....	131
1.1 Terminologi.....	133
2 Bakgrund.....	135
2.1 Valfrihetsmodeller och kundvalssystem.....	135
2.2 Koncession och auktorisation – tillstånd och godkännande.....	140
3 Vem är huvudman för en verksamhet och vem sluter egentligen avtal med vem?.....	141
3.1 Huvudmannaskap inom vård och omsorg.....	141
3.2 Sammanfattande kommentar	146
4 Kundvalsmodeller inom andra rättsområden – en jämförelse.....	147
4.1 Närmare om legalt kundvalsförfarande inom skolan.....	147
4.1.1 Friskolor	147
4.1.2 Förskoleverksamhet, förskoleklass och skolbarnomsorg	149
4.2 Fria vårdval inom hälso- och sjukvård – en liten utblick.....	156
4.2.1 Allmänt om privatiseringen på hälso- och sjukvårdens område	156
4.2.2 Sjukvårdens ansvar och fria vårdval	158
4.3 Sammanfattande kommentar	161
5 EG-rättsliga regler av betydelse för kundvalsmodellen.....	163
5.1 Statsstödsreglerna.....	163

5.2	Upphandlingsdirektiven	165
5.3	In house/ex house	165
5.4	Upphandlingar under tröskelvärdena och s.k. B-tjänster	167
5.5	Sammanfattande kommentar	168
6	Svenska upphandlingsregler	169
6.1	Upphandlingar under tröskelvärdena samt B-tjänster	169
6.2	Upphandlingsförfaranden enligt 15 kap. lagförslaget till nya upphandlingsregler.....	172
6.2.1	Förenklat förfarande	173
6.2.2	Urvalsupphandling	174
6.3	Förfrågningsunderlaget vid upphandlingar enligt 15 kap.	175
6.4	Tidsfrister.....	176
6.5	Annonsering m.m.....	177
6.6	Uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande	177
6.7	Vilket anbud skall antas?.....	178
6.8	Sammanfattande kommentar	181
7	Går det att använda sig av ramavtal vid kundvalsmodellen?	182
7.1	Syftet med att använda ramavtal	183
7.2	De nya reglerna om ramavtal	185
7.3	Sammanfattande kommentar	189
8	Direktupphandling	190
8.1	Förutsättningarna för en direktupphandling	190
8.2	Direktupphandling och valfrihetsmodeller	194
8.3	Sammanfattande kommentar	195
9	Valfrihetsmodeller – en nordisk utblick.....	197
9.1	Närmare om frit valg i Danmark.....	197

9.2	Sammanfattande kommentar	201
-----	--------------------------------	-----

Sammanfattning och slutsatser

Kommunen är enligt socialtjänstlagen (2001:453) huvudman för vård- och äldreomsorgen. Till skillnad från vad som exempelvis gäller friskolor enligt skollagen (1985:1100) anses dock inte enskilda utförare vara huvudmän när driften av en verksamhet överlämnats till dem. Kommunen har enligt socialtjänstlagen möjlighet att genom avtal överlåta driften av verksamheten på annan, men till följd av sitt huvudmannaskap anses den ha ett sådant ålagt ansvar för verksamheten att villkoren för ett överlåtande endast kan regleras genom ett avtal mellan huvudmannen/kommunen och utföraren/leverantören. Någon uttrycklig möjlighet att – i likhet med vad som gäller en enskild förskola som av kommunen beviljats tillstånd att med stöd av skollagen bedriva förskoleverksamhet – välja mellan att lämna bidrag till en enskilt bedriven verksamhet eller att via ett entreprenadavtal köpa in en tjänst enligt förfarandereglererna i lagen om offentlig upphandling föreligger heller inte.

En auktorisering eller ett godkännande av en leverantör av exempelvis hemtjänst kan ses som en option att i framtiden köpa en tjänst från just den utföraren. Att beställningen av tjänsten sedan sker "på omvägar" genom en brukare som utrustats med en voucher spelar ingen roll; köpet sker mellan kommunen och den enskilde utföraren när en brukare väljer att utnyttja sin valmöjlighet till att välja denne som sin tjänsteleverantör. Skälet är att det *de facto* är kommunen som är skyldig att bedöma ett visst behov hos en brukare för att sedan tillhandahålla den service som fastställts genom beslutet. Om inte kommunen själv vill leverera servicen inom ramen för sin egenförvaltning har den möjlighet att sluta avtal med en extern leverantör om leverans. Oavsett om det är brukaren själv som väljer en auktoriserad tjänsteleverantör eller om kommunen skulle anvisa ett privat alternativ, så är det mellan kommunen och leverantören som avtalsrelationen uppkommer.

Såväl äldreomsorg som skolverksamhet klassificeras som B-tjänster enligt de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven och omfattas således inte av de förfaranderegler som följer av direktiven. Däremot omfattas även konkurrensutsättning av B-tjänster av EG-fördragets allmänna grundprinciper, exempelvis reglerna om etableringsfrihet, likabehandling och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 43 och 49 EG-fördraget m.fl.

Vidare gäller för svenskt vidkommande att såväl lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som de föreslagna lagarna om offentlig upphandling reglerar alla typer av inköp av varor och tjänster, både över och under tröskelvärdena samt B-tjänster. Såväl socialtjänst som utbildning faller som nämnts in under kategorin B-tjänster. För skolområdet finns en speciallagstiftning som möjliggör en kundvalsmodell och som – i sin egenskap av speciallagstiftning – medför att lagen om offentlig upphandling inte blir tillämplig på dessa områden. För äldreomsorgen finns ingen sådan speciallagstiftning varför det blir svårt att använda kundvalsmodellen på det sistnämnda området utan att ett offentligt upphandlingsförfarande används för att välja ut de leverantörer som brukaren har att välja mellan. Så länge inte någon speciallag uttryckligen stadgar något annat förfarandesätt, till exempel att en viss verksamhet omfattas av det offentlighetsrättsliga bidragssystemet såsom är fallet inom skolområdet, måste utgångspunkten vara att sådana tjänster skall bli föremål för ett anbudsförfarande enligt de förutsättningar som följer av lagen om offentlig upphandling.

Ett lämpligt upphandlingsförfarande skulle i sådana fall kunna vara att använda sig av parallella ramavtal med flera olika leverantörer. Ett problem är dock att det i enlighet med artikel 32.4(d) i det nya upphandlingsdirektivet 2004/18/EG vid parallella avtal måste finnas på förhand fastställda tilldelningskriterier som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop. En sådan reglering föreslås också uttryckligen införas i de nya lagarna om offentlig upphandling. En sådan ordning, eller fördelningsnyckel, skall alltså bestämmas så att den leverantör som vid parallella ramavtal lämnat det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget – alltid utnyttjas i första hand. Först om den bäst rankade inte kan leverera får man avropa från dem som kommer längre ned i rangordningslistan. Görs ingen rangordning strider det mot kravet på affärsmässighet och konkurrensneutralitet.

En sådan utgångspunkt skiljer sig markant från det sätt på vilket parallella ramavtal tidigare har ansetts kunna användas i Sverige, dvs. som en utan rangordning upprättad lista över tillgängliga leverantörer. Ett användande av ramavtal, såsom förfarandet ser ut enligt upphandlingsdirektivet och som också föreslagits i de nya lagförslagen om offentlig upphandling, skulle därför fortsättningsvis inte lämpa sig särskilt väl för ett kundval eftersom den ordning enligt vilken avrop skall göras från leverantörerna skall vara fastställd på förhand. En sådan rangordning måste också anses gälla för den brukare som skall få del av en leverantörs tjänster.

Det är i samband med analyser av kundvalsmodeller viktigt att påminna om att det vid ett flertal tillfällen påpekats att frågan bör utredas för att sedan regleras i lag. Sålunda fann upphandlingskommittén att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem utan borde regleras i särskild ordning, särskilt avseende äldreomsorg, eftersom ett kundvalssystem ofta innefattar en skyldighet att genomföra ett upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling.¹ Regeringen uttalade därefter vid införandet av nya upphandlingsregler att kundvals- eller vårdgivarsystem inom bland annat äldreomsorg och sjukvård borde utredas särskilt.² Även utredningen om Vårdens ägarformer – vinst och demokrati underströk att förutsättningarna för vårdgivaravtal m.m. inom till exempel äldreomsorgen borde utredas i särskild ordning.³

¹ Se SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, s. 333–335.

² Se prop. 2001/02:142, s. 86.

³ Se SOU 2003:23, Vårda vården, s. 121 och s. 160, samt SOU 2003:91, Äldrepolitik för framtiden.

Vidare har Nämnden för offentlig upphandling rörande frågan om hur kundvalssystem förhåller sig till reglerna för offentlig upphandling konstaterat att det för närvarande endast kan "sägas att graden av den upphandlande enhetens inblandning får avgöra huruvida transaktionen är att beteckna som ett ömsesidigt kontrakt med ekonomiska villkor eller någon annan form av överenskommelse. I de fall en kommun tillhandahåller en lista på leverantörer, dvs. väljer dem som får tillhandahålla tjänsterna samt garanterar betalningen, uppstår det ett kontrakt mellan kommunen och leverantören, även om det är kommuninvånaren som väljer vilken av de anvisade leverantörerna som skall anlitas. Sådan blir situation framför allt när det är fråga om obligatoriska uppgifter för en kommun, såsom tillhandahållande av förskoleverksamhet eller äldreomsorg. Det finns dock fall när en kommuninvånare erhåller en check som får användas för vissa tjänster även utanför den egna hemkommunen, såsom fotvård. Sådana är närmast att beteckna som en form av individuellt bistånd till den enskilde och omfattas sannolikt inte av reglerna om offentlig upphandling. Härutöver finns andra typer av kundvalssystem i vilka kommunens ansvar för tjänstens tillhandahållande är delat eller inte lagstadgat och dessa är svårare att bedöma."⁴

För att kunna använda sig av kundvalsmodeller inom äldreomsorgen måste förutsättningarna för detta enligt min mening regleras genom lag, till exempel genom liknande regler som gäller för elevers möjligheter att välja skola, oberoende av om den bedrivs i kommunal regi eller om det rör sig om en friskola, dvs. låta den här typen av kundval omfattas av det offentliga bidragssystemet.

En första variant på en sådan lagstiftningsåtgärd är att i likhet med Danmark införa en särskild författning om valfrihetsmodeller.⁵ En

⁴ Nämnden för offentlig upphandlings yttrande till Socialdepartementet angående promemorian Kommunal befogenhet att tillhandahålla hushållsnära tjänster till äldre (dnr S2005/8833/ST), 2005-12-14, dnr 2005/0244-22, s. 2.

⁵ Det finns dock skäl att påminna om att en lagändring är på gång i Danmark, vilket också kan komma att medföra förändringar avseende frit valg-modellen så som den ser ut idag.

annan variant skulle vara att i socialtjänstlagen införa ett liknande system som det som gäller för bidrag till förskolor och skolbarnomsorg enligt 2 a kap. skollagen. Effekterna av ett sådant system skulle i praktiken påminna om det föregående alternativet. En tredje variant skulle kunna vara att reglera kundvalsmodellen som en särskild form av förenklad upphandling eller att uttryckligen ange i lagen att direktupphandling är tillåten vid kundvalsmodeller.

Det centrala vid en lagstiftning på området är som anfördes ovan att de allmänna gemenskapsrättsliga principerna iakttas och att konkurrensneutralitet uppnås. För att säkra kvaliteten av de tjänster som erbjuds och för att öka möjligheterna för brukarna att välja den leverantör som bäst skulle passa dennes behov bör också olika kontrollmöjligheter övervägas samt någon form av *benchmarking* av de alternativ som finns, oavsett om de tillhandahålls i offentlig eller i privat regi.⁶

En författningsreglering på området skulle också ha den stora fördelen att de kommuner som väljer att använda kundvalsmodeller agerar på ett likartat sätt och inte själva behöver uppfinna mer eller mindre lyckade kundvalsmodeller. En sådan reglering skulle också sätta punkt för debatten om kundvalsmodellens laglighet. Oavsett vilket av de tre ovan nämnda alternativen som är att föredra är det centrala att vi får en uttrycklig lagreglering på området

⁶ För en allmän diskussion om servicestrategier och kvalitetsgarantier, se exempelvis Tom Madell, Kvalitetsgarantier inom kommunal verksamhet, SvJT 2002, s. 483–513, samt Tom Madell, From the Citizen's Charter to Public Service Guarantees – the Swedish Model, 11 European Public Law [2005], s. 261–282.

1 Inledning

Konkurrensverket har genom ett regleringsbrev fått i uppdrag att presentera en rapport som behandlar regelverk av betydelse för företagande inom offentlig sektor med särskild inriktning på vård och omsorg. Av särskilt intresse är regelverk som innehåller hinder vilka kan hämma utvecklingen av entreprenörskap. Rapporten skall innehålla en sammanställning av vad som gjorts på området avseende relevant lagstiftning som till exempel lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och andra regelverk av betydelse. Verket skall i rapporten lämna förslag till åtgärder. Rapporten skall överlämnas till Regeringskansliet (Näringsdepartementet) senast den 1 juli 2007.

Konkurrensverket har därefter gett undertecknad i uppdrag att klargöra om användningen av kundvals-system med auktorisation – den s.k. Nackamodellen – inom vård- och omsorgssektorn är förenlig med upphandlingsreglerna. Analysen skall göras mot bakgrund av såväl det svenska regelverket som relevanta EG-direktiv.⁷

Om det i analysen fastställs att kundvalsmodellen inte är tillämpbar i lagens mening på det aktuella området skall förslag lämnas för hur gällande legala förutsättningar kan ändras för att göra modellen tillämpbar. Härvid skall en jämförelse med vad som gäller inom skolområdet göras och det skall fastställas om, och i så fall varför, det finns anledning att från legal synpunkt se annorlunda på verksamhet inom skolväsendet – avgränsat till förskole-, grund- och gymnasieskoleverksamhet – i förhållande till äldreomsorg.

Uppdraget innefattar med andra ord att analysera användandet av kundvals-system i förhållande till reglerna rörande offentlig upp-

⁷ Märk att det anförts att begreppet auktorisation egentligen inte är korrekt att använda, eftersom den här typen av tillståndsgivning inte är lagreglerad, se SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, s. 240.

handling och de rättsliga komplikationer som eventuellt kan uppstå i anslutning till sådana lösningar inom vård- och omsorgssektorn.

Häri innefattas inledningsvis frågan om det faktum att utförare av vård- och omsorgstjänster blir auktoriserade står i överensstämmelse med lagen om offentlig upphandling, eller om användandet av ett kundvalssystem är att se som ett köp från kommunens sida till följd av att kommunen är huvudman för verksamheten och därför rätteligen borde upphandlas. En viktig fråga att utreda blir härvid bland annat vem som kan anses vara den enskilde tjänsteleverantörens motpart – kommunen som auktoriserar leverantörerna och efter en behovsbedömning i det enskilda fallet fördelar kundvalskuponger till brukaren av tjänsten, eller brukaren som själv väljer en enskild tjänsteleverantör i stället för en offentlig.

Om det visar sig att kundvalsmodellen strider mot upphandlingsreglerna blir en följdfråga hur en sådan upphandling egentligen skall göras och om en sådan skyldighet att upphandla är avhängligt av EG-direktiven eller om det är så att lagen om offentlig upphandling går längre i detta avseende än vad som gäller enligt de EG-rättsliga kraven.

Om det skulle visa sig att kundvalsmodellen kan anses strida mot gällande upphandlingsregler blir nästa fråga hur lagstiftaren skulle kunna åtgärda dessa brister. Om det till exempel visar sig att kundvalsmodellen utan direkt stöd i lag borde bli föremål för ett upphandlingsförfarande uppstår frågan om lagstiftaren har möjlighet att genom lag föreskriva att det inom de nu aktuella områdena går att använda auktorisation som ett alternativ till upphandling av offentliga kontrakt. Som en jämförelse kan nämnas att en sådan lösning valts vad gäller friskolor där skollagen i praktiken ger en möjlighet till auktorisation av friskolor genom Skolverkets försorg.

Uppdraget består således att utifrån det svenska regelverket och tillämpliga EG-rättsliga regleringar utreda och klarlägga rättsläget samt ge förslag på hur eventuella hinder vilka kan hämma

utvecklingen av entreprenörskap i det befintliga regelverket skulle kunna åtgärdas.

1.1 Terminologi

När ett offentligt organ skall köpa in en vara, tjänst eller byggtreprenad används två olika benämningar på dessa i de nya förslagen till lagar om offentlig upphandling. Inom den klassiska sektorn används benämningen upphandlande myndighet medan upphandlande enhet används inom försörjningssektorn. Lagrådet har förordat att genomgående använda det sedan tidigare etablerade begreppet upphandlande enhet, eftersom det organ som genomför ett upphandlingsförfarande även kan ha formen av ett bolag, en förening eller en stiftelse. Jag har därför valt att använda begreppet *upphandlande enhet*, trots att förevarande framställning behandlar frågor som faller in under den klassiska sektorn. På samma sätt har jag i enlighet med lagrådets rekommendationer valt att använda begreppet *upphandling* vad gäller själva upphandlingsförfarandet och alla moment som ingår däri, medan begreppet tilldelning av kontrakt får avse den upphandlande enhetens beslut i fråga om val av leverantör.⁸

Som en generell benämning på de olika typer av inköp av varor, tjänster och byggtreprenader som görs av en upphandlande enhet har jag som en gemensam benämning valt att använda begreppet *offentliga inköp*. I enlighet med den terminologi som tidigare använts har jag avseende ramavtal valt att använda begreppet *avrop* när den upphandlande enheten väljer att beställa en vara från en leverantör som omfattas av ett ramavtal. Orsaken är att det i vissa fall kan verka förvirrande att använda det begrepp som föreslagits i förslagen om de nya upphandlingslagarna, nämligen kontrakt, eftersom det i så fall föreligger en risk för sammanblandning med den tilldelning av ett kontrakt som äger rum efter ett avslutat upphandlingsförfarande

⁸ Se lagrådets yttrande över lagrådsremissen om ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2007-02-07, s. 5.

– i synnerhet som lagrådet föreslagit att begreppet kontrakt i det sistnämnda fallet skall användas som en enhetlig beteckning i stället för offentligt kontrakt.⁹ Samma terminologi skulle därmed kunna användas på två skilda företeelser.

⁹ Se lagrådets yttrande över lagrådsremissen om ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2007-02-07, s. 5.

2 Bakgrund

2.1 Valfrihetsmodeller och kundvalssystem

Såväl Sveriges kommuner och landsting (f.d. Svenska kommunförbundet)¹⁰ som Konkurrensverket¹¹ har i olika sammanhang berört förutsättningarna för valfrihetsmodeller eller kundvalssystem. Kundvalsmodellen går ut på att vårdtagare, elever, föräldrar osv. ges möjlighet att själva välja vilken utförare de vill ha som tjänsteleverantör vid tillhandahållandet av en viss tjänst. Det kan konstateras att valfrihets- eller kundvalsmodeller används inom flera olika områden med delvis olika förutsättningar, till exempel inom barnomsorg, barn- och ungdomsvård, skola, handikapp- och äldreomsorg. Ibland följer förutsättningarna av lag – till exempel enligt skollagen – och ibland inte – till exempel vid äldreomsorg.

Om man skall försöka placera in valfrihetsmodellen – eller kundvalssystem med enskild utförare – i en rättslig kontext så ingår den i det område som brukar kallas ”privat drift med offentlig finansiering”. Här återfinns även kommunala bolag, kommunala driftentreprenader samt köp av enstaka tjänster. Det kommunala huvudmannskapet bibehålls i regel, men kan även i vissa situationer, vid till exempel bidragsfinansierad enskild förskoleverksamhet, ligga hos enskild. Sådan bidragsfinansierad enskild verksamhet bedrivs inte på uppdrag av kommunen men föreligger när enskild tilldelas kommunala bidrag eller annat stöd för verksamheten.¹²

¹⁰ Se Svenska kommunförbundet, Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar, 2001.

¹¹ Se till exempel Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, Vårda och skapa konkurrens; vad krävs för ökad konsumentnytta?, 2002, samt Konkurrensverkets rapportserie 2006:4, Konkurrensen i Sverige 2006, s. 166–186. I den sistnämnda rapporten finns även ekonomiska överväganden om i vilka situationer den ena eller den andra modellen är att föredra.

¹² Sådan kommunal bidragsgivning enligt är oftast att anse som kommunala beslut, vilka grundar sig på den allmänna kommunala kompetensregeln. Som exempel kan t.ex. nämnas

Inom det specialreglerade området har kommunen bland annat möjlighet att utge bidrag till enskild förskoleverksamhet. De närmare villkoren för att bidrag skall utgå regleras oftast i ett s.k. samverkansavtal, även om något konkret uppdragsförhållande inte föreligger mellan parterna. Kommunerna lämnar i stor utsträckning bidrag till enskilda organisationer med verksamhet inom specialreglerade områden utan någon direkt skyldighet till detta föreligger enligt lag. Inom den ideella sektorn kan nämnas bl.a. frivilligt socialt arbete och annan enskild verksamhet vilken till viss del kan finansieras genom kommunala bidrag. Den här typen av verksamhet bedrivs ofta av föreningar och kooperativ. Det centrala är att verksamheten inte bedrivs på uppdrag av kommunen och att kommunen inte är huvudman för verksamheten. Om det vare sig föreligger ett uppdrag eller ett huvudmannaskap är kommunen inte skyldig att infordra anbud för driften av verksamheten.¹³

Gränsen mellan bidragsgivning och entreprenadavtal kan i vissa fall vara svår att dra. Skulle bidraget till huvudsaklig del i realiteten avse ersättning för fullgörandet av uppgifter för kommunens räkning blir verksamheten att betrakta som en entreprenad driven kommunal verksamhet där en offentlig upphandling skall göras. Sådana fall kan vara när en förening inom det icke-specialreglerade området "övertar" driften av viss verksamhet, t.ex. simhall eller fritidsgård, och verksamheten till övervägande del är till för andra än föreningens medlemmar.¹⁴

Det har sedan länge framhållits att enskilda utförare kan anlitas inom ramen för ett kundvals-system som en alternativ driftsform och sedan början av 1990-talet har olika försök gjorts med kundvals-

rättsfallet *RH 15:84*, enligt vilket allmän domstol inte var behörig att pröva frågan om kommunalt bidrag till en idrottsklubb.

¹³ Se Thomas Hallgren, Ingegärd Hilborn & Lena Sandström, *Kommunala driftentreprenader; Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur*, 1997, s. 19.

¹⁴ Se Thomas Hallgren, Ingegärd Hilborn & Lena Sandström, *Kommunala driftentreprenader; Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur*, 1997, s. 34 f.

modeller inom bland annat äldreomsorgen. Syftet är att kunden skall ha valfrihet att välja mellan de olika producenter av service som kan finnas på marknaden. Rent praktiskt går det till så att kunden utrustas med en legitimation och ett antal kuponger/checker, eller vouchers, som mot uppvisande ger denne rätt till viss service hos den tjänsteleverantör man valt.

Vad gäller kommunernas prövning av utförare sker detta i huvudsak på två sätt. För det första kan kommunen använda sig av en offentlig upphandling för att välja ut lämpliga entreprenörer och för det andra kan den använda ett certifieringssystem (auktorisation). I det sistnämnda fallet uppmanas privata utförare att lämna in en intresseanmälan till kommunen.¹⁵ De privata utförare som i enlighet med den kravlista som kommunen uppställt blir auktoriserade, jämföras med kommunens egna utförare och att deras lämplighet prövas utifrån i förväg fastställda kriterier.

Själva auktorisationen innebär inte i sig något avtal, men genom intresseanmälan från privata utövare och auktorisation ligger underförstått att en brukare kan vända sig till denne och betala för den service som denne får med den check som kommunen tillhandahållit och att kommunen genom detta åtagit sig att lösa in den check som brukaren lämnat till den privata utföraren. Auktorisationen är därför snarast att se som en form av kommunal tillståndsgivning eller godkännande som i förlängningen innebär en option till framtida tjänsteleveranser. Auktorisationen utgör alltså inte i sig något entreprenadavtal och den förefaller ofta ha uppfattats som ett beslut som fattas med stöd av den kommunala kompetensen, varefter kommunen beviljar "tillstånden" för de tjänsteleverantörer som önskar utföra den aktuella tjänsten. Det har dock i litteraturen framhållits att den

¹⁵ Se Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:6, Kvalitetskonkurrens och kundval inom kommunal äldreomsorg, 2006. En certifiering förutsätter att utföraren uppfyller de på förhand uppställda kriterierna. I vissa situationer sker inte någon prövning av utförare, till exempel vid personlig assistans inom handikappomsorgen, där personer med funktionshinder väljer sin personliga assistent.

här typen av tjänster omfattas av upphandlingsreglerna i lagen om offentlig upphandling.¹⁶

Som en utgångspunkt gäller att om det är fråga om ett avtalsförhållande mellan ett offentligt organ och ett i förhållande till detta fristående rättssubjekt, till exempel ett företag som skall leverera en tjänst eller en vara, så är upphandlingsreglerna tillämpliga. Den inledande frågan att besvara blir således om kundvalsmodellen innebär att ett avtal sluts mellan kommunen som den som tillhandahåller tjänsten eller inte. En anknytande fråga blir om kommunen kan anses vara huvudman för verksamheten eller inte.

Svenska kommunförbundet¹⁷ har anfört att lagen om offentlig upphandling inte kan anses vara tillämplig när valfriheten avser leverantörer som ändå skulle kunna innefattas av det offentlighetsrättsliga bidragssystemet, till exempel privat förskoleverksamhet där kommunen inte är huvudman för verksamheten. Kommunen skulle i dessa fall nämligen inte vara tvungen att reglera relationen med tjänsteleverantören genom ett avtal, eftersom kommunen primärt inte är ansvarig för tjänsteinnehållet. Det bör dock framhållas att olika typer av "samverkansavtal" ändå oftast ingås med den enskilda förskola som erhåller bidrag från kommunen.

I de fall verksamheten inte omfattas av det offentliga bidragssystemet och kommunen är huvudman för verksamheten anses dock kommunen behöva träffa avtal med tjänsteleverantören om de prestationer som skall utföras, för att på ett effektivt sätt kunna

¹⁶ Se Thomas Hallgren, Ingegärd Hilborn & Lena Sandström, *Kommunala driftentreprenader; Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur*, 1997, s. 22 f., Ds 1994:50, *Valfrihetsrevolution i praktiken*, s. 25 ff., samt Tom Madell, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, 1998, s. 201. Jfr emellertid SOU 1994:139, *Ny socialtjänstlag*, s. 532.

¹⁷ Se Svenska kommunförbundet, *Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar*, 2001.

kontrollera avvikelser i kvalitet osv.¹⁸ Kommunförbundet har därför inte ansett det vara möjligt att uppfylla lagens krav inom de områden där det föreligger ett kommunalt huvudmannaskap enligt socialtjänstlagen om en kommun underlåter att sluta ett avtal med tjänsteleverantörerna om till exempel kvalitetsnivåer. Sådana avtal kan heller inte slutas utan att de föregås av ett upphandlingsförfarande.

Det bör också erinras om att även Upphandlingskommittén i sitt betänkande framhöll att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem och att frågan därför bör utredas ytterligare.¹⁹ Även om det inte finns någon skyldighet för en kommun att konkurrensutsätta sin egenregiverksamhet, kan ett upphandlingsförfarande ställa till problem om kommunen ändå väljer att konkurrensutsätta den i konkurrens med privata alternativ. Vid konkurrensutsättning av egenregiverksamheten finns alltid en risk att den blir utkonkurrerad av privata anbudsgivare, samtidigt som kommunens obligatoriska huvudmannaskap för verksamheten kvarstår. I det perspektivet kan ett system som bygger auktorisation vara en smidigare lösning för kommunerna även om kommunens egenregiverksamhet även vid ett kundvalsförfarande i praktiken kan bli utkonkurrerad av de andra alternativen.²⁰ Samtidigt är det av central betydelse om det i dagsläget över huvud går att ha ett sådant system eller om man måste använda sig av ett upphandlingsförfarande för att följa gällande lagstiftning.

¹⁸ Kommunens kompetens att sluta avtal med en enskild tjänsteleverantör följer uttryckligen av 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453).

¹⁹ Se SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, s. 25 och s. 333 ff.

²⁰ Se Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:6, Kvalitetskonkurrens och kundval inom kommunal äldreomsorg, 2006, s. 54 f.

2.2 Koncession och auktorisation – tillstånd och godkännande

När en enskild utövare skall tillhandahålla offentlig service krävs vanligen någon form av godkännande av dennes verksamhet eller i vissa fall ett tillstånd från en statlig myndighet att bedriva verksamheten, till exempel grundskola. När tillståndsgivningen sker med stöd av lag och inte har en direkt koppling till finansieringen kan det sägas föreligga en koncession. I de fall kommunen själv är den som skall pröva en utövares lämplighet att utföra en viss uppgift – i vissa fall i enlighet med de krav som är uppställda enligt lag – talar man i regel om godkännande eller auktorisation.²¹ Det bör dock påpekas att terminologin inte är helt konsekvent och att det anförts att begreppet auktorisation skall reserveras för lagreglerad tillståndsgivning, dvs. i praktiken synonymt med begreppet koncession i ovanstående betydelse.²² Oavsett om begreppen auktorisation och koncession går att använda synonymt eller inte vid tillståndsgivning kan vi konstatera att det utan stöd av uttryckliga lagregler i vart fall går att använda begreppet (kommunalt) godkännande.

²¹ Se Svenska kommunförbundet, Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar, 2001, s. 35.

²² Se SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, s. 240.

3 Vem är huvudman för en verksamhet och vem sluter egentligen avtal med vem?

3.1 Huvudmannaskap inom vård och omsorg

För svenskt vidkommande ligger ansvaret för den enskildes grundtrygghet inom vård och omsorg samt för personer med funktionshinder enligt uttrycklig reglering i socialtjänstlagen och lagen (2006:492) om kommunal befogenhet att tillhandahålla service-tjänster åt äldre respektive lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade hos kommunerna. Grundläggande är att kommunen i egenskap av huvudman inte kan fransäga sig ansvaret för vare sig drift eller finansiering av verksamhet som den enligt speciallagstiftningen är skyldig att tillhandahålla. Vid avtal om överlämnande av kommunala uppgifter till enskilda utförare framgår, mot bakgrund av 11 kap. 6 § 3 st. regeringsformen, av bland annat 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900), 2 kap. 5 § socialtjänstlagen och 17 § 1 st. lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, att sådant överlämnande får göras utan särskilt lagstöd så länge uppgiften inte innefattar myndighetsutövning. Detta får till följd att kommunen inte utan stöd i lag har några möjligheter att överlämna en uppgift som gäller kommunen ålagd myndighetsutövning. Detsamma gäller de fall där kommunen har ett obligatoriskt huvudmannaskap, s.k. ålagt ansvar enligt exempelvis socialtjänstlagen, eller för de uppgifter som enligt kommunallagen skall utföras inom ramen för den kommunala förvaltningen.²³

Även om en kommun enligt lag är skyldig att ansvara för tillhandahållandet av viss verksamhet kan alltså sådana uppgifter i stor utsträckning utföras av enskilda. Så är fallet på det s.k. förväntade ansvarsområdet. I 2 kap. 5 § socialtjänstlagen stadgas att kommunen

²³ Se Lena Marcusson, Mot en ny kommunalrätt, 1992, s. 122 f.

får sluta avtal med annan om att utföra kommunens uppgifter inom socialtjänsten. Det ankommer samtidigt på länsstyrelsen att bevilja tillstånd till enskild som vill yrkesmässigt vill bedriva verksamhet i form av hem för vård och boende eller liknande former av boenden, 7 kap. 1 § socialtjänstlagen. Socialtjänstlagen stadgar alltså att för det fall att utförandet av en viss tjänst, som skall tilldelas med stöd av lagen, skall utföras av enskild så skall överlämnandet ske i form av ett entreprenadavtal. Kommunen har därför inte i socialtjänstlagen något uttryckligt stöd för något annat alternativ än att upphandla dessa tjänster i enlighet med lagen om offentlig upphandling.

Enligt socialtjänstlagen skall kommunen bevilja bland annat hemtjänstinsatser så att brukaren kan tillförsäkras en skälig levnadsnivå. Dessa insatser kan omfatta såväl hushållsservice – till exempel städning och inköps hjälp – som personlig omvårdnad – till exempel fysiska och sociala behov. Vid stora vårdbehov kan kommunen erbjuda omvårdnad och service i s.k. särskilt boende. Det råder ingen tvekan om att kommunen enligt socialtjänstlagen är huvudman för den här typen av verksamhet när en brukare vänt sig till kommunen för att få sitt behov tillgodosett, oavsett om kommunen väljer att själv tillhandahålla den service som erfordras eller om tjänsten tillhandahålls av en extern tjänsteleverantör inom ramen för ett kundvalssystem eller inom ramen för ett entreprenadförhållande efter en genomförd offentlig upphandling. Den enskilde tjänsteleverantören bör därför ses som en uppdragstagare som mot ett kommunalt vederlag tillhandahåller tjänsten. Därigenom uppkommer ett avtalsförhållande mellan kommunen och tjänsteleverantören.²⁴

Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade utgör ett komplement till socialtjänstlagen. Som anfördes ovan får en kommun enligt 17 § 1 st. lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade med bibehållet ansvar sluta avtal med annan att

²⁴ Se närmare SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, s. 240–245.

tillhandahålla insatser enligt lagen, så länge dessa inte innefattar myndighetsutövning. Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade omfattar personer med utvecklingsstörning och andra varaktiga psykiska eller fysiska funktionshinder. En förutsättning för att en enskild entreprenör skall anses vara lämplig att tillhandahålla de insatser som kan bli föremål för ett avtal – daglig verksamhet, korttidstillsyn, korttidsvistelse, boende i familjehem eller bostad med särskild service – är enligt 23 § lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade att verksamheten godkänts av länsstyrelsen.²⁵ Även här finns alltså ett uttryckligt lagstöd för vem som kan ge den enskilde utövaren en auktorisation att bedriva verksamheten och på vilka grunder detta skall ske.

Skulle allvarliga missförhållanden föreligga inom den enskilt bedrivna verksamheten kan länsstyrelsen enligt 24 § lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade återkalla tillståndet. Innan återkallelse kan tillgripas bör det emellertid vara fråga om allvarliga missförhållanden, som inte rättats till efter ett föreläggande av länsstyrelsen. Om ett återkallande av tillståndet sker upphör också en av förutsättningarna för avtalet mellan kostnadsansvarig kommun och den som bedriver verksamheten. Genom att inte uppfylla de krav som ställts på verksamheten har den enskilde gjort sig skyldig till avtalsbrott och avtalet kan därför hävas. Däremot behöver ett eventuellt avtalsbrott, som inte hänför sig till de krav som uppställts för att bevilja tillståndet att bedriva verksamheten, inte leda till att detta återkallas. Man skulle alltså kunna tänka sig fall där avtalsbrottet, utan att kunna hänföras till den del av verksamheten som är tillståndspliktig, anses vara av så allvarlig karaktär att avtalet kan hävas. Den enskilda verksamheten skulle då fortfarande ha tillstånd att bedriva den aktuella verksamheten men skulle, i brist på avtal med någon kommun, inte ha någon som nyttjade dess tjänster.

För att uppfylla lagens krav på att personer med omfattande och varaktiga funktionshinder skall garanteras goda levnadsvillkor

²⁵ Se prop. 1992/93:159, s. 101 f. och s. 186.

genom olika typer av stöd är en viktig del i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade är den reglering som bland annat omfattar personliga assistenter, kontaktpersoner och korttidsvistelse utanför hemmet. Vad gäller personliga assistenter är det brukaren själv som bestämmer när och hur assistansen skall ges, vilket kan regleras på olika sätt. Dels kan personen få assistans genom kommunens försorg, dels kan personen få ekonomiskt stöd och på så sätt själv vara arbetsgivare eller anlita annan alternativ utförare för att tillgodose behovet av assistans. Assistans som understiger 20 timmar per vecka beviljas och ersätts av kommunen medan statlig assistansersättning utgår enligt lagen (1993:389) om assistansersättning om hjälpbehovet överstiger 20 timmar per vecka.

Även äldre, dvs. personer över 65 år, har rätt till personlig assistans enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade om insatsen beviljats innan personen uppnått pensionsåldern.²⁶ I oktober 2006 hade 4 000 personer 65 år och äldre, dvs. cirka 0,25 % av den åldersgruppen, stöd (av totalt 55 800) enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Personlig assistans utgör dock endast en liten del av det bistånd som beviljas och totalt hade 3 700 personer personlig assistans i oktober 2006.²⁷ Cirka en tredjedel av assistenterna har kommunen som arbetsgivare, medan endast en mindre del av dem som är berättigade till personlig assistans har valt att själva vara arbetsgivare.²⁸ I det sistnämnda fallet utgår alltså bidrag till brukaren för att denne själv skall vara arbetsgivare. I det fallet, dvs. en situation som omfattas av det offentliga bidragssystemet, borde det därför också vara så att kommunen inte kan anses vara huvudman för verksamheten – i likhet med till exempel skolområdet.

²⁶ Se prop. 2000/01:5.

²⁷ Se Socialstyrelsen, Funktionshindrade personer – insatser enligt LSS år 2006, statistik socialtjänst 2007:2, s. . Se även Sveriges Kommuner och Landsting, Aktuellt om äldreomsorgen; november 2006.

²⁸ Se Per Gunnar Edebalk och Marianne Svensson, Kundval för äldre och funktionshindrade i Norden; konsumentperspektivet, Nordiska Ministerrådet, 2005, TemaNord 2005:507, s. 47.

Konkurrensverket har avseende valfrihetsmodellen och upphandlingsreglerna anfört att lagen om offentlig upphandling "skall tillämpas när ett avtal sluts mellan en upphandlande enhet (beställaren) och en i förhållande till denna juridiskt fristående person, till exempel mellan en kommun och en leverantör... Vid tillämpningen av valfrihetsmodellen är den viktigaste frågan om det ingås ett avtal mellan nämnda parter eller snarare om det inte är en nödvändig förutsättning att träffa avtal för att kommunen skall kunna svara för att berörda tjänster utförs enligt givna krav. ... Av betydelse är om kommunen är huvudman för verksamheten, dvs. har ansvaret för att tjänsteutbudet svar mot givna krav."²⁹

Såväl Svenska kommunförbundet som Konkurrensverket förefaller i ovan angivna arbeten vara eniga om att lagen om offentlig upphandling inte är tillämplig i de fall valfriheten omfattar producenter som omfattas av det offentliga bidragssystemet. Ett sådant förhållande förutsätter dock att kommunen inte är huvudman för verksamheten och att ersättning skall utgå enligt givna förutsättningar. Som typexempel på verksamheter som omfattas av valfrihetsmodellen anges barnomsorg och förskoleklass.³⁰ För de fall kommunen är huvudman för verksamheten måste det dock föreligga någon form av avtalsförhållande med tjänsteleverantören för att säkerställa service- och kvalitetsnivåer etc. Utan uttryckligt stöd för annat kan en sådan överenskommelse inom till exempel äldreomsorg inte göras utan att den föregås av ett upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling.³¹

²⁹ Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, Vårda och skapa konkurrens; vad krävs för ökad konsumentnytta?, 2002, s. 180 f. Se även a.a. s. 215, not 255.

³⁰ Se Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, Vårda och skapa konkurrens; vad krävs för ökad konsumentnytta?, 2002, s. 215, not 255.

³¹ Se även Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, Vårda och skapa konkurrens; vad krävs för ökad konsumentnytta?, 2002, Bilaga 2 (författad av Per Gunnar Edebalk och Marianne Svensson).

Situationen blir dock en annan för det fall att kundvalsituationen inte föregås av ett biståndsbeslut. Det finns exempelvis tjänster på den fria marknaden som subventioneras av bland annat välfärds-politiska skäl. Ett sådant exempel är ett generellt skatteavdrag för hushållsnära tjänster eller att vissa kategorier av brukare får möjlig-het att köpa dessa tjänster till ett subventionerat pris. Sådana vari- anter förekommer i bland annat Danmark och Finland; i dessa situa- tioner kan inte kommunen anses vara huvudman för verksamheten. En sådan situation präglas också av andra, mera renodlade mark- nadsmässiga förutsättningar, än vad som är fallet vid inom gängse kundvalsmodeller.³²

3.2 Sammanfattande kommentar

Kommunen är huvudman för äldreomsorgen enligt socialtjänstlagen, medan enskilda utförare, i motsats till vad som till exempel gäller friskolor enligt skollagen, inte är det på det aktuella området. Kom- munen har å andra sidan enligt socialtjänstlagen möjlighet att genom avtal överlåta driften av verksamheten på annan. Kommunerna har dock till följd av sitt obligatoriska huvudmannaskap ett sådant ansvar för verksamheten att villkoren för ett överlåtande endast kan regleras genom ett avtal mellan huvudmannen/kommunen och utföraren/tjänsteleverantören.

I likhet med vad som anfördes i avsnitt 2 kan en auktorisering ses som en option att i framtiden köpa en tjänst från en viss utförare. Att ett sådant köp sedan sker på omvägar genom en brukare som utrus- tats med en voucher spelar ingen roll, köpet sker mellan kommunen och den enskilde utföraren när en brukare väljer att utnyttja sin val- möjlighet till att välja den sistnämnde som sin tjänsteleverantör på de områden där kommunen har ett obligatoriskt huvudmannaskap för verksamheten.

³² Se Per Gunnar Edebalk och Marianne Svensson, Kundval för äldre och funktionshindrade i Norden; konsumentperspektivet, Nordiska Ministerrådet, 2005, TemaNord 2005:507, s. 33.

4 Kundvalsmodeller inom andra rättsområden – en jämförelse

4.1 Närmare om legalt kundvalsförfarande inom skolan

4.1.1 Friskolor

Av 1 kap. 3 § skollagen (1985:1100) följer att det vid sidan av de skolformer som anordnas av det allmänna och där kommunerna – förskoleklass och grundskola – eller kommunerna och landstingen – gymnasieskolan – är huvudmän för verksamheten kan finnas skolor som anordnas av enskilda fysiska eller juridiska personer, s.k. fristående skolor. Fristående skolor finns inom grundskolan, specialskolan, gymnasieskolan och särskolan. Ärenden om godkännande av fristående skolor som motsvarar grundskolan eller särskolan prövas av Statens skolverk enligt 9 kap. 1 § 2 st. skollagen, medan godkännande av fristående skolor som motsvarar specialskolan enligt 9 kap. 1 § 3 st. skollagen prövas av styrelsen för specialskolan.

Den svenska friskolereformen går ut på att eleverna – eller föräldrarna – har möjlighet att fritt välja mellan olika skolor. Såväl kommunala som privata skolor konkurrerar därför om eleverna. Man kan säga att det rör sig om en ekonomiskt sett artificiell marknad eftersom dessa skolor inte finansierar sin verksamhet med skolavgifter, utan av en skolpeng som betalas av den kommun där eleven – om denne inte gjort ett aktivt val till en friskola – skulle ha deltagit i undervisningen vid någon av de kommunala skolorna. Den konkurrens som finns mellan de olika skolorna bygger alltså på kvalitetsaspekter och olika specialinriktningar.³³

³³ Eftersom konkurrensen alltså inte tar sikte på kostnaderna kan därför området – ur ett ekonomiskt perspektiv – klassificeras som en s.k. kvasimarknad.

Av 9 kap. 6 § skollagen framgår att likvärdiga ekonomiska förutsättningar skall gälla för såväl kommunal skolverksamhet som friskoleverksamhet. En godkänd fristående skola som motsvarar grundskolan skall av Statens skolverk enligt 1 st. förklaras berättigad till bidrag som motsvarar kommunens kostnad för den undervisning den själv bedriver. För varje elev som genomgår utbildning motsvarande den som ges i grundskolan lämnas enligt 3 st. bidrag av hemkommunen. Bidraget skall bestämmas med hänsyn till skolans åtagande och elevens behov efter samma grunder som kommunen tillämpar vid fördelning av resurser till de egna grundskolorna. Motsvarande bestämmelser gäller för en godkänd fristående skola som motsvarar sarskolan, 9 kap. 6 a § skollagen. Om en fristående skola får bidrag enligt 9 kap. 6 eller 6 a §§ skollagen skall såväl den utbildning som bedrivs som de skolmåltider som serveras också vara avgiftsfri för de elever som bidraget avser.

För gymnasieskolan gäller motsvarande ersättningsregler enligt 9 kap. 8–8 e §§ skollagen. Även i dessa fall skall den utbildning som bedrivs enligt 6 kap. 10 § skollagen vara avgiftsfri för de elever som bidraget avser.

Sådana friskolor utgör alltså inte en del av det offentliga skolväsendet för vilket kommunen är huvudman. Ett undantag avseende kommunens skyldighet att utge bidrag gäller för de fristående skolor för vilka regeringen har beslutat om att statsbidrag skall utgå för verksamheten genom särskilda föreskrifter eller andra särskilda beslut. I dessa fall, eller om den enskilde huvudmannen skriftligen avstått från medelstilldelning, gäller inte bestämmelserna om kommunala bidrag till verksamheten, 9 kap. 6 § 4 st. skollagen.³⁴

Av förarbetena till bestämmelsen framgår att en fristående skola skall inordnas i samma resursfördelningssystem som de kommunala

³⁴ Se även Thomas Hallgren, Ingegärd Hilborn & Lena Sandström, *Kommunala driftentreprenader; Konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur*, 1997, s. 19 f.

skolorna. "Fristående skolor skall, utifrån sina kostnader, få ersättning för den utbildning de erbjuder och vad som hör till utbildningen, dvs. skolans åtagande. ... Kommunerna skall ur bidragssynpunkt behandla de fristående skolorna på samma sätt som om eleverna funnits i den kommunala grundskolan."³⁵ En friskola har med andra ord rätt till ersättning för sin verksamhet efter samma grunder som kommunen tillämpar vid fördelning av resurser till de egna grundskolorna. Dessa fristående skolor står under tillsyn av Statens skolverk.

Av 1 § lagen (1993:802) om entreprenadförhållanden inom skolan följer att kommuner och landsting får sluta avtal med en enskild fysisk eller juridisk person om att denne skall bedriva viss undervisning inom gymnasieskolan. I 3 § stadgas om uppgiften att bedriva undervisning med stöd av lagen överlämnas till en enskild, får också den myndighetsutövning som hör till uppgiften överlämnas. I de fall som omfattas av denna lag måste kommunen anses ha kvar sitt huvudmannaskap för verksamheten, men i de situationer vi har att göra med fristående skolor enligt vad som redovisats ovan är varje enskild fristående skola huvudman för den verksamhet som bedrivs vid skolan.

4.1.2 Förskoleverksamhet, förskoleklass och skolbarnomsorg³⁶

Det är kommunernas ansvar att planera, organisera och administrera förskoleverksamhet och skolbarnomsorg.³⁷ För barn som är bosatta i Sverige och stadigvarande vistas i en kommun, skall sådan verk-

³⁵ Se prop. 1995/96:200, s. 75.

³⁶ För nedanstående avsnitt, se närmare Tom Madell, Det allmänna som avtalspart, 1998, bland annat s. 218–226.

³⁷ Se även prop. 1997/98:6, s. 35.

samhet bedrivs till och med tolv års ålder, 2 a kap. 1 § skollagen.³⁸ Barn som fyllt ett år men som inte uppnått skolpliktig ålder skall efter begäran erbjudas plats i förskola eller familjedaghem i den omfattning det behövs med hänsyn till barnets eget behov eller vårdnadshavarnas förvärvsarbete eller studier, 2 a kap. 6 § skollagen.³⁹ Varje kommun ansvarar för att det inom dess område finns förskoleverksamhet, skolbarnsomsorg och förskoleklass, men verksamheten kan även anordnas av enskilda, 2 a kap. 1 § 1 st. och 2 b kap. 2 § skollagen.

Kommunen skall efter det att vårdnadshavare anmält behov av plats inom förskoleverksamhet eller skolbarnsomsorg "utan oskäligt dröjsmål" själv erbjuda plats eller hänvisa barnet till motsvarande plats i ett privat alternativ, 2 a kap. 7 § 1 st. och 2 st. skollagen.⁴⁰

Den sexårsverksamhet som bedrivits inom ramen för förskolan bildar en egen skolform inom det offentliga skolväsendet, vilken benämns förskoleklass. Barn skall anvisas plats i förskoleklass från och med höstterminen det år de fyller sex år och förskolan skall omfatta minst 525 timmar per år, 2 b kap. 2 § skollagen. Det är dock frivilligt för barn att delta i verksamheten och avgift får endast tas ut för den tid som överstiger 525 timmar eller för barn som är yngre än sex år.⁴¹

³⁸ Se prop. 1997/98:6, s. 82. De övergripande målen för förskoleverksamhet har fastställts vara, att genom pedagogisk verksamhet, där omsorg, fostran och lärande integreras, ge barnen stöd och stimulans för deras sociala, känslomässiga och intellektuella utveckling samt bidra till goda uppväxtvillkor, att ge barn med behov av särskilt stöd i sin utveckling den omsorg som deras speciella behov kräver, att underlätta för föräldrarna att förena studier och förvärvsarbete med vården och ansvaret för sina barn, att öka föräldrarnas valfrihet att välja mellan olika alternativ och därigenom öka deras inflytande över barnens omsorg och att utforma stöd och regleringar så att ekonomisk effektivitet uppnås i verksamheten. Se prop. 1993/94:11, s. 23, prop. 1997/98:6, s. 54, prop. 1997/98:93, s. 20–23 samt SOU 1997:157, s. 123–141.

³⁹ Se även prop. 1997/98:6, s. 54 och s. 83.

⁴⁰ Se även prop. 1997/98:6, s. 54 f. och s. 83.

⁴¹ Se även prop. 1997/98:6, s. 39–44, och s. 85 samt bet. 1997/98:UbU5, s. 12.

Vad gäller olika former av förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg så har kommunerna inget rättsligt monopol, utan uppgiften är obligatorisk i den omfattning skollagen anger. Även förskoleverksamheten kan därför bedrivas i olika privaträttsliga organisationsformer. När kommunala barndagvårdare sköter barn i det egna hemmet, s.k. familjedaghem, har å andra sidan inte uppgiften överlämnats till någon enskild i någon egentlig mening eftersom de anses vara kommunala arbetstagare. Så länge kommunen är huvudman för barnomsorgen har den det övergripande ansvaret för planering, organisation, drift och finansiering. Begreppet kommunal förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg anses därför även innefatta entreprenad driven verksamhet som drivs på uppdrag av kommunen – till skillnad från enskild förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg, där någon annan än kommunen är huvudman. Ibland ser man begreppet alternativ förskoleverksamhet och skolbarnsomsorg, vilket får anses innefatta såväl entreprenad driven kommunal verksamhet som enskild verksamhet.

Av 2 a kap. 5 § skollagen följer att kommunens uppgifter inom förskoleverksamheten och skolbarnsomsorgen fullgörs av den eller de nämnder som kommunfullmäktige bestämmer, men att kommunen får sluta avtal med någon annan om att utföra kommunens uppgifter inom förskoleverksamheten och skolbarnsomsorgen. Genom ett sådant avtal får till exempel en kommun tillhandahålla tjänster åt en annan kommun. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får dock inte överlämnas. Bestämmelsen stadgar alltså att kommunen genom avtal också har möjlighet att lägga över driften av verksamheten på någon annan utövare. Kommunen har dock i dessa fall kvar huvudmannaskapet för verksamheten. Motsvarande gäller för förskoleklass enligt 2 b kap. 2 § 3 st. skollagen.

Av 2 a kap. 13 § 1 st. skollagen följer också att ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ som yrkesmässigt vill driva en förskola eller ett fritidshem skall ha tillstånd till detta av den kommun där verksamheten skall bedrivas, men att ett sådant tillstånd inte behövs för sådan verksamhet som kommunen genom

avtal enligt 5 § 2 st. har överlämnat till en enskild att utföra, dvs. om verksamheten bedrivs på entreprenad. Motsvarande gäller för förskoleklass enligt 2 b kap. 6 § 3 st. skollagen.⁴²

För utbildning som motsvarar förskoleklass för den typ av friskolor som avses i 9 kap. 1 § 2 st. skollagen prövas dock ärenden om godkännande av Statens skolverk, 2 b kap. 6 § 2 st. skollagen. Ett sådant tillstånd dock inte heller här i de fall kommunen genom avtal enligt 2 b kap. 2 § 3 st. har överlämnat till en enskild att utföra, dvs. om verksamheten bedrivs på entreprenad, 2 b kap. 6 § 3 st. skollagen.

I 2 a kap. 17 § 1 st. skollagen stadgas att kommunen skall lämna bidrag till sådan enskild förskoleverksamhet och enskild skolbarnomsorg som fått tillstånd att bedriva sådan verksamhet. Motsvarande gäller förskoleklasser enligt 2 b kap. 10–10 e §§ skollagen.

Kommunen har alltså med stöd av lag getts två alternativ vad gäller enskild förskoleverksamhet, förskoleklass och enskild skolbarnomsorg. Antingen kan kommunen ge tillstånd till enskild att bedriva sådan verksamhet som uppfyller uppställda krav på kvalitet osv., varefter den lämnar bidrag till verksamheten, eller så kan man efter ett genomfört offentligt upphandlingsförfarande sluta entreprenadavtal med en enskild leverantör av dessa tjänster.

Den enskilt bedrivna verksamheten står under kommunens löpande tillsyn och inspektionsrätt, 2 a kap. 15 § skollagen. Som krav för att bidrag till verksamheten skall ges uppställs att den enligt 2 a kap. 3 § skollagen genom pedagogisk verksamhet erbjuder barn god fostran och omvårdnad, 2 a kap. 17 § skollagen.⁴³ För detta erfordras

⁴² Det ansågs vara lämpligt att det är kommunen som lämnar tillstånd till verksamhetens bedrivande, eftersom det även är kommunen som bestämmer om bidrag skall lämnas till verksamheten eller inte. Se prop. 1997/98:6, s. 58 f. och s. 84, samt bet. 1997/98:UbU5, s. 21 f. och s. 24 ff.

⁴³ Se även prop. 1997/98:6, s. 53 ff. och s. 83 f. I vissa fall reglerar speciallagstiftning olika typer av skolformer, till exempel vad gäller same-, special- och särskolor. Se bland annat 2 kap. 3 §

utbildad personal eller personal med sådan erfarenhet att dessa behov tillgodoses. Barngruppen skall även ha en lämplig sammansättning och lokalerna skall vara ändamålsenliga. Avgiftssystemet inom enskilt bedriven verksamhet måste inte utformas på samma sätt som inom kommunens förskoleverksamhet, men den enskilt bedrivna verksamheten får inte ha avgifter som är oskäligt höga. Det bidrag som ges till verksamheten får inte på ett oskäligt sätt avvika från kommunens kostnad per barn i motsvarande kommunalt bedriven verksamhet. Det föreligger dock ingen skyldighet för kommunen att lämna bidrag till familjedaghem, kompletterande förskoleverksamhet eller öppen fritidsverksamhet i privat regi.⁴⁴

Enskild förskoleverksamhet är oftast beroende av kommunalt stöd för att verksamheten skall kunna bedrivas.⁴⁵ Sådant bidrag får kommunen möjlighet att lämna till enskild enligt 2 a kap.17 § skollagen om verksamheten anses utgöra ett kommunalt intresse. Likställighetsprincipen medför dock att de som kommer i åtnjutande av bidraget måste behandlas likvärdigt. Bidraget bör heller inte på ett oskäligt sätt avvika från kommunens kostnad per barn i egen bedriven verksamhet.

Man måste alltså göra en åtskillnad mellan entreprenaddriven förskoleverksamhet och enskild, eller privat, förskoleverksamhet. I det sistnämnda fallet bedrivs i regel verksamheten av en ideell eller ekonomisk förenings medlemmar som startat och bedriver verksamheten för i huvudsak medlemmarnas räkning. Något uppdragsförhållande mellan kommunen och den enskilt bedrivna verksamheten föreligger inte och kommunen är därför i dessa fall inte huvudman för verksamheten. Eftersom det inte anses föreligga något

sameskolförordningen (1995:205). Dessa anses efter avtal med kommunen även kunna fullgöra kommuns uppgift inom förskole- och fritidshemsverksamheten. Se prop. 1997/98:6, s. 45.

⁴⁴ Se prop. 1993/94:11, s. 48 f., bet. 1993/94:SoU11, s. 15 f., prop. 1994/95:61, s. 33 ff., samt bet. 1994/95:SoU8, s. 13 f.

⁴⁵ Se även SOU 1994:139, s. 534.

uppdrafsförhållande behöver kommunen heller inte inleda ett upphandlingsförfarande, eftersom kommunen i dessa fall inte köper någon tjänst.

Oavsett det anses föreligga ett uppdrafsförhållande eller inte i dessa fall så måste det ändå i praktiken vara så att en enskild utför något som även ligger inom kommunens huvudmannaskap – dvs. om inte förskoleplatserna tillhandahålls av ett privat alternativ skulle kommunen vara ansvarig för att tillhandahålla förskoleplatser – och för detta utgår ett ekonomiskt bistånd som i praktiken skall täcka kostnaderna för verksamheten. Det kan därför vara svårt att dra gränsen mellan förskoleverksamhet som bedrivs på entreprenad och bidragsfinansierad enskild förskoleverksamhet. Dessutom förekommer olika typer av blandformer. Som utgångspunkt kan dock antas att det rör sig om ett entreprenadförhållande om det föreligger någon form av uppdrag från kommunens sida och detta vid en sammanlagd bedömning visar sig dominera förhållandet. Det rör sig i dessa fall inte om något bidrag för att bedriva verksamheten utan om ersättning för utförd arbetsprestation. Det föreligger i dessa fall ett avtalsförhållande mellan parterna.

Skillnaden mellan entreprenad driven och enskild förskoleverksamhet kan alltså sammanfattas på följande sätt. Vid ett uppdrafs- eller entreprenadavtal har kommunen ett bestämmande inflytande över placeringar, föräldraavgifter, öppethållandetider, kvalitetskrav, profil, verksamhetens lokalisering och något överlämnade av myndighetsutövning får inte göras. Ersättning utgår för utförd prestation. Vidare skall verksamheten i dessa fall konkurransutsättas enligt de regler som gäller för upphandling av B-tjänster enligt 6 kap. lagen om offentlig upphandling. Det juridiska ansvaret för verksamheten kvarstår hos kommunen.

När det gäller bidragsfinansierad enskild verksamhet föreligger ett samverkansavtal mellan kommunen och den enskilt bedrivna verksamheten där villkoren för att bidraget skall utgå regleras. I dessa fall tar den enskilde huvudmannen initiativet till verksamheten och

bestämmer om placeringar, medlemsavgifter, öppethållandetider, profil och lokalisering av verksamheten för att huvudsakligen tillgodose behovet för de barn som genom föräldrarnas medlemskap har rätt till placering vid verksamheten. Huvudmannen har ansvaret för att de krav som föreligger enligt lagstiftning och de krav som kommunen uppställt för att bidrag skall utgå efterlevs och uppfylls. Huvudmannen saknar också inflytande över hur stort bidrag som kommunen skall utge och villkoren för detta. Sådan verksamhet skall inte upphandlas och någon myndighetsutövning förekommer inte i förhållandet mellan den enskilde huvudmannen och vårdnadshavarna. Placering av barn i verksamheten, avgifter och frågor om avstängning grundar sig helt och hållet på någon form av avtalsförhållande, till exempel medlemskap i ett föräldrakooperativ. Kommunen saknar vidare juridiskt ansvar för verksamheten.

I båda fallen har emellertid kommunen en omplaceringskyldighet i förhållande till föräldrarna om verksamheten skulle upphöra, eftersom kommunen enligt skollagen är skyldig att tillhandahålla förskoleplatser. Förskoleområdet kan med andra ord anses utgöra ett legalt kundvals-system där lagstiftaren gett kommunerna en rätt att välja mellan att utge ekonomiskt bidrag till enskilda förskolor eller att ingå ett entreprenadavtal med en enskild leverantör i enlighet med reglerna om offentlig upphandling.

I praktiken blir emellertid skillnaden inte så tydlig; i båda fallen "betalar" kommunen en enskild tjänsteleverantör för att tillhandahålla en tjänst som kan nyttjas av en kommunmedlem. Lagstiftaren har dock uttryckligen valt två olika vägar för att kanalisera medel från den offentliga sektorn till den enskilda; ett legalt kundvalsförfarande i form av bidragsfinansierad enskild verksamhet och entreprenadmodellen. Eftersom en sådan specialreglering finns måste den anses gå före förfarandereglererna i lagen om offentlig upphandling, eftersom man på nationell nivå har rätt att införa de bestämmelser man vill vid offentliga inköp under de tröskelvärden som anges i upphandlingsdirektiven eller vid s.k. B-tjänster.

4.2 Fria vårdval inom hälso- och sjukvård – en liten utblick

4.2.1 Allmänt om privatiseringen på hälso- och sjukvårdens område

I likhet med socialrättens område kodifierades möjligheten att lägga ut verksamhet där det enligt lag föreligger ett kommunalt eller landstingskommunalt ansvar på entreprenad inom en rad områden i början av 1990-talet. Som exempel på lagar där en sådan möjlighet uttryckligen infördes kan nämnas hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), tandvårdslagen (1985:125) och lagen (1991:1136) om försöksverksamhet med kommunal primärvård.⁴⁶ Något lagstöd för ett överlämnande av myndighetsutövning saknas emellertid i lagarna, vilket gör att bestämmelsen i 11 kap. 6 § 3 st. regeringsformen även i dessa lagar sätter gränserna för överlämnande av myndighetsutövning. På hälso- och sjukvårdens område leder detta till att det vård- och kostnadsansvar som åvilar sjukvårdshuvudman i förhållande till kommunmedlem eller vårdtagare aldrig kan överlåtas till privat vårdgivare. Samtidigt måste sjukvårdshuvudmannens övergripande ansvar särhållas från det rent medicinska ansvaret.

Till följd av den mängd olika regler som gällt inom hälso- och sjukvården de senaste 15 åren med husläkarreformer⁴⁷ och stopplagar för överlämnande av bland annat akutsjukvård och vinstdrivande sjukhus kan framställningen inte göra anspråk på att vara heltäckande. Därtill är hälso- och sjukvårdsområdet alltför mångfacetterat och antalet situationer som på ett eller annat sätt regleras av övergångsbestämmelser och så vidare allt för stort. De ändringar som skett under 2000-talet redovisas dock i korthet.

⁴⁶ Se prop. 1992/93:43.

⁴⁷ Se lagen (1993:588) om husläkare, vilken upphörde att gälla den 1 januari 1996.

I prop. 2000/01:36, Sjukhus med vinstsyfte, föreslogs en lag om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus. Den inskränkning som föreslogs var formulerad så, att uppgiften att ansvara för driften av akutsjukhus inte fick överlämnas till den som avsåg att driva verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Lagrådet påpekade att det i lagrådsremissen inte hade diskuterats om målet att bevara grunden för den allmänna hälso- och sjukvården, som skulle vara demokratiskt styrd, solidariskt finansierad och given utifrån behov kunde nås på något annat sätt än genom det föreslagna förbudet mot att överlämna driftsansvar för akutsjukhus. Det var enligt lagrådet svårt att se att inte ett landsting, som träffar avtal om sådant överlämnande, skulle kunna villkora avtalet genom regler som skulle tillgodose att målet uppnås. Lagrådet hade flera invändningar mot förslaget och ansåg sammanfattningsvis att dessa var så betydande att lagrådet inte kunde tillstyrka det.⁴⁸

I det förslag som regeringen sedan förelade riksdagen gjordes lagen, till skillnad från förslaget i lagrådsremissen, tidsbegränsad. Regeringens bedömning var att allas rätt till en god hälso- och sjukvård var av sådan väsentlig betydelse för välfärden i landet som helhet att statliga åtgärder i detta fall borde kunna komma ifråga. Inskränkningen i landstingens självstyrelse, som dessutom föreslogs bli tidsbegränsad, fick därför anses godtagbar.⁴⁹ Lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan trädde i kraft den 1 januari 2001 och gällde till utgången av år 2002.

I prop. 2004/05:145, Driftsformer för offentligt finansierade sjukhus, föreslogs på nytt bestämmelser som inskränker landstingens möjligheter att genom avtal med någon annan överlämna driften av hälso- och sjukvård som ges vid sjukhus. I propositionen pekade

⁴⁸ Se prop. 2000/01:36, s. 30 ff.

⁴⁹ Såväl konstitutionsutskottet, ytr. 2000/01:KU7y, som socialutskottet, bet. 2000/01:SoU6, ställde sig bakom förslaget.

regeringen på att förslaget inskränkte den kommunala självstyrelsen genom att landstingen inte fritt skulle kunna bestämma hur deras verksamhet skulle bedrivas eller hur verksamheten skulle organiseras, men att detta, såvitt avsåg regionsjukhus och regionkliniker, måste ställas mot det nationella intresset av att stärka samordningen och bibehållandet av den högspecialiserade vården och att inskränkningen därför var godtagbar. Såvitt gällde övriga sjukhus gjordes bedömningen att allas rätt till en god hälso- och sjukvård var av sådan betydelse att inskränkningen även i detta avseende var godtagbar.⁵⁰ Genom lagen (2005:534) om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) infördes de begränsningar som funnits i stopplagen till hälso- och sjukvårdslagen.

I prop. 2006/07:52, Driftsformer för sjukhus, har föreslagits att de bestämmelser i hälso- och sjukvårdslagen som inskränker landstingens möjligheter att överlämna driften av regionsjukhus, regionkliniker och övriga sjukhus till annan skall upphävas med verkan från och med den 1 juli 2007. Det blir därmed återigen möjligt att lägga ut driften av akutsjukvård på entreprenad, kravet på att sjukvården inte skall var vinstdrivande slopas i likhet med kravet på att landstingen måste driva minst ett sjukhus i egen regi. Överlämnandet skall emellertid ske med stöd av förfarandereglererna i lagen om offentlig upphandling. Enligt regeringen finns det inga bärande skäl för den inskränkning som i dag gäller för landstingens möjligheter att själva bestämma över hur hälso- och sjukvården skall drivas och organiseras.⁵¹

4.2.2 Sjukvårdens ansvar och fria vårdval

I 3 § 1 st. hälso- och sjukvårdslagen stadgas att varje landsting skall erbjuda hälso- och sjukvård av god kvalitet åt dem som är bosatta eller stadigvarande vistas inom landstinget. Samtidigt stadgas

⁵⁰ Se prop. 2004/05:145, s. 51 f.

⁵¹ Se prop. 2006/07:52, s. 10 f. Socialutskottet har tillstyrkt förslaget, bet. 2006/07SoU11.

uttryckligen att "[v]ad här sagts utgör inte hinder för annan att bedriva hälso- och sjukvård." Även om landstinget har det övergripande ansvaret för vården i förhållande till medborgarna finns det även privata vårdalternativ. I likhet med landstingen har kommunerna ett sjukvårdshuvudmannaskap på de områden som kommunerna ansvarar för enligt 18 § 1 och 3 st.

Av 3 § 3 st. hälso- och sjukvårdslagen följer att ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för enligt lagen, varvid de särskilda villkor som gäller för överlämnandet skall anges. Ett sådant överlämnande skall alltså regleras av ett entreprenadavtal som sluts med den som tilldelats kontraktet efter ett genomfört upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling. Motsvarande gäller enligt 18 § 5 st. för kommunens möjligheter att sluta avtal med någon annan om att de uppgifter som kommunen ansvarar för enligt hälso- och sjukvårdslagen.

När det finns flera olika behandlingsalternativ som står "i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet" skall landstinget enligt 3 a § 1 st. – och kommunen enligt 18 a § 1 st. – hälso- och sjukvårdslagen ge patienten möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar om det framstår som befogat med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan och med hänsyn till kostnaderna för behandlingen. Om det egna landstinget inte kan erbjuda erforderlig behandling har patienten enligt 3 a § 2 st. hälso- och sjukvårdslagen rätt till sådan behandling i ett landsting som har den möjligheten.

Vidare stadgas en skyldighet för landstinget att organisera primärvården på ett sätt som medför att alla som är bosatta inom landstinget får tillgång till och kan välja en fast läkarkontakt. Kravet är att läkaren har specialistkompetens i allmänmedicin. Landstinget får härvid inte begränsa den enskildes val till ett visst geografiskt område inom landstinget, 5 § 2 st. hälso- och sjukvårdslagen.

Sedan ett antal år – i vart fall sedan husläkarreformens tid i början på 1990-talet – har landstingen i de flesta fall infört ett omfattande system där patienterna själva kan välja vem som skall svara för vården, s.k. fritt vårdval. Varje landsting bestämmer själv formerna för och omfattningen av dessa system som också inkluderar den s.k. vårdgarantin. Med det sistnämnda menas olika erbjudanden som landstinget kan lämna avseende patientens möjligheter att få vård av någon annan vårdgivare om vården inte kan tillhandahållas inom det egna landstinget inom utlovad tid. Sådana vårdvalssystem ligger utanför de skyldigheter som följer av hälso- och sjukvårdslagen och fattas med stöd av den beslutanderätt som tillkommer varje enskilt landsting. Den här typen av insatser sker dock med statens goda minne och det görs årliga överenskommelser mellan staten och landstingen i samband med bestämningen av statsbidragens storlek.

Även om det inte uttryckligen framgår av hälso- och sjukvårdslagen anses valmöjligheterna ofta enbart gälla offentligt finansierad vård, dvs. vård som drivs av landsting eller privata vårdgivare som har vårdavtal med något landsting. Privatvård som inte omfattas av ett vårdavtal med ett landsting eller lagen (1993:1561) om läkarvårdserättning alternativt lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik omfattas därför huvudsakligen inte av patientens fria vårdval. Patientens möjligheter att få komma dit han eller hon vill beror givetvis också på den valda vårdgivarens möjligheter att ta emot. Patienten betalar patientavgift enligt de regler som gäller där vården ges.

Det kan dock finnas fall där en patient väljer en läkare som uppfyller rekvisiten i hälso- och sjukvårdslagen, men som saknar ett vårdavtal med landstinget. Enligt 6 kap. 2 § 2 st. lagen om offentlig upphandling anges att ett s.k. direktupphandlingsförfarande får användas om värdet av den vara eller tjänst det är fråga om är lågt eller om det finns synnerliga skäl och i förarbetena nämns sådana situationer som ett exempel på när en direktupphandling kan få göras. Se närmare nedan avsnitt 8.2.

4.3 Sammanfattande kommentar

Såväl socialtjänst som utbildning faller in under kategorin B-tjänster. För skolområdet finns en speciallagstiftning som möjliggör en kundvalsmodell och som medför att lagen om offentlig upphandling inte blir tillämplig på dessa områden.

En grundläggande skillnad mot äldreomsorgen är man inom skolväsendet uttryckligen har olika huvudmän, beroende på om verksamheten bedrivs i offentlig regi, dvs. i huvudsak kommunal men i vissa fall statlig, eller om den bedrivs i privat regi, dvs. i form av en friskola. Här finns alltså uttryckliga regler som gör att de friskolor som uppfyller de krav som gäller för verksamheten och som inte har av sagt sig rätten till ersättning också får ekonomiska bidrag för verksamheten på samma villkor som den kommunalt bedrivna skolan.

Vad gäller skollagen så bör framhållas att utbildning, i likhet med hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst, är s.k. B-tjänster som inte regleras av de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven. Det står alltså i viss utsträckning medlemsländerna fritt att reglera hur inköp av dessa tjänster utförs. Huvudregeln är enligt 6 kap. lagen om offentlig upphandling att B-tjänster skall upphandlas på samma sätt som vad gäller för upphandlingar av A-tjänster under tröskelvärdena. Lagstiftaren har dock valt att genom skollagen specialreglera vad som gäller vissa segment av utbildningsområdet, vilket gör att lagen om offentlig upphandling inte blir tillämplig i dessa delar.

Inte heller på hälso- och sjukvårdens område, vilket också faller in under kategorin B-tjänster, föreligger något uttryckligt lagstöd för att använda sig av ett kundvalsförfarande. Landstingen har emellertid infört ett fritt vårdval. Sådana vårdvalssystem ligger utanför de skyldigheter som följer av hälso- och sjukvårdslagen och fattas med stöd av den beslutanderätt som tillkommer varje enskilt landsting, där varje landsting självt bestämmer formerna för och omfattningen av dessa vårdvalssystem. I likhet med äldreomsorgen föreligger inte

heller inom hälso- och sjukvården något uttryckligt lagstöd för ett kundvalsförfarande. Samtidigt går det inte att helt sätta likhetstecken mellan socialtjänstens område och hälso- och sjukvårdens område; landstingen har förvisso ett ansvar för att se till att hälso- och sjukvård av god kvalitet tillhandahålls inom landstingen, men det finns även – i likhet med skolområdet – enskilda huvudmän på området.

Som en utgångspunkt torde dock även hälso- och sjukvården utan uttryckligt lagstöd för att använda kundvalsmodeller vara tvungna att följa det förfarande som följer av lagen om offentlig upphandling. Samtidigt har det i motiven anförts att i de fall en patient väljer en läkare som är verksam inom en huvudman som saknar ett vårdavtal med landstinget, kan det vara fråga om ett sådant synnerligt skäl som medför att en direktupphandling enligt 6 kap. 2 § 2 st. lagen om offentlig upphandling är tillåten.

5 EG-rättsliga regler av betydelse för kundvalsmodellen

5.1 Statsstödsreglerna

Det finns ett flertal situationer där det anses föreligga statsstöd på grund av att det allmänna köper utförande av allmännyttiga tjänster från privata leverantörer. Frågan ställdes på sin spets i målet *Altmark* där EG-domstolen utvecklade fyra villkor för bedömningen huruvida avtal om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med det offentliga kan anses innefatta statsstöd:⁵²

- a) För det första, om de tjänster som leverantören skall utföra inte har definierats ordentligt genom författning eller avtal.
- b) För det andra, om kriterierna för beräkning av ersättning inte har fastställts i förväg på ett objektvt och öppet sätt, dvs. det saknas begränsningar ifråga om förpliktelseernas omfattning, eller beräkning av ersättning, innebär alltså definitionsmässigt statsstöd.
- c) För det tredje, om ersättningen till tjänsteleverantören överstiger vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och rimlig vinst (överkompensation).
- d) För det fjärde måste det allmänna för att freda sig från ett antagande om statsstöd visa antingen att leverantören valts ut genom offentligt anbudsförfarande eller genom s.k. *benchmarking* visa att ersättningen motsvarar de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag skulle ha haft, innefattande rimlig vinst.

⁵² Se mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s I-7747, p. 88–94.

Nämnda praxis från EG-domstolen har stor betydelse för kommuner och landsting som upphandlar tjänster från den privata sektorn. Investeringar av statliga eller kommunala organ bör också regelmässigt analyseras i förhållande till EG:s statsstödsregler. Om ett offentligt organ gör en investering på motsvarande villkor som en privat investerare under marknadsmässiga förhållanden, är det inte fråga om statsstöd. Om det stödmottagande företaget är lönsamt eller inte är inte i sig av avgörande betydelse. Däremot skall frågan beaktas vid bedömningen av om den offentliga investeraren har agerat som en privat investerare i en marknadsekonomi eller om det mottagande företaget har beviljats ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor. I det senare fallet utgör investeringen statsstöd.⁵³ Nämnda praxis kring investeringar kallas på engelska *private investor principle* eller *market economy investor principle*.⁵⁴

De är alltså alltid viktigt att ha artiklarna 86–88 EG-fördraget⁵⁵ och deras restriktiva hållning till enskilda stödåtgärder i bakhuvudet och att artikel 87 EG omfattar stöd till såväl privata som offentligt ägda företag, oberoende av om stödet utgår direkt från kommunen eller om det ges av offentliga eller privata organ som utsetts eller inrättats av staten, kommuner och landsting.⁵⁶ Samtidigt bör framhållas att EG-rätten godtar stöd under vissa beloppsgränser – 200 000 € till ett företag under en treårsperiod – samt stöd som inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna eller snedvrider konkurrensen. För att minska EG-kommissionens administrativa börda har nämligen

⁵³ Se förenade målen T-228/99 och 233/99, *Westdeutsche Landesbank mot kommissionen*, REG 2003, s. II-435, p 207–210.

⁵⁴ Se Ben Slocock, *The Market Economy Investor Principle*, Competition Policy Newsletter No 2, June 2002, s. 23 ff.

⁵⁵ Märk dock att artikel 86 endast aktualiseras då undantag inte kan medges enligt kriterierna i *Altmark*, Jämför Kommissionens beslut (2005/842/EG) EGFT nr L 312, 29.11.2005, s. 67–73,

⁵⁶ Se till exempel mål C-482/99, *Frankrike mot kommissionen (Stardust Marine)*, REG 2002, s. I-4397, p. 53–56. Se närmare Bo Vesterdorf, *A Further Comment on the New State Aid Concept as this Concept Continues to be Reshaped*, 2005, s. 396.

den s.k. *de minimis*-regeln införts genom kommissionens förordning 1998/2006/EG om stöd av mindre betydelse.⁵⁷

Som framgår nedan anses s.k. B-tjänster enligt upphandlingsdirektiven utgöra tjänster som typiskt sett saknar betydelse för samhandeln mellan företag inom medlemsstaterna. Därmed är det inte självklart att statsstödsreglerna inte skulle kunna aktualiseras vid kundvalsmodeller inom dessa områden. Bestämmelserna om statsstöd och offentlig upphandling har olika syften och samhandelskriteriet skulle vid stöd, som inte kan anses vara av mindre ekonomisk betydelse, kunna vara uppfyllt vid tillämpningen av art. 87 vad gäller olika B-tjänster även om sådana tjänster typiskt sett inte ansetts vara lika lämpade för gränsöverskridande handel som A-tjänsterna.

5.2 Upphandlingsdirektiven

5.3 In house/ex house

Då en upphandlande enhet, i stället för att konkurrensutsätta driften av en viss verksamhet, väljer att i egen regi utföra de aktuella uppgifterna behöver någon offentlig upphandling givetvis inte genomföras. Om en uppgift kan skötas internt brukar man tala om *in house*-verksamhet. Vare sig gemenskapens regler om offentlig upphandling eller de allmänna EG-rättsliga principerna, kan enligt EG-domstolen aktualiseras då en myndighet väljer en sådan lösning.⁵⁸ *In house*-produktion omfattas alltså inte av gemenskapens upphandlingsregler, i motsats till vad som gäller angående s.k. *ex house*-produktion, och det står därför en kommun helt fritt att själv avgöra om den väljer att

⁵⁷ Se även Christian Koenig & Susanne Kiefer, *The Logic of Infrastructure Funding under EC State Aid Law*, 2004, s 393–398, samt Christian Koenig & Susanne Kiefer, *Public Funding of Infrastructure Projects under EC State Aid Law*, 2005, s. 415–424.

⁵⁸ Se mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 48.

konkurrensutsätta en verksamhet eller att tillhandahålla den i egen regi.

Någon definition av begreppet *in house* finns inte i direktiven, men en utgångspunkt är att det rör sig om *in house* om både beställaren och utföraren befinner sig inom samma juridiska enhet, till exempel om det rör sig om olika enheter inom en myndighet. En kommunal nämnd kan därför "köpa" en tjänst av en annan del av den kommunala förvaltningen utan att någon upphandling behöver aktualiseras. Även om en kommunal enhet låter en annan del av kommunen utföra en tjänst inom ramen för en beställar- och utförarmodell behöver således inte upphandlingsreglerna beaktas. Det rör sig med andra ord i dessa fall om en s.k. intraprenad. Skulle å andra sidan leverantören befinna sig utanför den kommunala enheten måste däremot upphandlingsreglerna som huvudregel följas.

Undantag från upphandlingsplikten kan medges om den upphandlande enheten har:

kontroll över det aktuella företaget motsvarande en sådan kontroll som man har över den egna verksamheten, och

leverantören utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande enheten.

Kriterierna som uppställs för att det skall rör sig om *in house* är inte helt klara. Några problem som måste beaktas är vilken typ av kontroll den upphandlande enheten skall kunna ha över leverantören, och vad som avses med huvuddelen av verksamheten. Dessa frågor är ännu inte besvarade. Något enkelt svar på frågan om en kommun kan köpa varor och tjänster från exempelvis ett kommunförbund utan att iaktta upphandlingsreglerna kan därför inte ges.

EG-domstolen har i mål C-26/03, *Stadt Halle*, däremot konstaterat att det aldrig kan röra sig om *in house* då en leverantör till viss del är privatägd, oavsett om den upphandlande enheten äger den allra

största delen av företaget. Inom EG-rätten utgår begreppet *in house* från instruktionsbefogenheten och har hämtats från bolagsrätten. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv är ett dotterbolag sålunda inte att betrakta som självständigt om moderbolaget har rätt att bestämma över dotterbolaget. Kan dotterbolaget agera på egen hand, såsom huvudsakligen är fallet vid kommunägda aktiebolag, är det däremot att betrakta som ett *ex house*-bolag.

5.4 Upphandlingar under tröskelvärdena och s.k. B-tjänster

Det är endast vid offentliga inköp av varor eller tjänster där det sammanlagda värdet överstiger ett visst tröskelvärde, vilket varierar beroende på vad för vara, tjänst eller byggentreprenad, som man avser att köpa in som gemenskapens upphandlingsdirektiv blir tillämpliga. Sverige har därför endast skyldighet att särskilt reglera offentliga inköp av varor och tjänster över dessa tröskelvärden. Inköp under tröskelvärdena faller därför också – såväl enligt de tidigare direktiven som enligt de nya direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG – utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Det innebär emellertid inte att dessa inköp i sin helhet faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. De upphandlande enheter som ingår sådana avtal är skyldiga att beakta EG-fördragets grundläggande bestämmelser, till exempel reglerna om etableringsfrihet, likabehandling och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 43 och 49 etc.⁵⁹

Det är inte bara inköp under tröskelvärdena som helt eller delvis faller utanför det EG-rättsliga regelverket. Det samma gäller för de s.k. B-tjänster som räknas upp i direktiv 2004/18/EG bilaga II avdelning B, vilka enligt direktivets artikel 21 endast är underkastade relativt få regler – artikel 32, artikel 34 samt artikel 43 –, exempelvis

⁵⁹ Se till exempel mål C-59/00, *Vestergaard*, REG 2001, s. I-9505, samt Andrea Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 253.

rätten att annonsera i den europeiska databasen Tenders Electronic Daily, TED,⁶⁰ även om någon sådan skyldighet egentligen inte föreligger. Även om den upphandlande enheten utnyttjar möjligheten att annonsera i TED så är den inte tvungen att följa de procedurregler som följer av upphandlingsdirektiven.

5.5 Sammanfattande kommentar

Såväl äldreomsorg som utbildning klassificeras som B-tjänster enligt de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven och omfattas således, med några få undantag, inte av dessa. Däremot omfattas även konkurrensutsättning av B-tjänster av de allmänna grundprinciperna om fri rörlighet av varor och tjänster och så vidare som följer av EG-fördraget. På samma skulle eventuellt även statsstödsreglerna kunna aktualiseras vid värden som överstiger den beloppsgräns som följer av *de minimis*-regeln.

⁶⁰ Se <http://ted.eur-op.eu.int/>.

6 Svenska upphandlingsregler

6.1 Upphandlingar under tröskelvärdena samt B-tjänster

De tröskelvärden som följer av de EG-rättsliga direktiven anger som anförts ovan under vilka villkor som medlemsstaterna är tvungna att reglera offentliga upphandlingar. Såväl enligt lagen om offentlig upphandling som enligt de nya upphandlingsdirektiven 2004/17/EG och 2004/18/EG finns därför ett antal tröskelvärden angivna som ett kriterium på om de EG-rättsliga reglerna om offentlig upphandling skall vara tillämpliga eller inte.⁶¹ För offentliga inköp under dessa tröskelvärden föreligger ingen skyldighet för medlemsstaterna att använda den upphandlingsprocedur som följer av direktiven. På nationell nivå har dock den svenske lagstiftaren valt att som huvudregel reglera alla offentliga inköp oavsett värde i 6 kap. lagen om offentlig upphandling samt 15 kap. i förslagen till de två nya upphandlingslagarna.⁶²

Som nämndes ovan är de tjänster som omfattas av upphandlingsdirektiven indelade i A- och B-tjänster där upphandlingsförfarandet vid inköp av A-tjänster över tröskelvärdet medför omfattande formkrav beträffande bland annat annonsering och tidsfrister. I likhet med vad som gäller för offentliga inköp under tröskelvärdena har den svenska lagstiftaren valt att reglera att även B-tjänster skall omfattas av det upphandlingsförfarande som följer av 6 kap. lagen om offentlig upphandling. Till B-tjänster räknas tjänster, vilka normalt

⁶¹ Se Peter Braun, A matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives, 9 Public Procurement Law Review [2000], s. 39 ff., samt Nanna-Louise Wildfang Linde, Udbudspligten – er der ingen grænser?, UfR 2004B, s. 90 ff.

⁶² Man bör ha i minnet att de upphandlingar och i dagsläget regleras i 6 kap. lagen om offentlig upphandling motsvarar ca 95 % av de upphandlingar som görs och ca 80 % av totalt upphandlat värde. Se lagrådets yttrande över lagrådsremissen om ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2007-02-07, s. 81. Se även NOU info mars 2007, s. 13.

lämpar sig mindre väl för gränsöverskridande handel, såsom utbildning, hälso- och sjukvård samt socialtjänster osv. Skälet till indelningen är att B-tjänster anses vara av ett begränsat intresse för anbudsgivare utanför en medlemsstats gränser. De tjänster som inte räknas upp som A-tjänster faller automatiskt in under kategorin B-tjänster.⁶³

Av 6 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling följer således för svenskt vidkommande att de upphandlingsregler som följer av 6 kap. lagen om offentlig upphandling skall tillämpas på s.k. B-tjänster samt upphandlingar under tröskelvärdena. Även om de gemenskapsrättsliga reglerna inte kräver av Sverige att reglera upphandlingar under tröskelvärdena eller B-tjänster har den svenska lagstiftaren valt att göra det. En sådan reglering skall som anförts även gälla enligt förslagen till nya lagar på området.⁶⁴ I många andra europeiska länder har man däremot valt att endast göra upphandlingsdirektiven till nationell rätt – så har till exempel tills nyligen varit fallet i Danmark – varför man i regel inte har några speciella regler för offentliga inköp under tröskelvärdena. Även för dessa medlemsstater är dock viktigt att iaktta de allmänna EG-rättsliga principerna. På något sätt, främst genom att följa de regler som finns i direktiven, måste därför den upphandlande enheten verka för att efterleva de krav på konkurrensneutralitet mellan olika leverantörer etc. som följer av upphandlingsdirektiven.

Genom att följa den svenska upphandlingslagstiftningen minimerar man risken att bryta mot någon av gemenskapens allmänna principer, dvs. främst principerna om fri rörlighet och icke-diskriminering m.m., vilka skall genomsyra all offentlig upphandling. Till skillnad från direktiven kan därför den svenska upphandlingslagstiftningen anses tillhandahålla i viss mån heltäckande regler.

⁶³ Se Simon Evers Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen, & Sune Troels Poulsen, EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 2005, s. 119.

⁶⁴ Se SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, s. 567–584, samt SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2, s. 235–275.

Offentliga inköp under tröskelvärdena och s.k. B-tjänster föreslås bli reglerade i 15 kap. i den nya klassiska upphandlingslagen. I kapitlet anges bland annat vilka av lagens övriga bestämmelser som skall tillämpas på offentliga inköp som inte omfattas av direktivet. Där- emot behöver inte alla de bestämmelser som normalt skall tillämpas iakttas varför förfarandet förenklas något vid de offentliga inköp som inte omfattas av direktivet, dvs. främst vid upphandlingar understigande tröskelvärdena eller vid upphandling av B-tjänster.

Vilka tjänster som är s.k. B-tjänster framgår av bilaga 3 till den klassiska lagen, till exempel:

- Hotell- och restaurangtjänster,
- Järnvägstransport,
- Sjötransport,
- Juridiska tjänster,
- Rekryteringstjänster,
- Utbildning, inkl. yrkesutbildning,
- Hälso- och sjukvård samt socialtjänster, samt
- Fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet.

Följande bestämmelser skall tillämpas även på upphandlingar under tröskelvärdena och vid upphandlingar av B-tjänster.

- De allmänna principerna – speciellt kravet på affärsmässigt agerande.
- Definitionerna enligt 2 kap. förslagen till nya upphandlingsregler.

- Undantagen från upphandlingslagstiftningen (försvarsprodukter m.m.).
- Reglerna om konkurrenspräglad dialog och dynamiska inköpssystem m.m. kan tillämpas.
- Reglerna om direktupphandling.

Även om tröskelvärdena är uppfyllda behöver således inte alltid alla offentliga kontrakt bli föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande. Till exempel kan man på försvarsområdet i viss mån undanta anskaffning av varor och tjänster från upphandlingsförfarandet utan att bryta mot reglerna – artikel 10 direktiv 2004/18/EG resp. 15 kap. i den föreslagna klassiska lagen. Likaså kan en upphandlande enhet begränsa en offentlig upphandling så att endast skyddade verkstäder får delta i den aktuella upphandlingen – artikel 19 direktiv 2004/18/EG, vilket motsvaras av 6 kap. 15 § den föreslagna klassiska upphandlingslagen. Det förekommer även andra undantag, vilka – i likhet med ovanstående exempel och upphandlingar inom försörjningssektorerna – saknar betydelse för framställningen.

6.2 Upphandlingsförfaranden enligt 15 kap. lagförslaget till nya upphandlingsregler

Offentliga inköp enligt 15 kap. – dvs. offentliga inköp under tröskelvärdena eller av B-tjänster och som därmed inte omfattas av upphandlingsdirektivet – skall enligt huvudregeln göras antingen genom ett förenklat förfarande eller genom ett urvalsförfarande. Kapitlet motsvarar 6 kap. i nuvarande lag om offentlig upphandling.

6.2.1 Förenklat förfarande

Enligt definitionen i 2 kap. 27 § i den föreslagna klassiska lagen är ett förenklat förfarande ett förfarande där alla potentiella leverantörer har rätt att delta. Förenklad upphandling är den upphandlingsform som normalt skall användas. Anbud infordras genom annons i en allmänt tillgänglig databas och den upphandlande enheten skall vända sig till så många leverantörer som behövs för att tillräcklig konkurrens skall uppnås med hänsyn tagen till upphandlingens storlek och karaktär. Leverantör som inte tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. En upphandlande enhet kan således inte vägra att lämna ut anbudsunderlag om någon leverantör begär det innan tiden för att lämna anbudet gått ut. Deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Om förhandling skall användas måste det däremot framgå av förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen motsvaras av vad som för närvarande gäller enligt 6 kap. 2 a § lagen om offentlig upphandling.

Förhandling skall dock endast användas:

1. När det är svårt att utforma ett fullständigt förfrågningsunderlag.
2. När den upphandlande enheten bedömer att affärsmässigt godtagbara villkor inte kan uppnås som en direkt följd av att konkurrens saknas eller är otillräcklig.
3. När den upphandlande enheten bedömer att ett utvecklings- och produktionsuppdrag måste läggas ut trots att stor osäkerhet föreligger beträffande kostnaderna.
4. När upphandlingen avser en tilläggsbeställning och villkoren inte regleras i det ursprungliga avtalet.

5. När upphandlingen avser en produkt eller ett system som skall anpassas till ett befintligt system eller en befintlig produkt och det är av stor vikt att samordning sker.

Som ett generellt krav gäller dessutom att en förhandling inte heller får äga rum med en leverantör som inte uppfyller samtliga skalkrav.⁶⁵

Den upphandlande enheten skall infordra anbud från leverantörerna genom att annonsera i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig – den behöver dock inte ske genom gemenskapens officiella organ, TED). Även andra former av annonsering kan accepteras under förutsättning att tillräcklig konkurrens uppnås. Därför är det till exempel inte tillräckligt att annonsera i lokalpressen, eller på den egna hemsidan.

6.2.2 Urvalsupphandling

Vid farhågor om att ett förenklat förfarande skulle leda till en i förhållande till värdet på det som skall upphandlas allt för kostsam administration kan i stället en urvalsupphandling lämpligen göras.

Enligt definitionen i 2 kap. 28 § utgör ett urvalsförfarande ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, var efter den upphandlande enheten gör ett urval av anbudsökanden.

Den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera av leverantörerna. En ansökningsinbjudan skall publiceras genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

⁶⁵ Se exempelvis mål C-243/89, *kommissionen mot Danmark*, REG 1993, s. I-03353. Se även Andrea Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 95 ff.

Bestämmelsen motsvaras av 6 kap. 2 c § lagen om offentlig upphandling.

6.3 Förfrågningsunderlaget vid upphandlingar enligt 15 kap.

Inte heller vid offentliga inköp som inte omfattas av direktivet får förfrågningsunderlaget leda till att vissa leverantörer gynnas, till exempel genom att förfrågningsunderlaget hänvisar till ett visst patent, en viss teknisk specifikation eller en särskild tillverkningsprocess. Bestämmelsen motsvaras av 6 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling.

Tekniska specifikationer och liknande får däremot förekomma om det inte finns något annat sätt som på ett tillräckligt bra sätt beskriver det som man avser att upphandla. Om så sker skall det däremot alltid följas av lydelsen "eller likvärdig". Det måste också av förfrågningsunderlaget framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling – presumtionen är att förhandlingsförfarandet skall användas vid upphandlingar under tröskelvärdena och vid upphandling av B-tjänster.

Man kan heller aldrig neka en leverantör som inte särskilt tillfrågats om att vara med och lämna anbud att få ta del av förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen motsvaras av 6 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling.

Av 15 kap. 9 § framgår det att några av de bestämmelser angående kommunikation mellan potentiella leverantörer och den upphandlande enheten som gäller för upphandlingar som omfattas av direktivet även skall tillämpas på upphandlingar som inte direkt träffas av direktivets bestämmelser – dvs. upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster. Till exempel skall en upphandlande enhet välja om kommunikationen mellan parterna skall ske per post, telefax, eller något annat elektroniskt medel, eller

kombination av dessa. Dessutom får en anbudsansökan också göras per telefon. De kommunikationsmedel som väljs måste däremot vara allmänt tillgängliga. Vid kommunikation med elektroniska medel skall de vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga.

Oavsett vilken form av kommunikation som väljs skall den upphandlande enheten förvara och behandla alla uppgifter på ett säkert sätt, så att alla uppgifter bevaras till dess att anbudet skall öppnas. Även om anbudet inkommer i elektronisk form får den upphandlande enheten inte ta del av innehållet i anbudet. Alla anbud skall också öppnas vid samma tidpunkt.

6.4 Tidsfrister

Anbudsgivare och anbudssökande skall ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tidsfristen får däremot aldrig vara kortare än 10 dagar från det att annonsering skedde, 15 kap. 10 §.

Av bestämmelsen kan man dra slutsatsen att de tidsfrister som får användas är beroende av vilken typ av vara eller tjänst man vill upphandla. Avser upphandlingen en klart definierad vara, till exempel en viss typ av kontorsmaterieell, som inte heller kostar speciellt mycket är det också mycket som talar för att tidsfristen kan vara tämligen kort. Men om man istället har för avsikt att köpa in ett avancerat datorprogram som beräknas kosta en del – men som ändå ligger under tröskelvärdena – måste tidsfristen vara längre, men minst 10 dagar. Bestämmelsen motsvaras av 6 kap. 5 a § lagen om offentlig upphandling.

Bestämmelsen skiljer sig klart från de regler som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena. I sådana ärenden är tidsfristerna betydligt längre (aldrig mindre än 22 dagar, men allt som oftast antingen 36, 40 eller 52 dagar beroende på vilken upphandlingsform som tillämpas och om en s.k. förhandsannonsering gjorts).

6.5 Annonsering m.m.

Även vid upphandlingar enligt 15 kap. måste annonsering ske, men inte i samma utsträckning som vid upphandlingar över tröskelvärdena. Till exempel behöver annonsen inte skickas för publicering till EG-kommissionens organ. I annonsen, ansökningsinbjudan eller förfrågningsunderlaget skall anges hur anbud får lämnas och den dag då anbud senast skall ha kommit in till myndigheten. Det måste också framgå tills vilken dag ett anbud skall anses vara bindande.

En anbudsgivare är också bunden av sitt anbud enda fram till dess att den tidsfrist som angivits i förfrågningsunderlaget eller i annonsen löpt ut – vilket gäller oavsett om anbudsgivaren får beslut om att kontraktet tilldelats någon annan. Skälet för en sådan ordning torde vara att upphandlingar skall fungera mer rationellt i händelse av att något fel begåtts under resans gång. Vid händelse av en överprövning kan därför kontraktet tilldelas den anbudsgivare som vid prövningen visade sig ha det näst bästa anbudet utan att upphandlingen alltid behöver göras om.

Då anbuden väl öppnats och uppenbara skriv- och räknefel uppmärksammas är det tillåtet att låta en potentiell leverantör att rätta sådana fel och brister. Om det inte föreligger någon risk för att en leverantör gynnas framför andra kan den upphandlande enheten också låta en potentiell leverantör förtydliga eller komplettera ett anbud.

6.6 Uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande

En anbudsgivare eller anbudssökande får också uteslutas från att delta i upphandlingen om de förutsättningar som anges i 10 kap. 2 och 3 §§ i den föreslagna klassiska lagen är uppfyllda. Det rör sig till exempel om fall där leverantören har gått i konkurs (eller har ansökt om att gå i konkurs) eller tillsvidare har inställt sina betalningar, inte har betalat socialförsäkringsavgifter eller skatt i en sådan utsträck-

ning som krävs, eller låtit bli att lämna uppgifter som styrker att leverantören uppfyller de angivna kraven. Likaså kan en leverantör uteslutas om han lämnar felaktiga uppgifter angående skatteskulder m.m. För att styrka sådana uppgifter finns en blankett som ifylls av skatteverket (SK 4820 alt. SK 4820B).

En upphandlande enhet kan också uppställa sociala- eller miljömässiga hänsyn i viss utsträckning, till exempel att vissa särskilda miljöhänsyn skall beaktas. Sådana krav får däremot inte vara diskriminerande varför man inte kan uppställa som krav att en viss vara skall vara närproducerad eller kräva att en vara till exempel vara miljömärkt med låt säga "Svanen", i och med att ett sådant krav eventuellt skulle kunna utesluta utländska företag som visserligen uppfyller de miljömässiga målen, men saknar den svenska certifieringen.

Att uppställa som krav att endast svensk arbetskraft skall användas för att utföra en viss tjänst är också diskriminerande varför ett sådant krav inte kan accepteras som förenligt upphandlingslagstiftningen.

De krav som uppställs får inte heller vara mer långtgående än vad som krävs för att målen man ställt upp skall uppnås – vilket skulle innebära att kravet om affärsmässighet skulle åsidosättas.

Om man skall uppställa som krav att sociala- eller miljömässiga hänsyn skall beaktas måste det anges i annonsen, ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

6.7 Vilket anbud skall antas?

Precis som vid offentliga upphandlingar över tröskelvärdena skall det anbud som har det lägsta priset, eller i övrigt är det mest ekonomiskt fördelaktiga, antas. Vilket av det anförda som gäller skall också framgå av annonsen, ansökningsinbjudan eller förfrågningsunderlaget. Hur man skall avgöra vad som är det eko-

nomiska mest fördelaktiga anbudet är inte helt lätt att avgöra. Men den upphandlande enheten skall i sådana situationer ange vilka kriterier som skall vara avgörande, till exempel kvalitet, miljöhänsyn, service, eventuella garantier, leveransvillkor och pris.

Antingen skall det anges hur de olika kriterierna förhåller sig till varandra vid bedömningen, s.k. viktning, alternativt skall det framgå vilket kriterium som är viktigast följt av det näst viktigaste osv., dvs. kriterierna skall uppställas i prioritetsordning.

Om en anbudsgivare lämnar ett onormalt lågt anbud kan den upphandlande enheten förkasta anbudet om leverantören inte kan ge bra förklaring till prissättningen. Om en upphandling gjorts av B-tjänster skall resultatet av upphandlingen anmälas till kommissionen under förutsättning att värdet minst uppgått till tröskelvärdet, dvs. 211 000 € enligt det nya lagförslaget.

Hur långt de upphandlande enheternas förpliktelser sträcker sig vid tilldelning av offentliga kontrakt som faller utanför EG-direktiven är inte helt klar, men det måste anses stå klart att dessa även under tröskelvärdena måste ta hänsyn till öppenhet och transparens i förhållande till konkurrenterna etc. Det är därför till exempel viktigt med annonsering osv. även vid B-tjänster.⁶⁶

Det är viktigt att komma ihåg att för det fall att ett beslut som fattats utom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt beslut som avser om upphandlingslagstiftningen skall tillämpas eller inte, kan komma att överprövas. Om upphandlingsreglerna överskridits vid slutandet av ett genomförandeavtal kan förfarandet för närvarande därför bli föremål för en överprövning enligt 7 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling. En kommun hade i ett fall avtalat om anskaffning av marknadsföringstjänster utan att ha tillämpat bestämmelserna i

⁶⁶ Se Simon Evers Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen, & Sune Troels Poulsen, EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 2005, s. 57 samt s. 60 f.

lagen om offentlig upphandling, trots att så borde ha skett. RegR fann i *RA 2005 ref. 10*, Ryanair, med hänvisning till EG-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål *C-26/03 Stadt Halle m.fl.*,⁶⁷ att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut enligt tjänstedirektivet (92/50/EEG) även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfördran. Eftersom avtalet innefattade ett ställningstagande från kommunens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita en viss leverantör utgjorde inte den omständigheten att ett avtal redan förelåg något hinder för en överprövning.

⁶⁷ Stadt Halle hade genom beslut i stadsfullmäktige tilldelat bolaget RPL uppdraget att utarbeta ett projekt avseende förbehandling, återvinning och förstöring av avfall. Samtidigt beslutade Stadt Halle att inleda förhandlingar med RPL om ett kontrakt avseende hantering av stadens restavfall. I inget av fallen hade Stadt Halle genomfört något formellt upphandlingsförfarande. Stadt Halle hävdade vid den nationella domstolen bland annat att den konkurrent till RPL som klagat på att staden inte följt upphandlingsreglerna inte hade talerätt, då staden inte hade inlett ett formellt upphandlingsförfarande. Den nationella domstolen begärde yttrande från EG-domstolen som konstaterade att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjlighet till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut omfattar varje sådant beslut som faller under de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och som kan innebära ett åsidosättande av dessa. Det gäller även beslut som fattats utom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfördran, särskilt beslut som avser om upphandlingslagstiftningen skall tillämpas eller inte. Domstolen likställer ett beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande med ett beslut att avsluta en påbörjad upphandling, där domstolen tidigare uttalat att sådana beslut skall kunna överprövas, se mål *C-92/00 Hospital Ingenieure*, REG 2002, s. I-5553, punkt 37. Se även mål *C-15/04, Koppensteiner*, REG 2005, s. I-4855, samt *RA 2005 ref. 62*. Överprövning kan dock inte göras av åtgärder som inte har någon rättslig verkan, till exempel åtgärder som endast utgör en förstudie eller som är av rent förberedande art och som ryms inom ramen för en upphandlande enhets interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. Möjligheten att begära överprövning får enligt domstolen inte vara beroende av om upphandlingsförfarandet formellt har nått ett visst stadium, eftersom ett beslut att genomföra en upphandling utan att följa upphandlingslagstiftningen i så fall inte skulle kunna prövas, då någon upphandling aldrig formellt påbörjas. Att tillämpa upphandlingsreglerna eller inte skulle annars bli valfritt för de upphandlande enheterna. Se även Andrea Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 254 ff., och s. 355 ff.

6.8 Sammanfattande kommentar

B-tjänster omfattas inte av de förfaranderegler som följer av de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven, däremot omfattas dessa tjänster för svenskt vidkommande av lagen om offentlig upphandling. Såväl lagen om offentlig upphandling som de föreslagna lagarna om offentlig upphandling reglerar alla typer av upphandlingar, såväl över som under tröskelvärdena samt B-tjänster. Det är härvid viktigt att komma ihåg att utbildningsväsendet räknas till samma kategori som hälso- och sjukvård och socialtjänster och att köp av tjänster inom samtliga dessa områden skall upphandlas enligt reglerna i 6 kap. lagen om offentlig upphandling. En avgörande skillnad mellan de olika områdena är dock att det vad gäller auktorisering av leverantörer inom utbildningssektorn finns särskilda regler i skollagen. En sådan särreglering är fullt möjlig i förhållande till det EG-rättsliga regelverket eftersom upphandlingsdirektiven enbart tar sikte på upphandlingar över vissa angivna tröskelvärden. En sådan specialreglering torde enligt gängse tolkningsprinciper gå före de generella bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Det centrala är dock att de allmänna gemenskapsrättsliga principerna iakttas.

Så länge som inte någon speciallag uttryckligen stadgar något annat förfarandesätt, till exempel att en viss verksamhet i likhet med skollagens område omfattas av det offentlighetsrättsliga bidragssystemet, måste utgångspunkten därför vara att alla tjänster som mot vederlag från en offentlig uppdragsgivare utförs av enskilda skall upphandlas enligt de förutsättningar som följer av lagen om offentlig upphandling.

7 Går det att använda sig av ramavtal vid kundvalsmodellen?

I sin skrift rörande kundvalssystem framhåller Kommunförbundet kortfattat att ett kundvalssystem kan vara utformat på ett sätt att det rör sig om ett köp av en tjänst och att upphandlingsreglerna därför blir tillämpliga. De olika frågor som blir av betydelse för bedömningen är bland annat

- vem som finansierar verksamheten,
- vem som tagit initiativ till den,
- om verksamheten drivs i vinstsyfte,
- om den privata utövaren är underkastad kommunens styrning eller beslutanderätt,
- om relationen mellan kommunen och utövaren regleras genom ett avtal, samt
- om den privata utföraren förutsätts utföra uppgiften mot ersättning för avtalad prestation.

Ett kundvalssystem innebär därför att det i de flesta fall kan anses föreligga ett uppdrag att bedriva verksamheten. Det blir i dessa fall nödvändigt att göra en upphandling. Kommunförbundet framhåller att en upphandling i så fall kan göras genom en ramavtalsupphandling.⁶⁸

Generellt kan sägas att vi i Sverige har en delvis annorlunda användning av begreppet ramavtal än vad vi hittar i många andra

⁶⁸ Se Svenska kommunförbundet, Valfrihet och kundvalssystem i kommunal verksamhet – underlag för lokala bedömningar, 2001, s. 32 f. och s. 40 f.

länder. Vi använder nämligen begreppet på ett sätt som internationellt sett omfattar både s.k. *framework contracts* och *framework agreements*. Juridisk sett är skillnaden mellan de två avtalstyperna att de förstnämnda är ömsesidigt bindande och förpliktande mellan parterna, medan de sistnämnda inte är det. Ett exempel på de förstnämnda kan till exempel vara olika typer av samarbetsavtal mellan två parter, medan de sistnämnda är det som typiskt sett omfattas av den typ av ramavtal som vi använder inom offentlig upphandling. Ett sådant ramavtal ger med andra ord bara en möjlighet att avropa men ingen skyldighet och det kan därför vara så att det inte görs ett enda avrop under perioden, men för att det skall bli fråga om ett ramavtal i upphandlingsrättslig mening måste vissa förutsättningar vara uppfyllda.

7.1 Syftet med att använda ramavtal

Syftet med att använda sig av ramavtal för olika upphandlingar är att det skall innebära kostnadsbesparingar för den upphandlande enheten, eftersom ett fullständigt förfrågningsunderlag inte behöver upprättas för varje gång en viss vara eller tjänst skall köpas in. Genom att göra avrop från någon av de leverantörer som omfattas av den aktuella upphandlingen anses man alltså kunna spara tid och pengar.

Ramavtalsbestämmelsen gäller enligt den ännu gällande lagen om offentlig upphandling för all upphandling. I de gamla upphandlingsdirektiven nämndes förfarandet med ramavtal emellertid endast inom försörjningssektorerna, där ett avrop från ett ramavtal skulle ses som ett undantag från det allmänna kravet att genomföra en upphandling. Sverige har alltså haft vidare möjligheter till användningen av ramavtal än vad som egentligen följt av direktiven. Ramavtal har också i stor utsträckning använts vid upphandlingar i Sverige. En förklaring kan vara att det ansetts vara ett betydligt smidigare alternativ än att vid varje enskilt inköpstillfälle behöva använda sig av ett av de mera traditionella upphandlingsförfarande,

vilket blivit effekten av att lagen om offentlig upphandling föreskriver upphandlingsföreskrifter även vid upphandlingar under tröskelvärdena och vid upphandlingar av B-tjänster.

Av 1 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling framgår att tidsbegränsade ramavtal kan ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer, där avrop enligt avtalet kan göras under avtalstiden. Ett avrop är alltså inte att anse som en tilldelning av ett offentligt kontrakt, utan själva upphandlingen genomförs innan man tecknar ramavtalen med de olika leverantörerna. I det upphandlingsförfarandet skall också fastställas samtliga villkor för avrop som skall göras under perioden.

Har man avtal med flera leverantörer för samma typ av varor, tjänster eller entreprenader brukar man kalla dessa parallella ramavtal. Den gängse metoden i Sverige har i dessa fall varit att använda ramavtalen som en lista på leverantörer som genom upphandlingen blivit kvalificerade att få leverera varor eller tjänster till den upphandlande enheten. Samtidigt har flera avgöranden i underrättspraxis på ett tydligt sätt visat att det faktum att 1 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling stadgar att samtliga villkor för avrop skall vara fastställda i ramavtalet medför att ett ramavtal inte får användas bara som en lista på potentiella leverantörer. Görs ingen rangordning av leverantörerna har det därför i underrättspraxis ansetts strida mot kravet på affärsmässighet, se till exempel *kammarrättens i Sundsvall dom den 30 juni 2000 (mål 1669-2000)* och *kammarrättens i Stockholm dom den 2 juni 2004 (mål 2591-04)*.⁶⁹

Ett ramavtal får alltså inte bara användas som en lista på godkända leverantörer varvid villkor för avrop inklusive priset bestäms först vid de aktuella avropen. Undantaget har även enligt lagen om offentlig upphandling endast varit försörjningssektorena där man har haft viss möjlighet att utforma ramavtalen som en form av prekvalificering, 4 kap. 23 § lagen om offentlig upphandling.

⁶⁹ Se även NOU info juni 2004, s. 9 f.

7.2 De nya reglerna om ramavtal

Ramavtal finns numer reglerade i båda upphandlingsdirektiven och därmed också i de båda föreslagna upphandlingslagarna. De materiella reglerna om ramavtal är ganska utförligt beskrivna i artikel 32 direktiv 2004/18/EG, medan artikel 11 direktiv 2004/17/EG är betydligt mindre detaljerad och i sak oförändrat i förhållande till det gamla försörjningsdirektivet.⁷⁰

Vad gäller begreppet ramavtal så används det i de nya upphandlingsdirektiven på två olika typer av avtal, nämligen både de som innehåller samtliga de villkor som skall gälla för senare anskaffningar och de avtal som inte innehåller samtliga villkor, artikel 1.5, 32.2 och 32.4, samt beaktandesats 11 direktiv 2004/18/EG.

I de nya lagförslagen talar man heller inte längre om avrop, utan om tilldelning av kontrakt. Det här är lite förvirrande eftersom innebörden är den samma som tidigare. Det gäller alltså att inte blanda ihop begreppet kontrakt med till exempel offentligt kontrakt som går att jämföra med ramavtalet, dvs. själva upphandlingen, men med den skillnaden att definitionen av begreppet ramavtal inte innehåller något krav på ömsesidig bundenhet.

Av 5 kap. 4 § förslaget till den klassiska lagen följer också att ett ramavtal inte får löpa på längre tid än fyra år, utom i "vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för avtalet". Som exempel anges vårdsektorn där det eventuellt kan finnas behov av kontinuitet.

Ett ramavtal får inte slutas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen snedvrids, förhindras eller begränsas, 5 kap. 5 § förslaget till den klassiska lagen. Enligt 5 kap. 6 § förslaget till den klassiska lagen gäller att om ett ramavtal sluts med en enda

⁷⁰ Den nedanstående redogörelsen bygger på SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, s. 271–281, samt lagrådsremissen.

leverantör skall avrop som bygger på ramavtalet tilldelas enligt villkoren i ramavtalet. Vid behov får den upphandlande enheten skriftligen samråda med leverantören om ev. kompletteringar av anbudet. Någon avvikelse från vad som regleras i ramavtalet får dock inte göras, det handlar enbart om preciseringar eller förtydliganden. Att man talar om skriftligt samråda innebär alltså bara att man inte får göra muntliga tillägg.

Vid parallella ramavtal måste leverantörerna, enligt 5 kap. 7 § förslaget till den klassiska lagen vara minst tre till antalet om tillräckligt många leverantörer är kvalificerade eller tillräckligt många anbud uppfyller kraven. Det finns dock inget angivet om något maximalt antal, men det måste väl som vanligt bedömas från fall till fall utifrån vad som behövs för att fylla de behov som finns hos den upphandlande enheten och för att tillgodose kravet på en god konkurrens.

Enligt 5 kap. 8 § 1 st. förslaget till den klassiska lagen gäller att tilldelning av avrop som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera leverantörer kan ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Av 5 kap. 8 § 2 st. framgår också att kontrakt skall tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet, dvs. en precisering av vad som tidigare enligt underrättspraxis ansetts gälla rörande fördelningsnycklar etc.

För att det skall vara fråga om ett ramavtal i upphandlingsrättslig bemärkelse måste alltså samtliga villkor för avrop finnas reglerade i avtalet. Annars föreligger inget ömsesidigt förpliktande avtal mellan parterna. Att "samtliga villkor för avrop skall fastställas i ramavtalet" innebär "att det vid varje enskilt avrop från parallella ramavtal inte får finnas någon möjlighet att göra några väsentliga förändringar eller tillägg i förhållande till villkoren i ramavtalet. Vid parallella avtal måste det därför finnas en på förhand fastställd fördelningsnyckel som visar vilken leverantör som i första hand skall

tilldelas avrop. Denna regel ger uttryck för den gemenskapsrättsliga transparensprincipen.”⁷¹

En sådan ordning, eller fördelningsnyckel, skall alltså i enlighet med artikel 32 i det nya upphandlingsdirektivet rörande den klassiska sektorn bestämmas så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med utgångspunkt i kravspecifikationerna) alltid utnyttjas i första hand. Först om de bäst rankade inte kan leverera får man avropa från dem som kommer längre ned i rangordningslistan. Effekten av det här blir alltså att om man har upphandlat ett ramavtal utan att fastställa samtliga ekonomiska villkor för avrop, dvs. bland annat utarbetat en mekanism eller fördelningsnyckel för avrop, så har man alltså heller inte ett giltigt upphandlingskontrakt. Försöker man sedan göra ett avrop från ett sådant ramavtal så är det egentligen inte fråga om något avrop, utan bara en enskild beställning som borde ha föregåtts av någon form av upphandlingsförfarande. Orsaken är att om ett ramavtal inte preciserar leveransvillkoren, dvs. i första hand avseende pris och volym, kan heller ingen rangordning ske av leverantörerna. En ny upphandling måste därför göras bland de valda leverantörerna där leveransvillkoren är fastlagda innan ett avrop kan göras. Om däremot leveransvillkoren är fastlagda måste det göras en rangordning, varefter avrop sker utifrån rangordningen. Att inte tillämpa ett rangordningsförfarande sätter konkurrensen ur spel bland leverantörerna på motsvarande sätt som om ett upphandlingsförfarande aldrig ägt rum.⁷² Bestämmelsen kan alltså stora konsekvenser för att använda sig av ramavtalslösningar som ett sätt att välja ut leverantörer vid ett

⁷¹ NOU info mars 2004, s. 19, vilket bygger på NOU:s yttrande över Regeringskansliets upphandling av ramavtal för juridiska och ekonomiska konsulttjänster (NOU:s dnr 2004/0046-29).

⁷² Se NOU info mars 2004, s. 19 f., NOU info oktober 2004, 8 ff., NOU info mars 2005, s. 11 f., samt Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:4, Offentlig upphandling, ramavtal och auktionsteori, s. 18–24.

kundvalsförfarande, eftersom ett ramavtal inte bara får användas som en lista på tillgängliga leverantörer.⁷³

Enligt 5 kap. 9 § förslaget till den klassiska lagen gäller att om samtliga villkor inte fastställts i ramavtalet, kan tilldelning av kontrakt ske efter förnyad anbudsinfordran, på samma villkor och vid behov även andra villkor, om även de anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Genom de nya bestämmelserna öppnas därför möjligheten att tillämpa förnyad konkurrensutsättning inom ramavtalets ram.

1. Förfarandet innebär att den upphandlande enheten, för varje kontrakt inom ramavtalet som skall tilldelas, skriftligen skall samråda med de ramavtalsleverantörer som är i stånd att utföra kontraktet.
2. Den upphandlande enheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för lämnande av anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud. Hur lång tidsfristen skall vara framgår inte, men den behöver inte vara lika lång som vid en ny fullständig upphandling.
3. De anbud som lämnas skall vara hemliga för den upphandlande enheten till dess att den angivna svarstiden för lämnande av anbud löpt ut, 6 kap. 2 § 3 st. sekretesslagen och artikel 32.4 direktiv 2004/18/EG.
4. Varje enskilt kontrakt skall sedan tilldelas den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

⁷³ Se även Nämnden för offentlig upphandlings yttrande till Socialdepartementet angående promemorian Kommunal befogenhet att tillhandahålla hushållsnära tjänster till äldre (dnr S2005/8833/ST), 2005-12-14, dnr 2005/0244-22.

7.3 Sammanfattande kommentar

Ett lämpligt upphandlingsförfarande vid kundvalsmodeller skulle kunna vara att använda sig av parallella ramavtal med flera olika leverantörer. Ett problem är dock att det i enlighet med artikel 32 i det nya upphandlingsdirektivet 2004/18/EG vid parallella avtal måste finnas på förhand fastställda tilldelningskriterier som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop. En sådan reglering föreslås också uttryckligen införas i de nya lagarna om offentlig upphandling. En sådan ordning, eller fördelningsnyckel, skall alltså bestämmas så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget) alltid utnyttjas i första hand. Först om de bäst rankade inte kan leverera får man avropa från dem som kommer längre ned i rangordningslistan. Görs ingen rangordning strider det mot kravet på affärsmässighet och konkurrensneutralitet. Ett användande av ramavtal, såsom förfarandet föreslagits i de nya lagförslagen om offentlig upphandling, skulle inte lämpa sig särskilt väl för ett kundval eftersom den ordning enligt vilken avrop skall göras från leverantörerna skall vara fastställd på förhand.

Mot bakgrund av de föreslagna reglerna om fördelningsnycklar som nödvändiggör en rangordna de leverantörer som tilldelats ett ramavtal, ter det sig – i motsats vad som mot bakgrund av den inte helt tydliga definition av ramavtal som följde av lagen om offentlig upphandling framhållits av Kommunförbundet – därför svårt att använda sig av ramavtal som ett alternativ till en kundvalsmodell. Det skulle i förhållande till kommunen nämligen kunna te sig som ett brott mot upphandlingsreglerna – och ett avtalsbrott i förhållande till den leverantör som lämnat det bästa anbudet – om en brukare tilläts välja en annan leverantör än den som vid upphandlingen rangordnats som den anbudsgivare som lämnat det vinnande anbudet.

8 Direktupphandling

8.1 Förutsättningarna för en direktupphandling

Huvudregeln är enligt 6 kap. 2 § 1 st. lagen om offentlig upphandling att ett offentligt inköp under tröskelvärdena och vid B-tjänster skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling och att en upphandlande enhet endast i undantagsfall kan vända sig direkt till en leverantör utan att infordra skriftligt anbud. En sådan s.k. direktupphandling kan med andra ord sägas vara ett köp av en tjänst eller en vara där förfarandereglerna i lagen om offentlig upphandling inte aktualiseras.

Av 6 kap. 2 § 2 st. lagen om offentlig upphandling framgår dock att ett s.k. direktupphandlingsförfarande endast får användas om värdet av den vara eller tjänst det är fråga om är lågt eller om det finns synnerliga skäl, exempelvis synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på enheten. Direktupphandling medges alltså enligt lagen om offentlig upphandling om det offentliga inköpets värde understiger fem prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring.⁷⁴ För 2007 innebär det en beloppsgräns på 201 500 kr.

Som exempel på situationer då synnerliga skäl kan anses föreligga nämns offentliga inköp som måste göras synnerligen skyndsamt till följd av omständigheter som inte kunnat förutses, och inte heller beror på den upphandlande enheten. Det skall alltså i det närmaste vara fråga om force majeure-liknade situationer, dvs. händelser utanför den upphandlande enhetens kontroll. Huvudregeln om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling gäller även för direktupphandlingar liksom principen om likabehandling och de för offentlig upphandling bärande gemenskapsrättsliga principerna i övrigt. Ett offentligt inköp får därför heller inte delas upp i

⁷⁴ Se prop. 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m., s. 46.

syfte att underskrida direktupphandlingsgränsen. Upprepade inköp av samma slag under ett år bör därför rimligen räknas samman och skulle summan överskrida fem prisbasbelopp skall en förenklad upphandling eller en urvalsupphandling göras.⁷⁵

I vissa särskilt angivna fall föreslås även att en upphandlande enhet även fortsättningsvis skall kunna vända sig till en leverantör för infordrande av anbud utan föregående annonsering. I likhet med 6 kap. 2 b § lagen om offentlig upphandling gäller att den upphandlande enheten har rätt att skicka en skrivelse med begäran om ett kostnadsförslag vid ett offentligt inköp endast till en leverantör:

1. Om det vid ett annonserat inköpsförfarande inte inkommit några anbud (eller lämpliga anbud), under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungliga kontraktsvillkoren inte väsentligen ändrats.
2. Om det rör sig om s.k. särskilda varor, dvs. varor som endast framställs för forskning, utveckling, experiment eller studier under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte.
3. Om det som skall köpas in endast kan framställas av en viss leverantör, till exempel på grund av tekniska eller konstnärliga skäl, eller till följd av en ensamrätt av något slag.
4. Om det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Det rekommenderas dock att inte alltid vända sig till samma krets av leverantörer.

⁷⁵ Se prop. 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m., s. 48 f.

Direktupphandling föreslås även fortsättningsvis kunna tillämpas om regler motsvarande de som följer av nuvarande reglering har föreslagits i 15 kap. de båda föreslagna upphandlingslagarna. Följande värden har föreslagits gälla som riktlinjer för vad som gäller för låga värden inom den klassiska sektorn.

	Procentsats av tröskelvärdena	Tröskelvärde	Belopp i SEK (ca)
Varor och tjänster	10 % eller 20 % om det finns särskilda skäl	137 000 € resp. 211 000 €	125 000 kr resp. 194 000 kr
Byggentreprenad	1 %	5 278 000 €	485 000 kr

Dessutom föreslås att den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer inom myndigheten för när ett direktupphandlingsförfarande skall gå att tillämpa. Lagrådet har dock anfört att det för att undvika gränsdragningsfrågor bör preciseras ytterligare vad som avses med begreppen lågt värde respektive synnerliga skäl.⁷⁶

Direktupphandling har även tidigare varit problematiskt att tillämpa och det finns från tiden innan 2002-års lagändring av 6 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling flera rättsfall på området. I ett fall hade uppdragsgivarens reducerat det ursprungliga uppdraget och inlett en direktupphandling med en annan leverantör. Svenska Nationalkommittén för världsutställningen EXPO 2000 bjöd in till en arkitekttävling rörande utformningen av både den svenska paviljongen och utställningen. En jury valde ut ett förslag men när detta presenterades för kommittén ville denna att den vinnande gruppen endast skulle genomföra paviljongprojektet och inte sköta utformningen av utställningen. Kommittén påbörjade i stället en direktupphandling

⁷⁶ Se lagrådets yttrande över lagrådsremissen om ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2007-02-07, s. 83.

med en reklambyrå avseende utformningen av utställningen. Kammarrätten konstaterade att vid en överprövning kan det inte beslutas att en viss leverantör skall tilldelas det aktuella uppdraget. Kammarrätten konstaterade vidare att då kommittén efter diskussion med den vinnande gruppen meddelat att den inte kunde godta deras förslag angående utställningen hade upphandlingen avslutats. Den kunde därför inte längre överprövas. Däremot hade kommittén, enligt kammarrätten, brutit mot lagen om offentlig upphandling när den påbörjat en direktupphandling med en reklambyrå om uppdraget av utformningen av utställningen. Kommitténs handlande hade medfört att sökandena i målet lidit skada när de inte haft möjlighet att konkurrera om uppdraget. Eftersom denna upphandling ännu inte avslutats skulle den göras om.⁷⁷

I *RA 2000 ref. 60* ägde Landstinget Dalarna tillsammans med länets kommuner bolaget Dalatrafik AB som var kommunens trafikhuvudman. Landstinget lät även upprätta ett avtal enligt vilket Dalatrafik skulle överta driften av landstingets beställningscentral för sjukresor. Enligt landstinget krävde uppdraget inte en upphandling enligt lagen om offentlig upphandling, eftersom det enligt lagen om ansvar för viss kollektiv trafik endast var fråga om att överlämna vissa förvaltningsuppgifter till deras trafikhuvudman. Landstinget blev stämt av ett företag som ansåg att deras möjlighet att lämna anbud gått om intet när landstinget inte tillämpat lagen om offentlig upphandling sin upphandling. Rätten konstaterade att lagen om offentlig upphandling inte reglerar frågan om en offentlig verksamhet skall bedrivas i egen regi eller utföras av en annan juridisk person. Inte heller reglerar lagen om offentlig upphandling i vilka former som kommuner skall arbeta. Däremot kan inte en kommun genomföra en direktupphandling med ett eget bolag utan tillämpning av lagen om offentlig upphandling, trots att ett visst bolag bildats i syfte att det skall tillhandahålla vissa tjänster. Av 5 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling finns bara ett undantag och det är

⁷⁷ Se även mål C-360/96, *BFI Holding*, REG 1998, s. I-6821. Se även Andrea Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, 2006, s. 174 ff.

om bolaget har ensamrätt att utföra tjänsten. Enligt rättsfallet avsåg landstingets avtal med bolaget en upphandling om en tjänst som bolaget inte hade ensamrätt till. Det var inte heller fråga om en tjänst som saknade kommersiellt intresse. Sammantaget förelåg därför ingen undantagssituation enligt lagen om offentlig upphandling varför landstingets direktupphandling skett i strid med lagen. Landstinget ålades att göra om upphandlingen.⁷⁸

8.2 Direktupphandling och valfrihetsmodeller

Som ett exempel på en situation då synnerliga skäl kan anses föreligga anfördes i förarbetena det fall att relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas, och vården eller omsorgen därmed försämrats och sådana situationer där endast finns ett möjligt vård- eller boendalternativ. Med andra ord situationer där det sedan tidigare förelåg ett avtalsförhållande eller där det är ostridigt att det endast finns ett tillgängligt alternativ. Som ett annat exempel nämns fall där en patients möjligheter till fria vårdval enligt hälso- och sjukvårdslagen omöjliggjorde en upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Skälet var att det ansågs kunna föreligga fall där en patient kunde välja en läkare som uppfyller rekvisiten i hälso- och sjukvårdslagen, men som saknar ett vårdavtal med landstinget. En sådan situation anges i förarbetena som ett exempel på när en direktupphandling kan få göras.⁷⁹

Man förefaller här alltså se den möjlighet till fria vårdval som gäller inom hälso- och sjukvården som ett slags direktupphandling som – utan någon utförligare motivering – i vissa särskilda situationer kan anses utgöra ett sådant synnerligt skäl som medger ett undantag från

⁷⁸ Se *Kammarrättens i Stockholm dom 1999-12-08 (Mål nr 8196-1999)*.

⁷⁹ Se prop. 2001/02:142, *Ändringar i lagen om offentlig upphandling*, m.m., s. 49 f. Se även SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler* 2, s. 250.

skyldigheten att använda sig av det förfarande som annars följer av lagen om offentlig upphandling.

I förslaget till de nya upphandlingsreglerna framhålls att "[d]et synes i dag vara vanligt att sjukvårdshuvudmännen tecknar vårdavtal med privata vårdgivare. Den nu behandlade möjligheten att begära anbud utan föregående annonsering på grund av den rätt som tredje man har att bestämma om val av leverantör täcker inte sådana vårdavtal. De måste därför upphandlas enligt de vanliga bestämmelserna."⁸⁰

Man gör alltså en skillnad mellan de avtal som sluts mellan sjukvårdshuvudmän och andra vårdgivare och en patients möjlighet att själv välja vårdgivare. Eftersom det enligt utredningen är angeläget att möjligheterna till direktupphandling är begränsade görs också markeringen att ett sådant förfarande är begränsat till de fall då en vårdtagare getts en valmöjlighet att välja vårdgivare. Förfarandet bör även användas restriktivt på grund av att överprövningsmöjligheterna vid direktupphandling blir begränsade samt att det kan inverka försvårande för nya företag att komma in på marknaden eftersom dessa inte – till skillnad från vid en annonserad uppmaning till olika leverantörer att lämna anbud – får vetskap om möjligheten att delta och därmed saknar möjlighet att erbjuda sina tjänster i konkurrens med andra.⁸¹

8.3 Sammanfattande kommentar

Av 6 kap. 2 § 2 st. lagen om offentlig upphandling framgår att ett s.k. direktupphandlingsförfarande kan få användas om värdet av den vara eller tjänst det är fråga om är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Som ett exempel på en situation då synnerliga skäl kan anses föreligga anfördes i förarbetena det fall att relationen mellan

⁸⁰ SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2, s. 251.

⁸¹ SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2, s. 251 f.

vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas, och vården eller omsorgen därmed försämrats och sådana situationer där endast finns ett möjligt vård- eller boendeanternativ. Med andra ord situationer där det sedan tidigare förelåg ett avtalsförhållande eller där det är ostridigt att det endast finns ett tillgängligt alternativ.

Som ett annat exempel nämndes fall där en patients möjligheter till fria vårdval enligt hälso- och sjukvårdslagen skulle kunna omöjliggöra en upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling. En sådan situation skulle kunna uppstå om en patient skulle välja att få sin behandling hos en läkare som uppfyller rekvisiten i hälso- och sjukvårdslagen, men som saknar ett vårdavtal med landstinget. I ett sådant fall skulle det kunna föreligga ett sådant synnerligt skäl som medgav en direktupphandling.

9 Valfrihetsmodeller – en nordisk utblick

För ett par år sedan gjordes en karläggning av valfrihetsmodeller för äldre och funktionshindrade i Norden.⁸² I såväl Danmark som Finland finns regelverk som tar sikte på kundval i äldreomsorgen. De danska kommunerna är således skyldiga att erbjuda kundval vad gäller varaktigt hemtjänst för äldre och funktionshindrade, medan den finska lagen om s.k. servicesedel innebär en reglering av kundval för det fall att kommunerna väljer att införa det. Syftet med kartläggningen var att göra en sammanställning ur ett konsumentperspektiv och några rättsliga överväganden görs inte. På grund av det material som finns tillgängligt och de gemensamma rättsliga förutsättningar som föreligger väljer jag att fokusera på hur man valt att reglera kundvalsmodeller i Danmark.

9.1 Närmare om frit valg i Danmark

I Danmark finns olika typer av situationer där medborgarna fritt kan välja mellan olika alternativ när det gäller att välja vem som skall tillhandahålla en viss tjänst, till exempel bibliotekstjänster eller grundskola. När det gäller stöd och service inom äldreomsorgen finns det sedan 2003, som ett komplement till lagen om social service, en särskild förordning som reglerar kundvalsmodellen – s.k. frit valg – nämligen bekendtgørelse nr. 1614 af 12. december 2006 om kvalitetsstandarder og frit valg af leverandør af personlig og praktisk hjælp m.v. Syftet med lagstiftningen var att förplikta kommunerna att införa valfrihetsmodellen bland annat för att på ett tydligt sätt separera kommunens myndighetsbeslutande uppgifter, som till

⁸² Se Per Gunnar Edebalk och Marianne Svensson, Kundval för äldre och funktionshindrade i Norden; konsumentperspektivet, Nordiska Ministerrådet, 2005, TemaNord 2005:507.

exempel en enskilds rätt till viss hemtjänst, från själva tillhandahållandet av tjänsten i fråga.⁸³

Av serviceloven framgår att kommunen har en skyldighet att godkänna och sluta avtal med samtliga tjänsteleverantörer av personlig och praktisk hjälp som lever upp till de krav som fastställts för verksamheten.⁸⁴ Bekendtgørelsen stadgar i 3 § att en kommun när den fattar beslut om valfrihetsmodellen, kan välja att antingen sluta avtal med de leverantörer⁸⁵ som uppfyller de kvalitetskrav och den prisnivå som kommunen ställt upp, godkännandemodellen, eller använda sig av en offentlig upphandling, entreprenadmodellen, för att tillgodose sina behov. Oavsett vilken modell som väljs är det centrala att det råder konkurrensneutralitet mellan de olika leverantörerna och att inte någon särbehandlas på bekostnad av någon annan, 3 § 2 st.

Den primära lösningen skall alltså vara att använda godkännandemodellen, men båda modellerna syftar till att ge brukare av personlig och praktisk hjälp en möjlighet att själva välja mellan en grupp potentiella leverantörer. Dessa leverantörer skall uppfylla de kvalitets- och priskrav som följer av lagen om social service. Kraven skall också motsvara de kvalitetskrav och kvalitetsstandarder som kommunalbestyrelsen årligen är skyldig att fastställa, 12–14 §§. Det är dock viktigt att notera att även när man använder godkännandemodellen kan man tillämpa ett upphandlingsförfarande, där den vinnande verksamhetens anbud läggs till grund för de kvalifika-

⁸³ Den nedanstående framställningen bygger i huvudsak på den utförliga redogörelse för regelverket och de bakomliggande motiven till det som ges i Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 125–159. Se även Michael Steinicke & Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver, 2003, s. 68 f. För en kortfattad beskrivning av den danska modellen och dess omfattning, se även Per Gunnar Edebalk och Marianne Svensson, Kundval för äldre och funktionshindrade i Norden; konsumentperspektivet, Nordiska Ministerrådet, TemaNord 2005:507, 2005, s. 36 ff

⁸⁴ Samma skrivning finns i 17 § 1 st. bekendtgørelsen.

⁸⁵ Leverantörerna kan vara såväl offentliga institutioner som privata företag, juridiska eller fysiska personer. Leverantörernas rättsliga status anses sakna betydelse, eftersom de villkor som uppställs för verksamheten är de samma för alla leverantörer.

tionskrav som sedan kommer att ställas på verksamheten. En förutsättning för detta är alltså att förfarandet bygger på att den leverantör som vinner upphandlingen därefter låter sig konkurrensutsättas i enlighet med godkännandemodellens regler. Därefter kan alla presumtiva leverantörer sluta avtal med kommunen om tjänsteprestationer inom det aktuella området så länge de uppfyller de krav som ställts upp till följd av det vinnande anbudet och tillhandahåller tjänsterna till det pris som följer av det vinnande anbudet, 15 §.

När kommunen väljer att använda entreprenadmodellen, skall kommunen enligt 4 § sluta avtal med 2–5 leverantörer av personlig och praktisk hjälp. Även om Danmark saknar generella upphandlingsregler vad gäller inköp under tröskelvärdena respektive upphandlingar av B-tjänster, anges i 3 § 2 st. att det offentliga inköpet skall göras mot bakgrund av upphandlingsdirektiven. Skulle det vid ett upphandlingsförfarande inte gå att tilldela några leverantörer kontraktet, som huvudregel utifrån kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall däremot godkännandemodellen användas.

En anledning att använda ett upphandlingsförfarande kan vara att begränsa antalet tjänsteleverantörer, en annan kan vara att man misstänker att priset kan bli lägre än vad det skulle bli enligt godkännandemodellen, en tredje är att avtalets löptid i dessa fall är begränsat.⁸⁶

Bekendtgørelsen omfattar dock inte frit valg vad gäller service till servicetagare i äldreboenden osv., eftersom det vid sådana tjänster anses vara bättre med en koordinerad helhetslösning, § 6 st. 3. Kommunerna får därför inte använda godkännandemodellen i samband med tillhandahållandet av service till de boende på äldreboenden; där skall i stället upphandlingsreglerna användas för att välja en viss tjänsteleverantör till ett visst äldreboende eller i egen

⁸⁶ Se Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 136 f.

regi tillhandahålla den service som erfordras.⁸⁷ Bekendtgørelsens bestämmelser om kvalitetskrav gäller dock såväl för de som bor kvar hemma som för boende i särskilda äldreboenden.

De kontrakt som tilldelas enligt upphandlingsmodellen utgör ramavtal, eftersom kommunen vid tilldelning av kontrakt inte kan garantera att någon brukare kommer att välja en viss tjänsteleverantör. Ett sådant val blir ju beroende av en mängd olika faktorer som vilket behov brukaren har och vilket biståndsbeslut denne får av socialnämnden och vilket intresse brukaren har att engagera sig i att fritt välja leverantör. En viss leverantör kan därför kanske få uppleva att någon brukare över huvud taget inte väljer denne.⁸⁸

Det har även i Danmark framhållits att godkännandemodellen kan medföra vissa konflikter i förhållande till upphandlingsdirektivet. Eftersom det rör sig om inköp av en s.k. B-tjänst går det att använda en kundvalsmodell utan att det står i strid mot direktiven, så länge som de allmänna krav som gäller för B-tjänster är uppfyllda. Reglerna rörande tekniska specifikationer skall därför beaktas och de avtal som sluts skall också anmälas till kommissionen om det samlade värdet överstiger tröskelvärdena. Det har anförts att det är tveksamt om det sistnämnda sker i någon större omfattning.

Det har vidare framhållits att det faktum att kommunerna fastställer kvalitets- och priskrav för verksamheten kan medföra att leverantörerna bör ses som avtalsparter till kommunen och att de avtal som sluts efter en sådan kvalificering därför också bör omfattas av de

⁸⁷ Jfr dock de danska reglerna om den s.k. udfordringsretten, dvs. externa leverantörers rätt att utmana kommunalt tillhandahållna tjänster. Se närmare Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 58–103, samt Tobias Indén, Utmanande rätt eller rätten att utmana – ett danskt privatiseringsinitiativ i en svensk kontext, FT 2005, s. 283–300. Reglerna har emellertid fått en mycket begränsad genomslagskraft och tillämpas sällan i praktiken.

⁸⁸ Se Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 144 f.

regler som gäller för offentlig upphandling.⁸⁹ Samtidigt torde det vara så att så länge kraven på konkurrensneutralitet, icke-diskriminering, opartiskhet, transparens och offentliggörande av villkoren för att delta som leverantör inte strider mot EG-rätten, så kan det heller inte föreligga något hinder mot att använda sig av en godkännandemodell i den nationella rättsordningen avseende B-tjänster.

9.2 Sammanfattande kommentar

I Danmark stadgas i 3 § bekendtgørelsen om frit valg att en kommun när den fattar beslut om valfrihetsmodellen, kan välja att antingen sluta avtal med de leverantörer som uppfyller de kvalitetskrav och den prisnivå som kommunen ställt upp, godkännandemodellen, eller använda sig av en offentlig upphandling, entreprenadmodellen, för att tillgodose sina behov. Den primära lösningen skall alltså vara att använda godkännandemodellen.

Man bör dock ha i åtanke att Danmark endast implementerat upphandlingsdirektiven, dvs. man har – åtminstone än så länge – inte liknande regler för B-tjänster och upphandlingar under tröskelvärdena som vi har, varför en jämförelse inte blir helt rättvisande. Som nämdes ovan har vi förfaranderegler för såväl inköp av B-tjänster som offentliga inköp under tröskelvärdena i 6 kap. lagen om offentlig upphandling. Någon förändring i detta avseende följer inte heller av de lagar som föreslagits vid implementeringen av de nya upphandlingsdirektiven.

En annan skillnad är, som också berörts ovan, är att de regler om ramavtal som föreslagits i Sverige mot bakgrund av de nya upphandlingsdirektiven kräver att dessa innehåller på förhand fastställda fördelningsnycklar, vilket torde leda till att de – till skillnad

⁸⁹ Se Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 147 f. Se även mål C-324/98, *Telaustria*, REG 2000, s. I-10745.

från vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling – blir mer eller mindre oanvändbara vid en upphandling som tar sikte på brukarnas fria val av leverantörer. Vad som gäller för ramavtal omfattande belopp under tröskelvärdena eller avseende B-tjänster i Danmark är mera osäkert.

Slutligen bör också framhållas att det även i Danmark framlagts ett lagförslag om upphandlingar under tröskelvärdena. Det lagda förslaget går ut på det skall företas en offentlig upphandling vid alla inköp av varor och tjänster som överstiger ett belopp på 500 000 danska kronor.⁹⁰ Lagförslaget omfattar B-tjänster, vilket också kan komma att leda till förändringar med avseende på hur leverantörerna väljs ut enligt bekendtgørelsen om frit valg inom socialtjänsten. Man skulle med andra ord kunna säga att Danmark i och med lagändringen närmar sig den svenska regleringen med avseende upphandlingar under tröskelvärdena.

⁹⁰ Se lovforslag L 152, Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud, på www.ft.dk under dokumenter.

Bilaga 2 Angående de rättsliga förutsätt- ningarna för kundvalssystem inom vård och omsorgssektorn mot bakgrund av upphand- lingslagstiftningen – professor Ulf Bernitz

1	Uppdraget	204
2	Upphandlingsreglerna för vård- och omsorgssektorn	205
3	Möjligheterna till lagändring.....	211
4	Jämförelse med skolområdet.....	213
5	Möjligheterna att införa en vårdpengsmodell.....	216
6	Konsumentskyddet inom vård- och omsorgssektorn	219
7	Sammanfattning	221

1 Uppdraget

Konkurrensverket har givit mig i uppdrag att lämna en skriftlig rapport som redovisar bedömningen av följande uppdrag.

Uppdraget avser att klargöra om användningen av kundvals-system med auktorisation (den s.k. Nackamodellen) inom vård- och omsorgssektorn är förenlig med upphandlingsreglerna. Analysen skall göras för såväl det svenska regelverket, lagen om offentlig upphandling (LOU), som för relevanta EG-direktiv.

Om det i analysen fastställs att modellen inte är tillämpbar i lagens mening ska förslag lämnas för hur gällande legala förutsättningar kan ändras för att göra modellen tillämpbar. Härvid ska en jämförelse göras med vad som gäller inom skolområdet och det ska fastställas om det finns anledning att från legal synpunkt se annorlunda på verksamhet inom skolväsendet – avgränsat till grund- och gymnasieskolverksamhet respektive förskoleverksamhet – i förhållande till äldreomsorg.

Rapporten ska även i korthet redovisa vilket konsumentskydd som finns i Sverige inom vård- och omsorgssektorn.

2 Upphandlingsreglerna för vård- och omsorgssektorn

En viktig utgångspunkt är att klargöra vad som gäller i fråga om skyldighet till upphandling inom vård- och omsorgssektorn.

EG:s upphandlingsdirektiv har genomförts i Sverige inom ramen för lagen av 1992 om offentlig upphandling (LOU). EG-direktiven är bara tillämpliga på upphandlingar som ligger över vissa tröskelvärden (större upphandlingar). Tröskelvärdena, som successivt justeras, framgår av förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, som preciserar 5:4 LOU. Tröskelvärdena för tjänster är för närvarande för statliga myndigheter 1 253 000 SEK och för övriga upphandlande enheter (såsom kommuner) 1 826 000 SEK.

LOU är emellertid tillämplig även på upphandlingar som ligger under dessa tröskelvärden. Det svenska ställningstagandet att LOU skall gälla även för upphandlingar under tröskelvärdena skall ses mot bakgrund av att EG-rättens allmänna regler enligt EG-fördraget om förbud mot diskriminering pga. nationalitet och andra otillåtna handelshinder är fullt tillämpliga också på upphandlingar som underskrider tröskelvärdena. Huvudprincipen är att stat och kommun skall göra sina inköp affärsmässigt och konkurrensneutralt och ge leverantörerna lika förutsättningar och samma tillgång till information. Man får t ex inte ge företräde för lokala leverantörer pga. det geografiska läget. Skulle t ex en upphandlande enhet föreskriva att viss produkt av svensk tillverkning skall användas eller personal med viss svensk utbildning eller kompetens skall användas måste det tilläggas "eller likvärdigt"; likvärdiga produkter eller kompetenser från annat håll inom EU måste fullt ut godtas.¹ Uppställda krav måste också vara välmotiverade och proportionerliga till sin

¹ I EG-domstolens rättspraxis märks fallet C-59/00, Vestergaard; bygge av äldreboende, föreskrift om fönster av visst märke.

utformning så att de inte utgör hinder för andra leverantörer. Det finns vidare en skyldighet att lämna insyn i upphandlingsförfarandet så att det går att kontrollera att förfarandet är opartiskt, den s.k. transparensprincipen.² Detta är alltså generellt gällande krav enligt EG-rätten.

EU har 2004 antagit nya upphandlingsdirektiv: tjänstedirektivet (2004/17/EG) och direktivet (2004/18/EG) för den s.k. klassiska sektorn. Ändringarna i de nya direktiven rör främst enskildheter i upphandlingsprocessen, innehållsmässigt är ändringarna små. Den svenska implementeringsprocessen är försenad och pågår fortfarande. Vad som hittills förevarit (utredningsförslag, SOU 2005:22 och SOU 2006:28, och en starkt kritiserad lagrådsremiss) har inte inneburit någon ändring av principen att den svenska upphandlingslagstiftningen också skall gälla för upphandlingar under tröskelvärdena.

Hälso- och sjukvårdstjänster utgör s.k. B-tjänster, de tillhör med EG-rättens terminologi det icke prioriterade området. Hit hör också utbildning, dvs. bland annat skolor. B-tjänster faller oavsett värde under 6 kap LOU, dvs. de i viss mån förenklade regler som i övrigt gäller i Sverige för upphandlingar under tröskelvärdena.

En upphandling kan ibland omfatta både A- och B-tjänster. A-tjänster är t ex transporter, finansiella tjänster, data- och teletjänster och flertalet konsulttjänster. Om värdet av en blandad upphandling av A- och B-tjänster värdemässigt till övervägande del avser A-tjänster, tillämpas reglerna för A-tjänster, överväger B-tjänsterna tillämpas reglerna för dessa på helheten.

Upphandlingen skall ske enligt de närmare reglerna i 6 kap LOU, dvs. normalt genom annonsering i elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Preciserat förfrågningsunderlag skall finnas, liksom

² EG-domstolens fall C-324/98, Telaustria; tjänstekoncession, katalogutgivning.

bl.a. fixerad anbudstid. Normalt skall det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas (vilket inte behöver vara detsamma som anbudet med lägsta priset). Överstiger upphandlingen vissa tröskelvärden (se särskilt 5:4 LOU) skall upphandlingen också utannonseras enligt EG-rättens regler, dvs. genom EU:s databas.

Att hälso- och sjukvårdstjänster är B-tjänster och faller under 6 kap LOU innebär alltså inte att en upphandlande enhet får avstå från att tillämpa ett upphandlingsförfarande. Direktupphandling – alltså att man vänder sig till endast en leverantör – får enligt 6:2 LOU bara användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

Vad som utgör direktupphandling till "lågt värde" saknar en fast definition. Den närmare innebörden har varit omdiskuterad och i Upphandlingskommitténs betänkande SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, föreslogs att man skulle införa en generell gräns på sju basbelopp. Saken har ånyo varit uppe i betänkandet SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2. NOU har dock motsatt sig en fast gräns och förordat flexibilitet. Saken belyses ingående i NOU:s yttrande 2007-04-17 till Kammarrätten i Sundsvall (finns på NOU:s webbplats).³ I fallet redovisades delade meningar inom NOU i frågan om en direktupphandling avseende konsulttjänster för 209 000 kr kunde anses gälla "lågt värde", men majoriteten ansåg att det var fråga om lågt värde. Det framgår av yttrandet att NOU bedömde situationen utgöra ett gränsfall.

Maximum för direktupphandling till lågt värde torde i vart fall knappast ligga högre än ca 250 000 kr. Det betyder att leveranser av hälso- och sjukvårdstjänster normalt torde ligga ovanför gränsen för vad som räknas som "lågt värde".

³ www.nou.se

Det andra undantaget där LOU medger direktupphandling är som nämnt "synnerliga skäl". I proposition 2001/02:142 har uttalats angående hälso- och sjukvårdstjänster:

"Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- eller boendialternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning."

NOU har kritiserat ett fall där en upphandlande enhet inte tagit hänsyn till att patienter genom sina anhöriga tydligt givit till känna att de inte ville ha en leverantör som den upphandlande enheten avsåg att direktupphandla från.⁴

Som framgår kan "synnerliga skäl" bara åberopas i situationer som framstår som speciella. Det kan konstateras att det i normala fall knappast är möjligt att direktupphandla vård- och omsorgstjänster under åberopande av "synnerliga skäl".

LOU gäller för alla upphandlande enheter. Hit hör staten, kommuner och landstingskommuner. Begreppet upphandlande enhet är emellertid väsentligt vidare. Hit hör t.ex. kommunala bolag och stiftelser. Härutöver hör också hit privata juridiska personer som tillgodose behov i det allmännas intresse och som till större delen (mer än 50 %) finansieras eller styrs av det allmänna (se 1:6 LOU). Undantaget i LOU för behov av industriell eller kommersiell karaktär är inte aktuellt i detta sammanhang. Man bör notera att upphandlingsreglerna har en så vid omfattning att även privata vårdgivare, vars verksamhet är väsentligen finansierad av det allmänna, i princip är upphandlingsskyldiga.

⁴ NOU Info dec. 2003 s 19.

Däremot behövs, som bekant, inget upphandlingsförfarande om ett offentligt organ, t ex en landstingskommun eller primärkommun, utför en verksamhet i egen regi. Vad som kan jämföras med egen regi har behandlats av EG-domstolen vid åtskilliga tillfällen. Denna praxis, som får anses riktningssättande också för LOU, har EG-domstolen sammanfattat på följande sätt:

”Enligt domstolens fasta rättspraxis krävs det enligt direktiven om offentlig upphandling inte någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet skall utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.”⁵

Yttrandet synes göra det möjligt för en kommun att bedriva egenregiverksamhet inom ett kommunägt aktieföretag som arbetar i omedelbar anknytning till den kommunala verksamheten. Anlitande av fristående leverantörer går däremot helt klart inte in under egenregibegreppet.

Det kan nämnas att hela frågan om upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster var föremål för ingående belysning i betänkandet SOU 1999:149, Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster. I betänkandet återfinns en ingående behandling av upphandlingslagstiftningen. Utredningen slog fast att hälso- och sjukvårdstjänster liksom andra B-tjänster inte är uteslutna från EG-direktiv om upphandling och heller inte från LOU. Något förslag om att frånga den tillämpade ordningen lämnades inte.

⁵ Citat ur EG-domstolens dom i mål C-295/05, Tragsa punkt 55.

En fråga som särskilt behandlades av den nämnda utredningen, men som i huvudsak synes ligga utanför denna rapport, är möjligheterna att ansluta vissa privata vårdgivare, t ex sjukgymnaster, till den offentligt finansierade vården genom särskilda s.k. samverkansavtal. Utredningen diskuterade frågan om särskild lagstiftning i denna fråga; något som dock inte kommit till stånd. Numera finns emellertid en dom av Regeringsrätten, som har funnit sådana samverkansavtal med sjukgymnaster ligga utanför LOU, eftersom det får anses vara ett beslut av landstinget av förvaltningsrättslig karaktär att ansluta enskilda sjukgymnaster till den offentligt finansierade vården.⁶

En ny utredning har i dagarna lämnat betänkandet SOU 2007:37, *Vård med omsorg*. Detta betänkande behandlar också upphandling inom hälso- och sjukvårdssektorn med särskild tonvikt på situationen för mindre, fristående och i praktiken Sverigebaserade leverantörer av sådana tjänster, särskilt sådana vars verksamhet innefattar ett ideellt inslag.⁷ Enligt utredningen har dessa leverantörer svårt att hävda sig på den svenska marknaden för upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

Sammanfattningsvis visar denna översikt av upphandlingslagstiftningen att denna har en mycket täckande räckvidd, bl.a. genom den breda definitionen av vad som utgör upphandlande enhet. Hälso- och sjukvårdstjänster är visserligen s.k. B-tjänster men de faller ändå under LOU, bortsett från möjligheten att använda direktupphandling av tjänster av "lågt värde" (upp till ca 250 000 kr) och situationer där det föreligger "synnerliga skäl". Möjligheten för bl.a. kommuner att driva tjänsteverksamhet i egen regi kan bara utsträckas till andra enheter över vilka man har full kontroll och som driver huvuddelen av verksamheten tillsammans med den egna verksamheten.

⁶ Regeringsrättens om 11 maj 2006 i mål 2789-04, NOU Info juni 2006 s 7.

⁷ Se bl.a. bil. 6 och 7 till betänkandet.

3 Möjligheterna till lagändring

Det bör understrykas att hela ordningen för offentlig upphandling bygger på EG-rätten och preciseras framför allt genom EG-domstolens praxis. För upphandlingar som överskrider tröskelvärdena måste upphandlande enheter i Sverige följa EG-reglerna också på hälso- och sjukvårdsområdet. EU:s nya upphandlingsdirektiv och härpå baserad ny svensk lagstiftning på området kommer inte att ändra detta.

I SOU 2007:37 uppmärksammas att omfattningen av den offentliga upphandlingen inom hälso- och sjukvårdssektorn varierar betydligt mellan EU:s medlemsländer.⁸ En förklaring till detta kan vara att offentliga vårdgivare använder sig av verksamhet i egen regi i olika stor omfattning. En annan, viktig förklaring synes vara att fristående, icke offentliga eller offentligt finansierade vårdgivare (ofta med anknytning till privata sjukssystem) spelar en väsentligt större roll i åtskilliga EU-länder än fallet är i Sverige.

Kravet på upphandling också av hälso- och sjukvårdstjänster under tröskelvärdena följer av den interna svenska lagstiftningen, dvs. LOU. Det har hittills inte varit aktuellt att ändra denna ordning. EU kräver dock inte att en upphandlingslagstiftning med i princip likartad utformning skall tillämpas också för upphandlingar som understiger tröskelvärdena.

Det bör dock uppmärksammas att EG-rättens allmänna regler om icke diskriminering pga. nationalitet och fri rörlighet för tjänster över gränserna gäller generellt. Här hänvisas till vad som sagts ovan om skyldighet iaktta likabehandling i förhållande till anlitade leverantörer, kravbeskrivningar som är proportionerligt utformade och att godta likvärdig kompetens samt tillämpa transparens i förfarandet.

⁸ Se bl.a. SOU 2007:37 s 281 ff.

Mot denna bakgrund bör övervägas vad som verkligen skulle vinnas med att lägga hälso- och sjukvårdsupphandlingar under tröskelvärdena utanför LOU.

Den kritik som framförs i SOU 2007:37 med utgångspunkt i de mindre leverantörernas situation torde delvis kunna tillmötesgå genom ändrade rutiner i tillämpade upphandlingsförfaranden. Det verkar i dagens läge finnas en tendens i Sverige att gärna föredra mycket stora upphandlingar med detaljerade kravspecifikationer. Detta är givetvis ägnat att stänga ute mindre aktörer. Det kan t ex finnas skäl att överväga att dela upp upphandlingarna i mindre enheter, att låta vissa upphandlingar avse en längre tidsrymd än vad som nu är gängse, att reducera kravspecifikationerna på vilka uppgifter varje anbudsgivare behöver lämna och även i övrigt observera situationen för anbudsgivare med mindre avancerade administrativa rutiner etc.

Sammanfattningsvis gäller alltså att kravet på att hälso- och sjukvårdstjänster skall upphandlas enligt reglerna för B-tjänster (fn enligt reglerna i 6 kap LOU) följer direkt av EG-rätten såvitt gäller upphandlingar över tröskelvärdena och alltså inte kan ensidigt ändras i Sverige. När det gäller inköp av hälso- och sjukvårdstjänster för belopp under tröskelvärdena är däremot Sverige inte skyldigt enligt EG-rätten att tillämpa ett upphandlingssystem enligt LOU men har likväl att iaktta EG-rättens nyssnämnda allmänna principer om icke diskriminering och fri rörlighet.

4 Jämförelse med skolområdet

I uppdraget ingår att göra en jämförelse med skolområdet. Det skall fastställas om det från legal synpunkt finns anledning att se annorlunda på verksamhet inom skolväsendet i förhållande till äldreomsorg.

Skolväsendet har en omfattande legal reglering inom ramen för skollagen (1985:1100) med många senare ändringar. En utgångspunkt är att barn är skolpliktiga från sju års ålder. En annan utgångspunkt är att det allmänna skolväsendet är skyldigt att tillhandahålla skolutbildning för alla barn. Fristående skolor regleras i ett särskilt kapitel i skollagen (9 kap.). Grundläggande är här att en fristående skola skall vara godkänd enligt den särskilda ordningen för godkännande av fristående skolor. Är skolan godkänd, får skolplikten fullgöras i en fristående skola. För eleverna i en sådan skola har skolan (med vissa begränsade undantag) rätt till bidrag, den s.k. skolpengen. Den skall bestämmas med hänsyn till skolans åtagande och elevens behov efter samma grunder som kommunen tillämpar vid fördelning av resurser till de egna grundskolorna (9:6 skollagen). Fristående skolor som uppbär skolpeng får inte ta ut avgifter av eleverna.

Frågan om fristående skolor själva skall ses som upphandlande enheter har behandlats av NOU.⁹ Nämnden noterade att det saknas legala hinder mot att sådana skolor drivs i vinstsyfte, tvärtom är så vanligt. Nämnden konstaterade vidare att fristående skolor konkurrerar med de kommunala om elevunderlaget på en konkurrentutsatt verksamhet och själva bär den ekonomiska risken för sin verksamhet. NOU fann att övervägande skäl talar för att de fristående skolorna driver verksamhet av kommersiell karaktär och därför normalt inte är skyldiga att upphandla. Läget, anförde NOU, kunde dock

⁹ NOU info mars 2004 s 3 f.

vara annorlunda om en kommun har ett avgörande inflytande över verksamheten.

Som synes har skolområdet en särskild legal reglering som bygger på att kommunerna är skyldiga att driva full skolverksamhet i egen regi men även skyldiga att genom skolpengen likabehandla alla skolbarn, för vilka barnens vårdnadshavare väljer att låta barnet gå i en fristående skola, förutsatt att denna i särskild ordning blivit godkänd.

De legala förutsättningarna på vård- och omsorgsområdet har en väsentligt annorlunda utformning. Området regleras väsentligen av hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) med senare ändringar. Denna lag är väsentligt mindre omfattande lag än skollagen, till största delen närmast en ramlag. Lagen slår fast som en grundläggande utgångspunkt landstingens skyldighet att erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget (i viss mån även till utanförstående) och i övrigt verka för en god hälsa inom befolkningen. Lagen ger landstingen möjlighet att sluta avtal med annan om att utföra de uppgifter som landstinget svarar för och att föreskriva särskilda villkor för detta. Vissa politiskt kontroversiella begränsningar i dessa möjligheter till överlåtelse av vårduppgifter (den s.k. stopplagen) har nyligen slopats. Lagen innehåller också en allmän regel om primärkommunernas ansvar för att erbjuda god hälso- och sjukvård till dem som bor i boendeformer som regleras i socialtjänstlagen eller deltar i dagverksamhet. Också primärkommuner får sluta avtal med annan om att utföra dessa uppgifter och om villkoren för detta.

Det finns en särskild lag om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område (1998:531). Denna är fokuserad på hälso- och sjukvårdspersonalen och ger grundläggande regler om hur dessa skall utföra sina uppgifter samt om disciplinpåföljder och Socialstyrelsens tillsyn över personalen. Det finns också regler om legitimation för olika yrken inom området (apotekare, arbetsterapeut, barnmorska

etc.). Det är här fråga om en legitimationsordning inriktad på de enskilda individerna. Det finns däremot inte någon ordning för auktorisation av vårdgivare som driver en mer omfattande verksamhet.

En intressant iakttagelse är att det saknas övergripande regler om fristående vårdgivare inom hälso- och sjukvården som skulle kunna ses som en motsvarighet till skollagens reglering av de fristående skolorna. Detta betyder inte att området är helt oreglerat. Vissa allmänna bestämmelser i de två nämnda lagarna gäller för alla vårdgivare och Socialstyrelsen har utfärdat olika detaljbestämmelser. Någon allmänt gällande ordning för godkännande av fristående vårdgivare saknas emellertid. Härigenom saknas alltså något ramverk till vilket det skulle vara möjligt att basera en ordning med något slag av vård- och omsorgspeng motsvarande skolpengen. Det är tydligt att det är landstingens verksamhet och ansvar som hälso- och sjukvårdslagstiftningen valt att helt sätta i centrum. Landstingen har givits stor frihet att själva bestämma över hälso- och sjukvårdsverksamhetens närmare utformning, särskilt sedan stopplagen slopats, inom ramen för deras allmänna skyldighet att svara för att en god hälso- och sjukvård tillhandahålls. Motsvarande gäller för de omsorgsuppgifter som lagts på primärkommunerna.

Sammanfattningsvis innebär det sagda att det finns stora olikheter i nuläget från legal synpunkt mellan skolverksamhet och verksamhet inom vård- och omsorgssektorn, framför allt i de legala förutsättningarna för fristående aktörer.

5 Möjligheterna att införa en vårdpengsmodell

På skolområdet tillämpas som nämnt inte en ordning med offentlig upphandling. Det synes framför allt vara tre komponenter som gör detta möjligt, nämligen

1. systemet med godkännande av fristående skolor enligt objektiva och enhetliga kriterier,
2. den enskildes rätt att själv välja skola och
3. ordningen med en skolpeng som är så bestämd att den är knuten till den enskilda personen och lika stor oberoende av om utbildningen ges av en kommunal eller fristående skola.

Det blir med denna utformning den enskilde som väljer leverantör (fullgör beställarrollen) och inte ett offentligt organ och följaktligen sker ingen upphandling. De kommunala skolorna utgör verksamhet driven i kommunernas egna regi och finansieras likaledes av skolpengen.

Det synes fullt möjligt att överföra denna modell till vård- och omsorgsområdet eller till klart avgränsade och definierade delar av detta. Man behöver i så fall använda sig av samma grundkomponenter, nämligen:

1. en ordning för godkännande av den ifrågavarande typen av fristående verksamhet inom hälso- och sjukvårdsområdet samt omsorgsområdet enligt objektiva och enhetliga kriterier,
2. den enskildes rätt att själv välja den verksamhet av ifrågavarande typ som han önskar anlita,

3. en vårdpeng som är knuten till den enskilde personen och vars storlek är oberoende av vilken verksamhet inom ifrågavarande typ som personen väljer att anlita.

Med en sådan ordning sker ingen upphandling från ett offentligt organs sida. De fristående vårdgivarna anlitas av de enskilda vårdtagarna såsom beställare med användning av vårdpengen. De kommunala vårdgivarnas verksamhet förutsätts driven i landstings- och primärkommunernas egen regi och likaledes vara vårdpengsfinansierad. Systemet förutsätts tillämpas objektivt och på lika villkor för leverantörerna (vårdgivarna) och med en sådan utformning i övrigt att det inte missgynnar leverantörer som vill komma in utifrån.

Frågan om de fristående vårdgivarna själva utgör upphandlande enheter och därigenom är skyldiga att upphandla synes kunna bedömas med utgångspunkt från vad NOU uttalat om fristående skolor (se ovan i avsnitt 4). Förutsatt att de liksom de fristående skolorna kan anses vara verksamma på en konkurrensutsatt marknad och där konkurrera om vårdtagarna, tillåts kunna vara vinstdrivande och själva bär den ekonomiska risken för verksamheten torde de inte vara skyldiga att upphandla. Uppfylls inte dessa förutsättningar, får man räkna med att de kan vara upphandlings-skyldiga, särskilt om det allmänna har ett avgörande inflytande över verksamheten (driften) hos de fristående vårdgivarna. Själva det faktum att landsting och primärkommuner har ett övergripande ansvar enligt hälso- och sjukvårdslagen för att kommunens innehavare har tillgång till en god hälso- och sjukvård medför dock inte att det allmänna skulle ha ett sådant inflytande över de fristående vårdgivarnas verksamhet.

I nuläget förekommer det enskilda kommuner som bedriver en verksamhet som i huvudsak följer den här ovan skisserade modellen. Här nämns främst Hallands läns landsting och Nacka kommun. Jag har inte sådan kännedom om den närmare utformningen av dessa system att jag kan uttala mig i frågan om de uppfyller de förutsätt-

ningar för att kunna utgöra ett vårdpengssystem utan upphandlingskrav som jag angivit i det föregående. Med hänsyn till att det är varje landstings- respektive primärkommun som bär ansvaret för att en god vård tillhandahålls inom kommunen enligt hälso- och sjukvårdslagen och att det är kommunen som är upphandlande enhet när ett upphandlingssystem tillämpas synes det emellertid fullt möjligt för en enskild landstings- eller primärkommun att efter eget beslut övergå till ett vårdpengssystem. Det synes också möjligt att övergå till ett vårdpengssystem endast inom en viss del av hälso- och sjukvårdsområdet, förutsatt att denna del är möjlig att särskilja och att dess omfattning är tydligt definierad.

Bedöms vårdpengssystemet vara önskvärt, synes det dock lämpligast att det blir föremål för en reglering genom nationell lagstiftning, såsom skett på skolområdet. Det blir då möjligt att utforma tydliga kriterier för godkännande av fristående vårdgivare med härtill knutna överklagandemöjligheter och att precisera grunderna för vårdpengens bestämmande och användning, såsom också skett på skolområdet. Nuvarande verksamhet inom kommuner med ett vårdpengssystem borde härvid kunna ge värdefullt erfarenhetsunderlag. Det förefaller inte nödvändigt att utforma en lagstiftning om vårdpengssystem som en skyldighet för landstings- och primärkommuner att gå över till vårdpengssystemet, utan det borde vara möjligt att utforma lagstiftningen så att den tillhandahåller denna möjlighet för de landstings- och primärkommuner som själva väljer att konsekvent tillämpa en sådan ordning. Det kan eventuellt visa sig lämpligt att utforma lagstiftningen så att den tillhandahåller mer än ett alternativ, förutsatt att dessa uppfyller de grundläggande krav som angivits i det föregående.

6 Konsumentskyddet inom vård- och omsorgssektorn

I uppdraget ingår även att i korthet beröra vad som gäller om konsumentskyddet inom vård- och omsorgssektorn.

Generellt kan sägas att detta varit ett eftersatt område såtillvida att det i allmänhet hållits utanför den konsumenträttsliga lagstiftningen och i huvudsak inte uppmärksammats i högre grad i Konsumentverkets verksamhet. Området ligger också i huvudsak utanför verksamheten vid Allmänna Reklamationsnämnden (ARN). Förklaringen ligger i första hand däri att området i huvudsak ansetts tillhöra den offentliga sektorn och det har därför bedömts vara en uppgift för landstings- och primärkommunerna att tillgodose vårdtagarnas/konsumenternas intressen. Härtill kommer att olika tillsynsmyndigheter ofta har utfärdat detaljerade föreskrifter av olika slag om hur verksamheten skall bedrivas och delvis bedriver inspektionsverksamhet.

Konsumenttjänstlagen trädde i kraft 1985 och saknade föregångare. När den på sin tid utarbetades ingick det i förutsättningarna för uppdraget att vård- och omsorgssektorn liksom skol- och utbildningssektorn skulle hållas utanför. De offentliga tjänsterna ansågs vara helt dominerande inom dessa områden och tjänster i privaträttsliga former, grundade på avtal, ansågs vara av mindre betydelse. Under de gångna drygt 20 åren har dock den faktiska situationen ändrats väsentligt och skulle göra det än mer vartefter ett vårdpengssystem blev vanligt. Om en privatperson (konsument) i ett vårdpengssystem väljer en fristående vårdgivare, som därigenom får i uppdrag att ge konsumenten viss vård mot ersättning, blir detta ett privaträttsligt avtal mellan vårdgivaren och konsumenten, även om konsumenten betalar vården med den vårdpeng som han fått

tillhandahållen av kommunen. Systemet bygger ju på att det är privatpersonen/konsumenten som är beställaren.

Konsumenttjänstlagen anses emellertid i tillämpliga delar kunna tillämpas analogiskt på vård- och omsorgstjänster, grundade på avtal, liksom på utbildningstjänster.¹⁰ Det kan gälla sådant som dröjsmål, fel och brister vid tjänstens utförande, skadeståndsansvar för vårdgivaren, möjligheter till prisavdrag på grund av fel och brister, avbeställningsrätt för konsumenten m.m. Praxis är emellertid mycket obetydlig och det råder oklarhet om vad som gäller. Frågan om att utvidga konsumenttjänstlagen till de avtalsbaserade delarna av vård- och omsorgsområdet, liksom utbildningsområdet, har aktualiserats vid olika tillfällen men inget konkret har hänt. Det skulle vara av värde om denna fråga togs upp till behandling. Det skulle sannolikt krävas vissa anpassningar av lagens nuvarande bestämmelser för att passa de särskilda förhållandena på dessa sektorer. Man kan t ex inte förplikta vårdgivare att tillse eller garantera att vården leder till visst resultat (såsom fallet är vid ombyggnader och reparationer) men det hindrar inte att vårdgivaren skall vara skyldig att utföra sina uppgifter omsorgsfullt etc. En utvidgning av konsumenttjänstlagen till att även innefatta avtalsbaserade hälso-, sjukvårds- och omsorgstjänster skulle emellertid vara fullt möjlig och är enligt min mening att rekommendera.

¹⁰ Detta har Högsta domstolen slagit fast i ett avgörande i ett fall som gällde rätt att avbeställa viss utbildning, Nytt Juridiskt Arkiv 2002 s 644.

7 Sammanfattning

Med hänvisning till vad som anförts i det föregående finner jag sammanfattningsvis:

Att hälso- och sjukvårdstjänster jämte omsorgstjänster är s.k. B-tjänster, för vilka upphandlingsskyldighet föreligger över angivna tröskelvärden direkt enligt EG-rättens regler och under tröskelvärdena enligt den svenska LOU, dock att direktupphandling tillåts av tjänster av "lågt värde" (max. högst ca 250 000 SEK) och när synnerliga skäl föreligger;

Att det inte är möjligt att slopa upphandlingsskyldigheten för B-tjänster över tröskelvärdena, eftersom detta är ett krav enligt EG-rätten, men att det däremot är möjligt att slopa upphandlingsskyldigheten under tröskelvärdena genom ändring av LOU. Offentliga inköpare skulle likväl förbli skyldiga att iaktta EG-rättens allmänna krav på likabehandling, transparens, godtagande av likvärdig kompetens och undvikande av krav som inte är proportionerliga;

Att hälso- och sjukvårdsområdet i nuläget saknar en legal reglering liknande skollagen med dess ordning för godkännande av fristående skolor, rätt för vårdnadshavare och elev att välja skola (dvs. vara beställare) och med en skolpeng som utgår med lika belopp oavsett val av kommunal eller fristående skola;

Att ett beställarbaserat system, karakteriserat av en ordning för godkännande av fristående vårdgivare, rätt för vårdtagare att själv välja vårdgivare såsom beställare och en ordning med vårdpeng som utgår med lika belopp oavsett vårdtagarens val av vårdgivare i viss mån förekommer på vårdområdet redan i nuläget och skulle kunna utformas för olika typer av vårdformer med utnyttjande av skollagens system som huvudsaklig förebild;

Att det med ett sådant system, konsekvent tillämpat, inte torde finnas någon skyldighet för kommunerna att upphandla de fristående vårdgivarnas tjänster (eftersom vårdtagarna är beställare med utnyttjande av sin vårdpeng). Det är dock att rekommendera att systemet underbyggs med en nationell lagstiftning, bl. a. i syfte att säkerställa en objektiv ordning för godkännande av fristående vårdgivare;

Att fristående vårdgivare i ett dylikt system, i likhet med som anses gälla för fristående skolor, inte torde vara skyldiga att själva upphandla, förutsatt att de fungerar på en konkurrensutsatt marknad och själva bär den ekonomiska risken och ansvaret för driften samt

Att den konsumentskyddande lagstiftningen för den del av vård- och omsorgssektorn, där vården bygger på privaträttsliga avtal mellan vårdgivare och vårdtagare/konsument såsom beställare, är bristfälligt utformad i nuläget. Konsumenttjänstlagens bestämmelser kan delvis tillämpas analogiskt men rättsläget är osäkert. En utvidgning av konsumenttjänstlagen till att även innefatta avtalsbaserade hälso-, sjukvårds- och omsorgstjänster skulle vara fullt möjligt och är att rekommendera.

Bilaga 3 Kundval i dansk äldreomsorg –
Marianne Svensson och Per Gunnar Edebalk,
Institutet för Hälso- och Sjukvårdsekonomi

1	Inledning	224
2	Den danska äldreomsorgen	225
3	Kundvalets omfattning	229
3.1	Geografiska skillnader	230
3.2	Brukare som har hjälp av privata utförare.....	232
4	Synen på kundval och valsituationen	234
4.1	Valsituationen	236
5	Brukarens upplevelser av hjälpen	238
6	Prövning av utförare	242
7	Ersättning till utförare	246
8	Etableringshinder	250
9	Fritvalgsdatabasen	252
10	Försök med personlig budget	254
11	Särskilt boende	256
12	Avslutande kommentar	259
	Referenser	263

1 Inledning

I de nordiska länderna ses ett ökat inslag av privata utförare inom äldreomsorgen och numera är privata entreprenörer vanliga. I samtliga länder har dessutom kundvalssystem diskuterats och i vissa fall införts. Några svenska kommuner var i detta avseende pionjärer i början av 1990-talet. Längst har utvecklingen gått i Danmark där ett nationellt reglerat kundvalssystem infördes år 2003. Detta innebär att en brukare har rätt att välja en annan utförare än kommunen. Med ett ökat intresse för kundval i Sverige är det angeläget att samla erfarenheter av kundvalssystemet i Danmark sedan lagen trädde i kraft.

Uppdraget

Institutet för hälso- och sjukvårdsekonomi (IHE) fick i mars 2007 i uppdrag av Konkurrensverket att sammanställa erfarenheter av det nationella kundvalssystemet i Danmark och att peka på utvecklingstendenser sedan lagen infördes år 2003 till och med år 2006.

Studien bygger på en sammanställning av inhemska studier som har gjorts om det danska kundvalssystemet. Någon egen empirisk forskning har inte genomförts utan rapporten baseras på en sammanställning av befintligt material. Utredningar och utvärderingar har eftersökts inom statliga verk, kommunförbund, universitetsinstitutioner och forskningsinstitut i Danmark.

2 Den danska äldreomsorgen

Enligt den danska lagen om social service ska kommunen erbjuda "personlig hjälp og pleje" och "hjälp eller støtte til nødvendige praktiske opgaver i hjemmet" till dem med nedsatt fysisk eller psykisk funktionsförmåga (Socialministeriet, 2006a, Lovbekendtgørelse nr 929). I Danmark finns tre typer av särskilda boenden för äldre: 1) ældre- och plejeboliger, 2) plejehjemsboliger (vårdhem) och 3) beskyttede boliger (skyddade bostäder). Hemtjänst (hjemmehjælp) består av både personlig omsorg (pleje) och praktisk hjälp. Det senare motsvarar städning, inköp och tvätt.

Hemtjänst ges inte enbart till dem som bor i ordinärt boende utan också i ældre- och plejeboliger. Hemsjukvård ingår i det kommunala ansvaret och är reglerad i särskild lagstiftning. I stort sett samtliga kommuner har en gemensam organisation för hemtjänst och hemsjukvård (Edebalk & Svensson, 2005).

År 2006 hade drygt 21 procent i åldern 65 år eller äldre hemtjänst (Danmarks Statistik, nov 2006). Mer än hälften av dem fick mindre än två timmars hemtjänst per vecka. I genomsnitt var antalet hemtjänsttimmar 5,4 timmar per vecka för samtliga brukare. De som fick både personlig omsorg och praktisk hjälp hade i genomsnitt drygt 9 timmars hemtjänst per vecka, medan de som enbart hade praktisk hjälp fick 0,7 timmar per vecka år 2006. Jämfört med Sverige är andelen brukare med hemtjänst högre i Danmark samtidigt som antalet timmar per brukare är betydligt lägre. Cirka nio procent av Danmarks ålderspensionärer bodde i särskilt boende år 2005 (Danmarks statistik Årsbok, 2006).

För att få hjälp enligt den danska lagen om social service genomför kommunen en biståndsbedömning. Beslutet om bistånd meddelas brukaren skriftligen och detta beslut innehåller också information om bland annat vilka insatser som brukaren ska få hjälp med och

under vilken tidsperiod hjälpen kommer att ges. Om kommunen inte kan ställa upp med nödvändig hemtjänst eller avlösning kan en kontant ersättning utbetalas för inköp av tjänster. Detta förekommer dock i begränsad omfattning (Edebalk & Svensson, 2005). Varaktigt hemtjänst är gratis för brukarna. Förutom skatter finansieras omsorgen med vissa statsbidrag.

Inom den danska äldreomsorgen sker en utveckling i riktning mot mindre praktisk hjälp och mer personlig omsorg. Det finns emellertid här ett tolkningsproblem genom att äldre på särskilda äldreboenden kan erhålla hemtjänst. Detta kan vara en förklaring till att hemtjänststatistiken numera redovisar fler timmar för personlig omsorg.

Utöver den kommunala äldre- och handikappomsorgen finns i Danmark en särskild lag om hjemmeservice. Lagen omfattar praktisk hjälp (städning och dylikt) i eget hem som ges av godkända företag. Lagen gäller från och med år 2004 enbart för pensionärer och de som utnyttjar tjänsterna betalar cirka 60 procent av timlönen. Uppgifter från år 2000 visar att 43 procent av dem som utnyttjade tjänsten var äldre än 67 år (Lewinter, 2004). De tjänster som pensionärer då i huvudsak använde var trädgårdsskötsel, städning och fönsterputsning. Hjemmeservicen har emellertid begränsats under senare år och omfattar idag inte t.ex. fönsterputsning. Uppföljningar visar också att inkomsten tycks ha betydelse för i vilken utsträckning som pensionären utnyttjar hjemmeservice.

En för Danmark speciell lag är lagen om förebyggande hembesök. Enligt lagen är det en skyldighet för kommunen att minst två gånger per år erbjuda hembesök hos dem som är 75 år eller äldre. Vid dessa besök, som är frivilliga för de äldre, dryftas personens aktuella livssituation, deltagande i nätverk, behov av hjälpmedel mm.

För hemtjänsten infördes den 1 januari 2003 ett generellt kundvalssystem. Detta innebär att en brukare av hemtjänst har rätt

att välja en annan utförare än kommunen. De som bor i äldreboiger omfattas av kundvalet eftersom här utgår hemtjänst. Möjlighet till kundval förekom i 17 av landets då 271 kommuner även tidigare, men det var då frivilligt för kommunerna att införa kundval.

Huvudtjänsterna i det danska kundvalssystemet är personlig omsorg (pleje), praktisk hjälp och matservice. Kommunen ska ställa upp kvalitetskrav och andra krav på verksamheten. Kommunen ska också fastställa enhetliga priser för de utförda tjänsterna.

Kommunstyrelsen får själv välja om de vill upphandla eller certifiera utförarna. Certifiering ses i lagen som huvudalternativet. Kommunen ska fastställa och offentliggöra priser och kvalitetskrav och privata utförare som ansöker och uppfyller villkoren ska godkännas. Kommunala och privata utförare är här likställda. Alternativt kan kommunen använda sig av upphandling, dvs. anbudskonkurrens. Vid upphandling är det möjligt med priskonkurrens. Kommunen får kontrahera minst två och högst fem leverantörer när det gäller personlig omsorg (pleje) och praktisk hjälp. Om anbudsförfarandet inte leder till minst två utförare ska huvudalternativet gälla. För matservice kan fler leverantörer förekomma. Kommunen väljer också om upphandling ska omfatta hela eller delar av hemtjänsten. Om kommunen väljer offentlig upphandling av personlig omsorg krävs att utförarnas verksamhet också omfattar hemtjänstinsatser på plejehem. Det får alltså endast förekomma en hemtjänstutförare på ett plejehem. Enligt den danska lagen måste den kommunala hemtjänsten också delta i upphandlingen på samma villkor som privata utförare. Fram till den 1/1 2007 gällde att kontraktstiden var begränsad till maximalt två år. Denna konkurrenshämmande regel är nu borttagen.

I samband med att kundvalssystemet infördes ställdes också krav på att kommunerna ska skilja myndighetsutövningen från utförandet av hemtjänsten. Omorganisering inom äldreomsorgsförvaltningarna enligt beställar- och utförarmodeller har i många kommuner

inneburit en centralisering av biståndshandläggningen och att denna koncentrerats till färre handläggare (Ankestyrelsen, 2004).

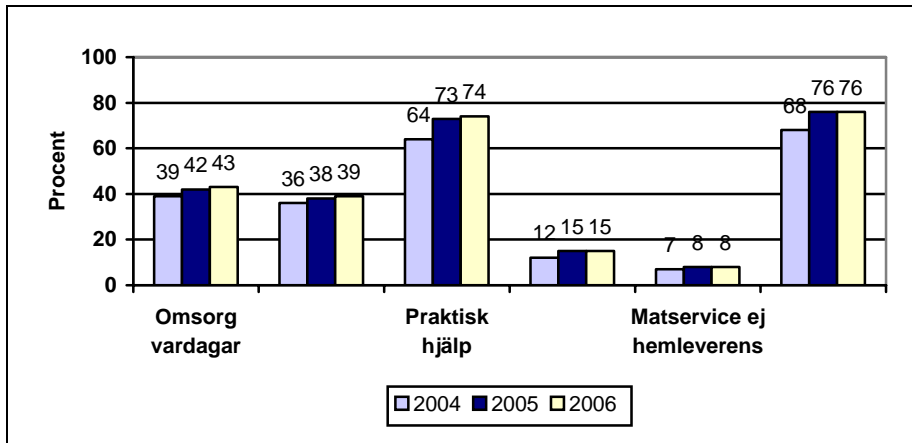
3 Kundvalets omfattning

Som framgår av föregående kapitel omfattar kundvalet i Danmark personlig omsorg (pleje), praktisk hjälp och/eller matservice. Enligt Ankestyrelsens uppföljning år 2006 hade 76 procent av de 237 kommuner¹ som deltog i undersökningen kundval i en eller flera av dessa tjänster, dvs. i dessa kommuner hade de äldre möjlighet att välja mellan minst två leverantörer (Ankestyrelsen, 2007a). Jämfört med år 2004 har denna andel ökat. Då var andelen kommuner med kundval 68 procent. Som framgår av figur 3.1 motsvaras denna ökning till stor del av en ökning av kundval inom praktisk hjälp. Dessutom ses ingen skillnad i kundvalets omfattning mellan åren 2005 och 2006.

Omfattningen av kundvalet är som störst för praktisk hjälp och minst när det gäller matservice. Medan 74 procent av kommunerna hade kundval som omfattade praktisk hjälp var det endast 15 procent som hade kundval för matservice år 2006. Cirka 40 procent av kommunerna hade samma år kundval för omsorg dagtid eller på övriga tider som kvällar, nätter och helger. Endast tio kommuner (dvs. fyra procent av samtliga) hade kundval som omfattade samtliga tjänster, dvs. personlig omsorg, praktisk hjälp och matservice.

¹ Totalt 270 kommuner i Danmark år 2006.

Figur 3.1 Andel kommuner med kundval för olika tjänster olika år.



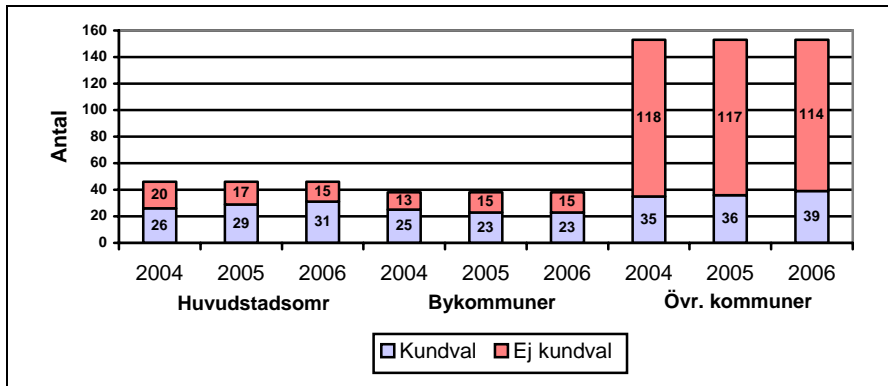
Källa: Ankestyrelsen, 2007a

3.1 Geografiska skillnader

Kundvalet är mest utbrett i kommuner i Köpenhamns och Roskildeområdet. Som framgår av figur 3.2 var det två tredjedelar av kommunerna i huvudstadsområdet som hade kundval för både personlig omsorg och praktisk hjälp år 2006. Nästan lika stor andel av bykommunerna hade kundval samma år. (Med bykommuner menas kommuner utanför huvudstadsområdet som har minst 10 000 invånare.) I de övriga kommunerna hade en fjärdedel av kommunerna två eller fler leverantörer för båda dessa tjänster. Någon större förändring har inte skett sedan år 2004, men viss ökning av kundval noteras i huvudstadsområdet och i övriga kommuner.

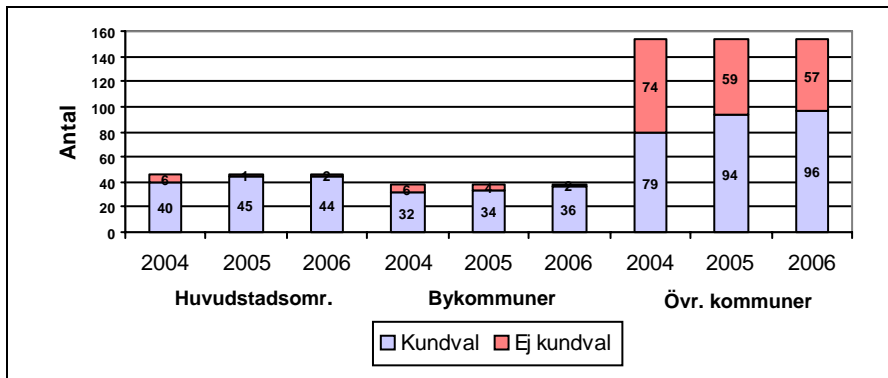
I figur 3.3 redovisas antalet kommuner som hade kundval för praktisk hjälp under perioden 2004-2006. Nästan samtliga kommuner i huvudstadsområdet och i bykommunerna hade kundval för denna tjänst år 2006. I övriga kommuner var andelen 63 procent.

Figur 3.2 Antal kommuner med kundval respektive inte har kundval för personlig omsorg (dag/kväll/natt/helg) och för praktisk hjälp fördelat på olika kommuntyper, år 2006



Källa: Ankestyrelsen, 2007a

Figur 3.3 Antal kommuner med kundval respektive inte har kundval för praktisk hjälp fördelat på olika kommuntyper, år 2006



Källa: Ankestyrelsen, 2007a

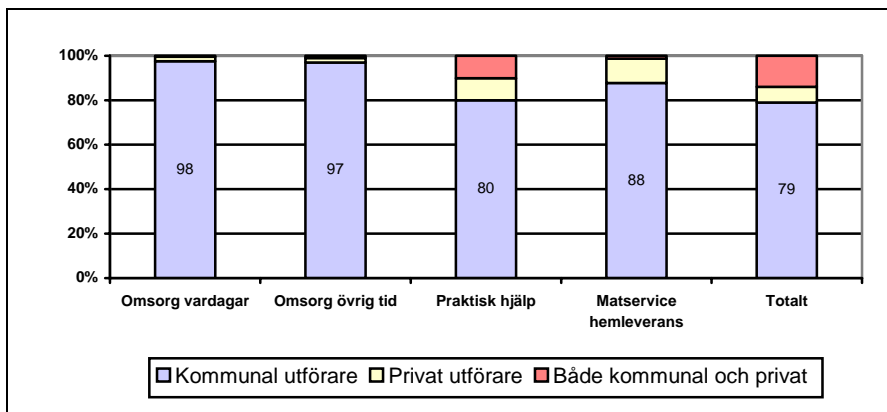
Ankestyrelsens uppföljning visar också att det totalt fanns 459 leverantörer av *personlig omsorg (dagtid under vardagar)* i de 237 kommunerna år 2006. Det ger i genomsnitt 1,9 leverantörer per kommun. Flest leverantörer fanns i huvudstadsområdet med 3,1 stycken i genomsnitt.

Antalet leverantörer för *praktisk hjälp* var fler än för personlig omsorg, 794 stycken år 2006. Genomsnittligt antal per kommun var 3,4 leverantörer. Även här var det i genomsnitt fler leverantörer i huvudstadsområdets kommuner och i bykommunerna, 5,6 respektive 5,1 leverantörer per kommun.

3.2 Brukare som har hjälp av privata utförare

Enligt Ankestyrelsens uppföljningar hade sju procent av hemtjänsttagarna våren 2003 hjälp av privata utförare (Ankestyrelsen, 2003). Denna andel har därefter successivt ökat. År 2004 och år 2005 hade 16 procent respektive 21 procent av brukarna hjälp av privata utförare. (Ankestyrelsen, 2004; 2005a). Det var emellertid endast sju procent av brukarna år 2005 som enbart hade hjälp privata utförare. Kartläggningen visar också att medan cirka tio procent av brukare med praktisk hjälp fick uteslutande hjälp av privata utförare var det endast två procent av brukarna som fick hjälp enbart av privata utförare med personlig omsorg (pleje) (figur 3.4).

Figur 3.4 Andel brukare som har hjälp av kommunal utförare, privat utförare eller både kommunal och privat utförare fördelat på olika hemtjänstinsatser



Källa: Ankestyrelsen, 2005a

Det ska samtidigt noteras att andelen brukare som har hjälp av privata leverantörer påverkas till stor del av de förhållanden som råder i Köpenhamns kommun. I Köpenhamn fanns år 2006 ingen kommunal utförare för tvätt och inköp. Det innebär att tre av fyra brukare i Köpenhamn hade hjälp av privata utförare år 2005. I övriga kommuner var andelen brukare som hade hjälp av privat utförare 15 procent. Köpenhamn skiljer också från övriga kommuner på så sätt att det är endast en procent av brukarna som får hjälp av enbart privata utförare. Detta innebär att även om brukaren har hjälp av en privat leverantör för praktisk hjälp så har de oftast hjälp av kommunens utförare när det gäller personlig omsorg och/eller matservice.

Ankestyrelsen undersökning visar också att nytillkommande brukare i större utsträckning har hjälp av en privat utförare än de som beviljades hemtjänst före det att kundval infördes i kommunen. Medan 19 procent av "nya brukare" av praktisk hjälp hade en privat utförare, var motsvarande andel för "tidigare brukare" av praktisk hjälp 6 procent.

4 Synen på kundval och valsituationen

Två år efter det att kundval infördes i hemtjänsten i Danmark kände drygt 80 procent av brukare 65 år eller äldre till det fria leverantörsvalet (Ankestyrelsen, 2005a). Denna kännedom var något lägre bland brukare som hade mer än åtta timmars omsorg per vecka, vilket kan tyda på att de med högre omsorgsbehov har svårare att tillgodogöra sig information om kundval. Vidare var det färre brukare bosatta i kommuner utan kundval som kände till att de har rätt att välja utförare.

Inför ett beslut om den äldre ska få omsorg eller praktiska hjälpinsatser genomför kommunens biståndshandläggare (visitator) en behovsbedömning. När brukaren fått ett beslut om biståndet informerar biståndshandläggaren brukaren om vilka utförare som man kan välja mellan. Enligt lagen om social service ska kommunen tillsammans med utförarna i kommunen sammanställa ett informationsmaterial om utförarna som ska överlämnas till brukaren i samband med valet.

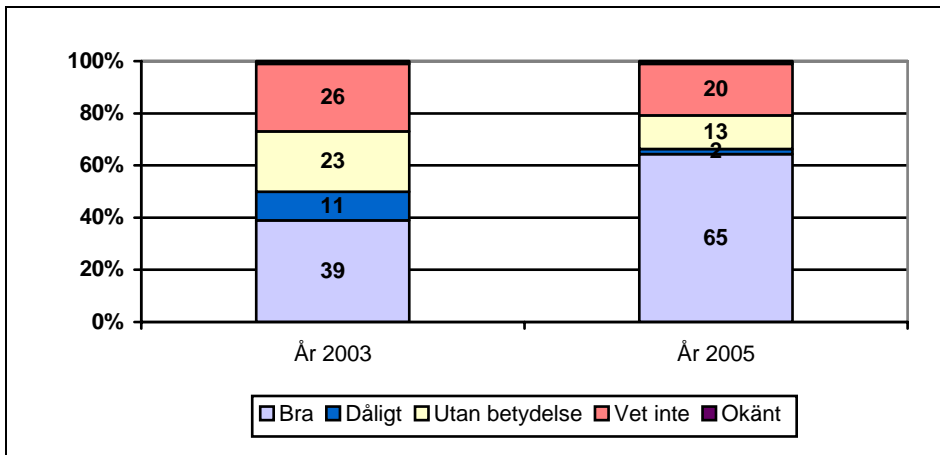
Närmare hälften av brukarna (46 procent) hade fått kännedom om kundvalet via brev eller informationsmaterial från sin kommun, och mer än var tredje via media. 13 procent av dem hade fått information om kundvalet via biståndshandläggaren.

Brukarnas inställning till kundval har sedan år 2003 blivit mer positiv. År 2005 menade 65 procent att kundval var bra. År 2003 var motsvarande andel 39 procent. De brukare som kände till kundvalet var mer positiva än de som inte kände sin rätt att välja utförare. Likaså var brukare som bodde i kommuner med kundval mer positiva.

Vidare framgår att brukare med större omsorgsbehov i mindre utsträckning tyckte att kundvalet är bra (49 procent) och flera av dem upplevde att kundvalet saknar betydelse. Brukarnas positiva

hållning till kundvalet tenderar också att avta med ålder; medan 74 procent av brukare i åldern 65-70 år var positiva, var motsvarande andel 57 procent för brukare äldre än 85 år. Ankestyrelsen konstaterar emellertid att omsorgsbehovet har större betydelse än ålder för hur brukaren upplever kundvalet.

Figur 4.1 Brukares uppfattning om kundval i hemtjänst år 2003 och 2005



Källa: Ankestyrelsen, 2005a

Andelen brukare som inte kunde ta ställning eller tyckte att kundvalet inte var viktigt har minskat mellan 2003 och 2005 års undersökningar. Medan 13 procent inte upplevde kundvalet som viktigt år 2005 var motsvarande andel 23 procent år 2003. Andel "vet ej"-svar hade minskat från 26 till 20 procent.

Den främsta orsaken till att brukare upplever kundvalet som positivt är att de får större inflytande över hjälpen, att det känns tryggt att kunna välja, eller att det är bra med konkurrens. Bland de med högre omsorgsbehov och som är positiva till kundval är också inflytandet över hjälpen den främsta orsaken, men en hög andel nämner också att de inte var nöjda med personalkontinuiteten hos sin aktuella utförare.

En intervjuundersökning år 2006 med biståndshandläggare i 23 kommuner visar att handläggarna är generellt positiva till kundval i hemtjänsten (Ankestyrelsen, 2007b). En fördel som nämns är brukarnas möjligheter att byta utförare om de inte är nöjda. Denna möjlighet underlättar inte bara situationen för brukaren utan också för handläggaren som vid missnöje kan förslå brukaren att byta. En nackdel med systemet, enligt handläggarna, är det omfattande informationsmaterial som brukarna måste tillgodogöra sig för att kunna välja utförare.

4.1 Valsituationen

Två av tre brukare som hade kännedom om kundvalet och som bodde i kommuner som hade kundval, upplevde själva valsituationen som lätt (Ankestyrelsen, 2005a). Av dem menade knappt hälften att de hade fått tillräckligt med information, 17 procent hade fått hjälp av biståndshandläggaren och ca en fjärdedel hade fått hjälp av anhöriga. Bland dem som upplevde att det var svårt att välja (7 procent), var det inte oväntat att 39 procent svarade att de inte fått tillräckligt med information, och 18 procent att de inte fått tillräcklig hjälp av biståndshandläggaren. I detta sammanhang bör också tilläggas att cirka var fjärde tillfrågad brukare inte kunde bedöma om valsituationen var lätt eller svår.

Enligt biståndshandläggarna förekommer det att brukare vill att handläggaren ska välja utförare åt dem (Ankestyrelsen, 2007b). Brukarna kan ha svårt att överblicka valet samtidigt som de har tillit till att handläggarna känner till vilka utförare som bäst kan tillgodose deras behov. Det handläggaren kan göra är att uppmärksamma brukaren på vilka utförare som kan tillgodose brukarens önskemål och behov. I samma undersökning nämner handläggarna att det händer att brukaren väljer den utförare vars broschyr ser mest inbjudande ut. I samma studie nämner de privata utförarna att de har stor tilltro

till handläggarna och upplever dem som neutrala i själva valsituationen.

I en akut situation, exempelvis vid utskrivning från sjukhus, menar flertalet handläggare att de kontakter den kommunala utföraren direkt även om det finns privata utförare för personlig omsorg i kommunen att tillgå. Orsaken till det är att handläggarna upplever att kontakterna mellan hemsjukvården och den kommunala utföraren är bättre, vilket är en viktig förutsättning vid en snabb utskrivning från sjukhus. Själva valet sker först vid biståndshandläggarens hembesök så snart som möjligt efter utskrivningstillfället och då informerar biståndshandläggaren om möjligheterna att byta utförare. Det förekommer också att en privat leverantör kontaktas direkt vid en akut situation, till exempel på grund av att utföraren är verksam i brukarens närområde.

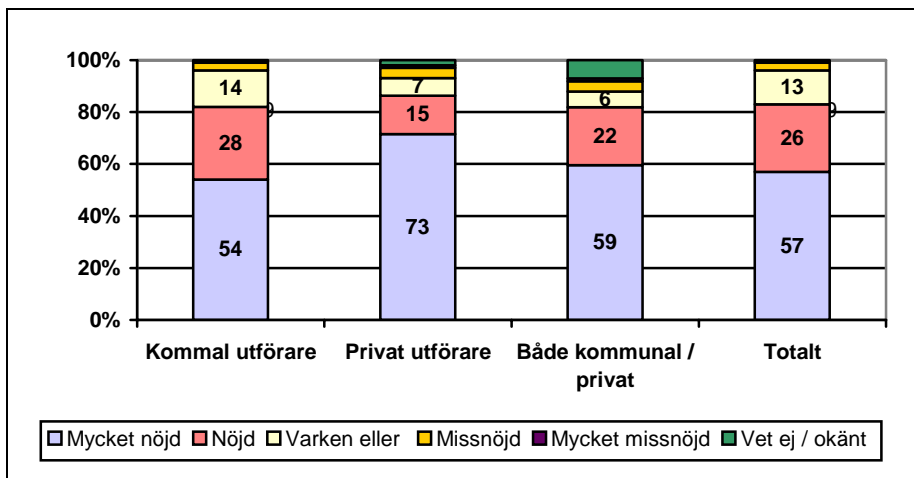
Brukarens ålder har betydelse för hur brukaren uppfattar själva kundvalet. Biståndshandläggarna upplever att de yngre äldre har lättare att förstå hur kundvalet går till, medan de äldre är mer tveksamma till kundvalet och har svårare att förstå vad det innebär – att de faktiskt ska göra ett val. Många av dem förväntar sig att det är kommunen som ska hjälpa dem. En del tror också att de måste betala för hemtjänsten om de väljer en privat utförare.

Av de brukare som hade hjälp av en privat utförare år 2005 menade var fjärde att de valt utföraren för att de var missnöjda med den kommunala utföraren (Ankestyrelsen, 2005a). Lika många anger att tilläggstjänsterna var en av anledningarna till att de valde en privat utförare och att de hört att de skulle få hjälp av i huvudsak ett vårdbiträde. Det senare var främst viktigt för brukare med högre omsorgsbehov (mer än åtta timmar per vecka). Cirka 20 procent hade hört att kvaliteten var bäst och att det var anledningen till att de valde den privata utföraren.

5 Brukarens upplevelser av hjälpen

Telefonintervjuer med ca 2 600 brukare av hemtjänst år 2005 visar att brukarna generellt är nöjda eller mycket nöjd med den hjälp de får (Ankestyrelsen, 2005a). Som framgår av figur 5.1 är drygt 80 procent av brukarna nöjda eller mycket nöjda och denna andel är i stort sett densamma oavsett om man har hjälp av kommunal eller privat utförare. Ankestyrelsens undersökning antyder dock att de brukare som enbart har hjälp av privata utförare är mer nöjda. Det ska dock noteras att det är stora skillnader i antalet brukare i de olika grupperna i figur 5.1. Enligt Ankestyrelsen ses ingen skillnad i omdömet mellan brukare med mindre eller större omsorgsbehov.

Figur 5.1 Brukarens helhetsomdöme med hjälpen



Källa: Ankestyrelsen, 2005

Det är också få av de tillfrågade som vid intervjutillfället ville byta utförare. Nio procent sa att de ville byta utförare medan ca 80 procent menade att de inte ville byta utförare. Det var således tio procent som var osäkra. Jämfört med resultaten från intervjuer med drygt 900 brukare av hemtjänst år 2003 har andelen som skulle vilja

byta inte förändrats. År 2003 svarade tio procent av brukarna att de ville byta utförare (Ankestyrelsen, 2004).

En relevant fråga är hur brukarnas upplevelser av den hjälp de får har förändrats sedan kundvalet infördes i Danmark. De brukarundersökningar som Ankestyrelsen gjort, ger ingen möjlighet till jämförelse. Brukarundersökningar från enskilda kommuner finns att tillgå för olika år. Exempelvis genomförde Köpenhamns kommun år 2005 en större brukarundersökning i hemtjänsten (Københavns Kommune, 2005a), men någon motsvarande studie från 2003 då kundvalet infördes har inte gjorts. I Fredriksbergs kommun genomfördes undersökningar åren 2003 och 2004, men studierna har förändrats mellan åren och frågeställningarna är inte direkt jämförbara. En ytterligare brukarundersökning kommer att presenteras i juni 2007 i Fredriksbergs kommun. Någon närmare analys av hur brukarnas tillfredsställelse av hemtjänsten påverkats till följd av införandet av kundval har inte genomförts i kommunen².

Det kan också tilläggas i detta sammanhang att kvalitetsstudier av omsorg i allmänhet brukar visa på en stor andel nöjda eller mycket nöjda brukare (Ds 2002:23). Det är ovanligt med studier där andelen nöjda brukare understiger 80 procent. Kritiken mot brukarundersökningar är att brukaren ofta har svårt att uttala sitt missnöje eftersom man befinner sig i en beroendeställning till personalen som utför tjänsterna. Att mäta nöjdhet är också ett trubbigt kvalitetsmått (se t.ex. Eliasson-Lappalainen & Szebehely, 1998). Brukaren kan t.ex. vara lika nöjd ett år som föregående år även om personalkontinuiteten försämrats mellan åren. Detta kan förklaras av att den enskilde brukarens förväntningar på personalkontinuiteten också har förändrats mellan åren. Studeras andra kvalitetsindikationer såsom personalkontinuiteten är det vanligt att man uppfattar denna sämre jämfört med omsorgen i sin helhet (Ds 2002:23). Vidare kan personalen

² Enligt kontakt med Fredriksbergs Kommune

utföra insatserna helt enligt den arbetsplan som upprättats, men brukaren kan ändå vara missnöjd om brukaren inte upplever att arbetsplanen överensstämmer med behoven. En annan målkonflikt ligger i att personalen, för att orka, behöver hålla en professionell distans gentemot brukaren, medan brukaren själv i sin värdering av insatserna också värderar vårdbitrådets personliga egenskaper och engagemang. Studierna begränsas också av att brukare med kognitiva svårigheter inte kan uttrycka sina värderingar, vilket ställer andra krav på utvärderingsinstrumenten.

Kvalitetskrav

Enligt den sociala servicelagen ska kommunerna offentliggöra de kvalitetskrav som kommunen beslutat ska gälla för utförare av personlig omsorg och praktiskt hjälp (Socialministeriet, 2006b). På så sätt skapas förutsättningar för öppna prioriteringar i äldreomsorgen och en transparens inför brukare och allmänhet om vad de kan förvänta sig av den hjälp de får. Kvalitetskraven gäller för samtliga utförare.

För att säkerställa att brukarna får den hjälp de har bistånd för kan kommunen ställa krav på att utförarna har en beredskap för semesterperioder och i händelse av sjukskrivningar bland personalen. På samma sätt ska de ha en beredskap för om brukarens vårdbehov snabbt förändras och då kunna bistå med extra insatser. Utförarna ges möjlighet att teckna avtal med underleverantörer för att kunna täcka eventuella kapacitetsbrister. Om så skett ska detta bland annat framgå av det informationsmaterial om utföraren som finns tillgängligt för brukaren. Kommunen kan kräva att leverantörer ska ta emot och hjälpa alla brukare som valt dem som utförare.

Kommunen kan också ställa krav på att utförare ska dokumentera i vilken utsträckning som biståndsbedömda tjänster utförts och också att dessa rapporteras till kommunen vid angivna tidpunkter. Detta

kan också innebära att kommunen ställer krav på att utföraren införskaffar de dokumentationsstöd som anses nödvändiga.

Kvalitetskraven får inte utformas så att de generellt utestänger mindre privata utförare från möjligheten till certifiering. Vidare ska kvalitetskraven vara specificerade efter typ av tjänst, dvs. personlig omsorg och praktisk hjälp.

Enligt Köpenhamns leverantörskrav framgår att utförarna ska synliggöra sin personalpolitik och kommunen kräver exempelvis att personalens ska kunna tala, skriva och läsa danska, att personalen ska bära synlig fotolegitimation och ha relevant erfarenhet av äldreområdet (Københavns Kommune Sundhedsforvaltningen, 2005b). Vidare ställs krav på att utföraren så långt som möjligt ska eftersträva att brukaren får hjälp av samma vårdpersonal, och detsamma gäller eventuella ersättare.

6 Prövning av utförare

Prövningen av utförare i den danska kundvalsmodellen kan ske på tre sätt (Socialministeriet, 2006 b och c; udbudsportalen, feb 2007):

1. godkendelse (certifiering)
2. udbudsmodellen (upphandling)
3. kombination av upphandling och certifiering

Det första alternativet – *certifiering* – är huvudalternativet för prövning av utförare av personlig omsorg och praktisk hjälp. Genom att kommunen offentliggör kvalitetskrav och ersättning för tjänsterna, kan leverantörer vända sig till kommunen och ansöka om auktorisation. Kommunen ingår kontrakt med de leverantörer som uppfyller de kvalitetskrav som kommunen har ställt upp. Lagen om frit valg innebär således att kommunen ska godkänna och ingå avtal med alla privata leverantörer som uppfyller de kvalitets- och priskrav som kommunen beslutat. Även den kommunala utföraren ska uppfylla de kvalitetskrav som ställs vid certifieringen. De sökande leverantörerna avgör om de vill certifieras för hela eller delar av hemtjänsten. Om en anhörig till brukaren uppfyller kommunens kvalitetskrav kan han/hon godkännas som utförare i kommunen (Roskilde kommune, 2006). Vid certifiering kan kommunen inte begränsa antalet utförare. Kommunen ska inom rimlig tid behandla ansökningarna, dock minst var tredje månad.

Det andra alternativet – *offentlig upphandling* – ses som en alternativ prövningsmodell. Leverantörerna provas genom offentlig upphandling och kommunen tecknar avtal med minst två och som flest fem leverantörer (för respektive tjänstekategori). Hur många leverantörer som kommunen har tänkt kontraktera ska framgå av anbudsunderlaget. Om kommunen efter upphandling inte kan teckna avtal med

minst två leverantörer, prövas och godkänns leverantörerna istället genom certifiering. Kommunen ska också avstå att ingå avtal med leverantörer om deras bud överstiger det lägsta budet med tio procent. Detta gäller dock inte om endast två leverantörer har lämnat anbud. Kommunen deltar i upphandlingen genom att lägga ett egenregianbud.

Kommunen väljer om upphandlingen ska omfatta hela eller delar av hemtjänsten. Kommunen kan också välja att endast använda upphandling som prövningsform i ett av flera geografiska distrikt. Om så sker gäller certifiering som prövningsform för de tjänster och/eller geografiska distrikt som upphandlingen inte omfattar.

Upphandling som omfattar både personlig omsorg och praktisk hjälp i ordinärt boende ska också inkludera hemtjänstinsatser i plejehem. Det innebär att endast en utförare av personlig omsorg och praktisk hjälp kan vara verksam på ett plejehem, dvs. kundvalet gäller inte på plejehem.

Även vid upphandling av matservice måste kommunen ingå avtal med minst två leverantörer, men däremot begränsas inte antalet utförare som kommunen tecknar kontrakt med.

Till skillnad från certifiering innebär upphandlingen:

- en begränsning av antalet utförare (undantag matservice),
- att priskonkurrens är möjlig.

Det tredje alternativet – kombination av *upphandling och certifiering* – innebär att kommunen genom upphandling överlåter all drift av hemtjänst till en extern leverantör under en avtalsperiod. Det innebär att kommunen under en viss tid inte har någon kommunal utförare. Efter det att upphandlingen är genomförd kan andra leverantörer ansöka om certifiering enligt de kvalitetskrav som gäller för den

privata leverantören av hemtjänst i kommunen. Den ersättning som "huvudleverantören" av hemtjänsten får gäller också för dem som certifieras. Kommunen kan inte ansöka om certifiering under den period som avtalet gäller. Det ska framgå av anbudsunderlaget att kommunen använder upphandling som ett komplement till certifieringsmodellen.

Till skillnad från certifiering innebär detta prövningsalternativ:

- ingen kommunal utförare för de tjänster som omfattas av avtalet under kontraktstiden,
- priskonkurrens.

De förändringar som skett sedan kundvalet infördes januari 2003 är att kommunerna numera själva avgör avtalsperiodens längd vid upphandling. Före år 2007 var avtalsperioden två år (udbudsportalen 30 jan 2007). Från början fanns också ett krav på minst fem utförare vid upphandling av matservice. Detta minimikrav på antal utförare har sänkts till två. Dessa förändringar har syftat till att förbättra konkurrensförutsättningarna.

Kombination av upphandling och certifiering har också utvecklats med tiden. Tidigare var det så att om kommunen före det att lagen om kundval infördes hade genom anbudskonkurrens lagt ut hemtjänsten (eller delar av den) på en privat utförare, hade kommunen ingen möjlighet att införa kundval för just denna tjänst (udbudsportalen, 30 jan 2007). Numera kan ytterligare privata aktörer etablera sig i kommunen genom certifiering.

Certifiering är den huvudsakliga formen för prövning av utförare och har också varit den vanligaste prövningsformen. Enligt Styrelsen för social service (jan 2005) har det inte skett någon förändring mellan åren 2004 och 2005 vad gäller vilken prövningsform som kommunerna använder. Ingen kommun upphandlade jan 2005 utförare

för personlig omsorg. Vi denna tidpunkt redovisade en kommun upphandling för praktisk hjälp och sex procent använde upphandling vid matservice. Ingen av de nuvarande storkommunerna tillämpar upphandling avseende personlig omsorg eller praktisk hjälp.

7 Ersättning till utförare

Ersättningen till certifierade utförare beslutas av kommunen (Socialministeriet, 2006b; 2006c). Inför certifieringen av leverantörer ska kommunerna offentliggöra ersättningsnivån för personlig omsorg, praktiskt hjälp och matservice. Ersättningen ska utgå från kommunens självkostnad och motsvara en genomsnittlig driftskostnad per utförd timme. Samma timersättning inom varje hemtjänstkategori gäller för både den kommunala utföraren och de privata utförarna och ersättningen ska revideras en gång per år. Ytterligare revideringar kan bli aktuella om ersättningen inte motsvarar de verkliga kostnaderna för insatsen, om extraordinära förändringar av kvalitetskrav sker under året eller effektiviseringar förväntas. Kommunen kan också fastställa ersättningen genom upphandling och anbuds-konkurrens (priskonkurrens).

Ersättningen ska enligt serviceloven differentieras efter typ av tjänst och när tjänsten utförs. Minst fem ersättningsnivåer ska offentliggöras: per utförd timme av praktiskt hjälp, personlig omsorg vardagar respektive personlig omsorg kväll/helg/nattetid samt ersättning per hemlevererad måltid och måltid utan hemdistribution. Kommunen kan differentiera ersättningen ytterligare efter andra kriterier, exempelvis anpassade efter distriktets förutsättningar eller specifikt för enskilda praktiska sysslor. En förutsättning för ytterligare differentiering är dock att ersättningen kan administreras och att konkurrensvillkoren inte åsidosätts.

Ersättningen baseras på dels direkta driftskostnader, dvs. lönekostnaden för vårdpersonalen (inkl obekvämt arbetstid, sociala avgifter och försäkringar), dels indirekta driftskostnader, exempelvis lönekostnader för administration, hyra och andra driftskostnader för lokaler och utrustning. Det senare kan gälla kostnader för IT-system, bilar eller andra transportkostnader. Även lönekostnader för vikarier och handledningskostnader för vårdpersonal ska inkluderas i

underlaget. Utgångspunkten är att alla kostnader som kan relateras till att utföra hjälpen ska vara underlag för beräkningen av ersättningsnivån (Socialministeriet & KL, 2007). Det ska också tilläggas att kommunen inte enbart ska offentliggöra sina ersättningsnivåer, utan också på vilka grunder som ersättningen har beräknats. Detta anses viktigt för att säkra konkurrensneutraliteten.

Kommunerna ska rapportera sina ersättningsnivåer till Styrelsen för Specialrådgivning og Social Service som i sin tur administrerar en databas som finns tillgänglig på www.fritvalgsdatabasen.dk. Av denna statistik framgår stora skillnader mellan kommunernas ersättningsnivåer. För respektive tjänst (personlig omsorg, praktisk hjälp etc.) redovisas ersättningsnivån i de fem kommuner som har de högsta respektive lägsta ersättningarna per utförd timme. Enligt uppgifter från mitten av maj 2007 framgår att skillnaden mellan de fem lägsta och fem högsta ersättningsnivåerna (i genomsnitt) för personlig omsorg vardagar respektive praktisk hjälp är drygt 100 kronor per utförd timme. Skillnaden är än större för omsorgsinsatser under kvällstid. Ersättningen redovisas exklusive moms, men momskompensation utgår till de privata leverantörerna (Socialministeriet & KL, 2007).

Tabell 7.1 Ersättning till utförare år 2007, beräknat för kommuner med högsta respektive lägsta ersättning.

	Genomsnitt beräknat på de fem kommuner som redovisar den <i>lägsta</i> ersättningen	Genomsnitt beräknat på de fem kommuner som redovisar den <i>högsta</i> ersättningen	<i>Skillnad</i> mellan högsta och lägsta ersättningen
Personlig omsorg vardagar (dagtid)	255 Dkr / timme	366 Dkr / timme	111 Dkr / timme
Personlig omsorg kväll/helg/natt	321 Dkr / timme	456 Dkr / timme	135 Dkr / timme
Praktisk hjälp	231 Dkr / timme	339 Dkr / timme	108 Dkr / timme
Matservice (med/utan distrib.)	45 Dkr / måltid	85 kr / måltid	40 Dkr / måltid

Källa: Fritvalgsdatabasen.dk 2007-05-15

Enligt Ankestyrelsen (2007a) är skillnaderna i ersättningsnivåer dock större än vad som framgår av fritvalgsdatabasen. Ersättningen för personlig omsorg vardagar (dagtid) år 2006 varierade från 226 Dkr till 417 Dkr per timme. Variationen var än större för hjälp under natten; från 221 Dkr till 803 Dkr per timme³.

Den danska Konkurrencestyrelsen övervakar prissättningen. Det har förekommit att Konkurrencestyrelsen för några kommuner påpekat att deras ersättningsnivå är för låg och strider mot konkurrenslagen

³ Till skillnad från redovisade uppgifter i fritvalgsdatabasen.dk har Ankestyrelsen bett kommunerna att redovisa ersättningen för personlig omsorg för hjälp kvällstid, nattetid respektive under helger.

(Socialministeriet & KL, 2007). Privata utförare kan i efterhand få kompensation om kommunens timersättning varit alltför låg. I något fall har kommunen inte haft tillräckligt med information om de faktiskt utförda hemtjänsttimmarna i kommunen och har därför baserat ersättningsnivån på antalet beviljade biståndsbedömda timmar. Det bidrar till en underskattning av timersättningen till utförarna, eftersom utförd tid ofta understiger den beviljade biståndsbedömda tiden. Andra påpekanden har gällt brister i kommunens beräkningsunderlag och att detta inte baserats på kommunens verkliga driftskostnader av hemtjänsten.

Det saknas danska studier om hur timpriserna och därmed kostnaderna för hemtjänsten har utvecklats som en följd av införandet av kundval. En mindre studie (Eskelinen m fl 2004), som genomfördes något år efter reformen anger att några effekter i form av höjda eller sänkta kostnader knappast är märkbara, främst eftersom relativt få brukare då hade valt en privat utförare. Den största risken för höjda kostnader ligger, enligt rapporten, i kommuner där samtliga utförare av personlig omsorg nattetid måste hålla beredskap. Detta kan leda till en dyr överkapacitet.

8 Etableringshinder

En viktig fråga i samband med det danska kundvalssystemet har varit att utvärdera etableringshinder för privata utförare. Det man ska hålla i minnet är att de danska kommunerna själva bestämmer vilka kvalitetskrav som ska ställas på utförarna och dessa kan därför skilja sig åt mellan kommunerna. Kommunerna kan dessutom sinsemellan vara mycket olika avseende storlek, befolkningstäthet, kundvalspolicy m.m. Olikskheterna gör det svårt att generalisera kring etableringshinder. Vissa iakttagelser kan dock göras utifrån en intervjuundersökning med privata utförare år 2004 (Ankestyrelsen, 2004) och en senare undersökning med ett antal kommunföreträdare (Ankestyrelsen, 2007a och b). Följande etableringshinder har förts fram i dessa undersökningar:

1. Kommunala krav om att verksamheten ska omfatta hela kommunen i stället för särskilda distrikt. I Danmark hade mer än hälften av kommunerna ingen distriktsindelning år 2006.
2. I vissa kommuner ställer kommunen krav på att brukaren endast ska ha en utförare av både personlig omsorg och praktisk hjälp. Detta upplevs som ett hinder av privata utförare av praktisk hjälp, eftersom de förlorar sina brukare när dessa också behöver personlig omsorg.
3. Kommunala krav på ställda ekonomiska säkerheter är mycket olika. Det finns inga fasta regler för hur stort belopp som ska krävas i kommunerna, men en vanlig säkerhet är 50 000 danska kr. Många utförare menar att kraven inte står i relation till deras omsättning.
4. De flesta kommuner har krav på att utförarna ska kunna utföra omsorg oavsett tidpunkt på dygnet. Alternativet är att

utförarna får avgränsa sitt uppdrag till dag-, kvälls- eller nattetid. Bristen på tidsmässig avgränsning missgynnar de små företagen.

5. Utbildningskraven på vårdpersonalen anses ibland för höga. En del privata utförare anser att kraven på dem är högre än på kommunens egen hemtjänstpersonal. Detta gäller särskilt utbildningskrav för praktisk hjälp.
6. Kommunernas timersättningar till utförarna varierar kraftigt och den största variationen noteras för ersättning nattetid, som nämndes i föregående kapitel. I vissa kommuner är låga timersättningar ett hinder för etablering.

I en intervjuundersökning med danska biståndsbedömare (Ankestyrelsen, 2007b) tas också frågan om etableringshinder upp. Det viktigaste etableringshindret enligt biståndsbedömarna är medborgarna själva. Speciellt anses att brukare på landsbygden är traditionsbundna och föredrar det kommunala alternativet. I denna undersökning menar också många biståndsbedömare att privata utförare av personlig omsorg har svårt att få fotfäste eftersom de inte får erbjuda hemsjukvård. Många i behov av personlig omsorg behöver också sjukvårdande insatser. De båda vårdformerna hänger samman i brukarnas uppfattning och brukarna föredrar därför att få hjälp av en utförare och då kvarstår endast den kommunala utföraren som ett alternativ. Privata utförare bekräftar att det är ett etableringshinder att de inte får utföra hemsjukvård.

9 Fritvalgsdatabasen

En välfungerande kundvalsmodell förutsätter att brukare, utförare och huvudmän har tillgång till god och relevant information. För brukare kan relevant information gälla vilka utförare man kan välja mellan medan det för utförare kan vara av intresse att veta vilka konkurrerande utförare som finns i en kommun, vilka kvalitetskrav och andra krav som ställs och hur stor ersättningen (timpriset) är för olika tjänstekategorier (personlig omsorg, praktisk hjälp och matservice). För kommunpolitiker kan jämförelser med andra kommuners timpriser och kvalitetskrav vara av intresse.

Som ett sätt att sprida information om kundvalet har Socialministeriet initierat en nationell Internetbaserad databas som administreras av Styrelsen för Specialrådgivning og Social Service, den s.k. fritvalgsdatabasen. Kommunerna är skyldiga att inrapportera kvalitetskrav, priser och godkända utförare till denna databas.

Syftet med databasen är att ge kommuner, brukare, utförare och andra intresserade lätt tillgång till information. För varje kommun kan man få fram vilka utförare som finns, inom vilka tjänstekategorier som de verkar, kommunernas kvalitetskrav och priser till utförarna inom dessa kategorier, kommunernas krav på utförarna och vilken modell för godkännande av utförare som används. Det finns också annan kommunrelevant information som antalet invånare, antalet invånare fyllda 65 eller 80 år, ansvarig kommunal enhet för äldreomsorgen, hemsidesadress osv.

Utöver information om enskilda kommuner ger databasen möjlighet att jämföra olika kommuner. Det finns också möjlighet att skapa samlad statistik genom att ladda ner data för vidare bearbetning. Detta kan gälla exempelvis samtliga kommuners hemtjänstkategorier och priser inom dessa.

Databasen ger numera också möjlighet till benchmarking. Detta innebär att man kan jämföra den egna kommunens tjänstekategorier, utförare och priser med exempelvis grannkommuner eller någon kommun som liknar den egna.

10 Försök med personlig budget

I Holland finns sedan 1996 möjlighet för brukare att få en personlig budget i stället för traditionell äldreomsorg. En personlig budget innebär att brukaren får en summa pengar som får användas relativt fritt för att köpa den service och omsorg som behövs. Det holländska systemet har inspirerat en försöksverksamhet med personlig budget i Danmark. I början av år 2004 inbjöd det danska socialministeriet ett antal kommuner att påbörja försöksverksamhet för att få danska erfarenheter. Totalt sju kommuner har ingått i försöksverksamheten.

Personlig budget innebär att hemtjänstmottagare får ett belopp av kommunen, som vederbörande själv administrerar. Pengarna ska användas för köp av de tjänster, som ingår i biståndsbedömningen. Det förutsätts att brukaren är psykiskt stark och kompetent att administrera beloppet och att själv välja utförare och att värdera kvaliteten. Den valda utföraren kan vara ett företag eller en privatperson. Kommunen ställer inte upp några kvalitetskriterier och utför heller inte någon kvalitetskontroll.

Antalet brukare i försöksverksamheten har varit relativt få (totalt 58 personer år 2006). Majoriteten av dem hade hjälp mindre än åtta timmar i veckan och nästan två tredjedelar fick hjälp av en privatperson, ofta en inom familjen. De flesta fick hjälp av samma person antingen utföraren var ett företag eller en privatperson. En utvärdering av försöksverksamheten (Slotsholm a/s, 2006) visar att brukarna värdesätter möjligheten att fritt välja utförare och att själv kunna planlägga när hjälp ska ges. Även försökskommunerna värdesätter arrangemanget som ett komplement till kundvals-systemet.

En principiellt viktig fråga är hur stor ersättning som den enskilde brukaren ska få. Utgångspunkten i försökskommunerna är de timpriser, som gäller inom kundvals-systemet. Utförarna har emellertid i fallet med personlig budget inte samma förpliktelser som inom

kundvalssystemet (krav på dokumentation, kvalitetssäkring, journal-föring, bankgaranti, utbildad personal osv.) och inte heller behöver de samarbeta med eller delta i möten med kommunen. Timpriset som utgår till brukaren är därför lägre än timpriset i kundvalssystemet. Prisreduktionen i försökskommunerna varierar mellan 4,8 och 30 procent. Det timpris som brukaren får av kommunen är vanligtvis detsamma som utföraren får av brukaren. Ett par brukare har förhandlat fram ett lägre pris till utföraren.

I den utvärdering som genomförts ser man knappast någon anledning till att kommunernas utgifter ska öka till följd av en eventuell utvidgning av systemet med personlig budget. Kommunen gör genom det lägre timpriset en vinst. Men det har annars funnits synpunkter om att systemet på sikt skulle kunna vara kostnadsdrivande. Ett skäl kan vara att en brukare som i princip skulle vara berättigad till hemhjälp men som vårdas av anhörig nu kan antas begära en biståndsbedömning för att kunna avlöna anhörigvårdaren. Ett annat skäl är att brukarna kan betala löner som överstiger lönerna för traditionell vårdpersonal med en allmän lönehöjning som följd.

Det är för närvarande oklart om försöksordningen med personlig budget kommer att permanentas och bli landsomfattande.

11 Särskilt boende

Utöver egen bostad finns i Danmark följande boendeformer för äldre vilka närmast svarar mot svenskans "särskilt boende" (Socialministeriet, 2005):

1. "ældre- og plejeboliger" enligt "lov om almene boliger" eller "lov om boliger for ældre og handicappede"
2. vårdhem (plejehjemsboliger)
3. skyddade bostäder (beskyttede boliger)

Bostäder under punkt 2 och 3 räknas som institutioner. Sådana institutioner byggs inte längre. Övriga boendeformer betraktas som egen bostad med hyreskontrakt och numera byggs och inrättas t.ex. moderna plejeboliger (punkt 1 ovan) i byggnader där det finns tillgång till service, gemensamma lokaler och personal dygnet runt.

Det fria hemtjänstvalet gäller inte särskilda boenden. För dessa finns ett eget system med fritt val sedan år 2002. De som efter biståndsbedömning ansetts ha behov av särskilt boende har rätt att välja boenden enligt sina egna önskemål. Valet får göras mellan boenden som kommunen har anvisningsrätt till. Det fria valet inkluderar medföljande make/maka (motsv). För särskilda boenden gäller alltså för närvarande inte fritt val av utförare.

Även val av boendeenhet i andra kommuner är möjliga. Det förutsätts då att den äldre blivit biståndsbedömd även i inflyttningskommunen. Inflyttningskommunen har rätt att kräva betalning för service och omsorg från ursprungskommunen. Betalningen utgår vanligtvis efter en individuell värdering av resursinsatsen i inflyttningskommunen, men det förekommer också fasta taxor främst för det som på svenska kallas ålderdomshem och sjukhem.

Den som önskar ett särskilt boende sätts upp på en väntelista i den kommun där bostaden är belägen. Det är möjligt att upptas på mer än en lista. Om det är brist på platser gör kommunen en prioritering på så sätt att först tillgodoses de personer som har störst behov av bostaden i fråga, därefter de som stått längst tid på väntelistan.

Den information, som ska ges till brukaren inför valet är reglerat. Informationen ska bland annat innehålla:

1. information om vilka särskilda boenden som finns i kommunen,
2. antal personer som bor i den aktuella boendeenheten,
3. antal fast anställd omsorgspersonal i boendeenheten,
4. boendeenhetens värderingar och normer,
5. dagsschema,
6. insatser för dementa,
7. resultat av eventuella kvalitetsundersökningar.

Information ska också finnas om väntelistan. Här ingår bland annat

1. antal personer på väntelistan,
2. genomsnittlig väntetid,
3. antalet fördelade platser från väntelistan föregående kvartal.

En utvärdering av det fria valet av särskilda boenden genomfördes för ett par år sedan (Ankestyrelsen, 2005b). Av de biståndsberättigade hade cirka 50 procent utnyttjat möjligheten till fritt val inom

den egna kommunen och ca sex procent hade utnyttjat valet till att flytta till annan kommun. En svag ökning kunde märkas av antalet personer som gjort ett aktivt val. Beträffande interkommunala flyttningar så var tendensen att flyttningar skedde från kommuner i huvudstadsregionen till mindre kommuner.

12 Avslutande kommentar

Att kunna peka på utvecklingstendenser sedan det danska nationella kundvalssystemet infördes år 2003 är svårt. Detta sammanhänger inte minst med bristen på utvärderingar av det danska kundvalssystemet. Det har endast gått tre år sedan kundvalet infördes och i slutet av 2006 hade inte alla kommuner minst två utförare som brukaren kunde välja mellan inom åtminstone någon hemtjänstkategori. Implementeringen av kundvalet har också påverkats av den stora kommunreformen 2007, som innebar att Danmarks drygt 270 kommuner slagits samman till 99 stycken. Några tendenser kan dock skönjas utifrån de kartläggningar och utredningar som kommit till vår kännedom.

Det danska kundvalssystemet omfattar tre typer av hemtjänstinsatser: personlig omsorg, praktisk hjälp och matservice och utförare kan välja att vara verksam inom någon eller samtliga kategorier. Även om kundvalet i sig omfattar hela hemtjänsten, är det få danska kommuner som i slutet av år 2006 hade ett kundval som omfattade hela hemtjänsten. Det var endast fyra procent av kommunerna som hade kundval för samtliga tjänster, dvs. hade minst två utförare som brukaren kunde välja mellan när det gäller personlig omsorg, praktiskt hjälp eller matservice. 39 procent av kommunerna hade kundvalsmöjlighet inom både personlig omsorg och praktisk hjälp. Vid samma tidpunkt hade tre av fyra kommuner kundval i minst en av de tre hemtjänstinsatserna. Utbredningen av kundval är som störst för praktisk hjälp och minst för matservice.

Mellan åren 2004 och 2006 har kundvalets utbredning ökat, men sedan år 2005 har utvecklingen stagnerat. Sannolikt har detta varit en effekt av den väntade kommunreformen, som infördes år 2007. Utbredningen av kundval för praktisk hjälp kan sannolikt förklaras av att det sedan många år funnits etablerade företag för

servicetjänster, som bland annat är en följd av subvention av hushållsnära tjänster för pensionärer (se kapitel 2) (Regeringen, 2005).

En övervägande majoritet av samtliga kommuner valde initialt certifiering vid prövning av utförare och även senare kartläggningar visar att denna bild kvarstår. Certifiering är också den, enligt lag, huvudsakliga prövningsformen. Det är för tidigt att säga på vad sätt förändringarna av prövningsformerna, exempelvis möjligheten att kombinera upphandling med certifiering, kan påverka kommunernas val av prövningsalternativ.

Det är kommunen som fastställer ersättningen till utförarna (givet uppdraget). I princip ska ersättningen svara mot kommunens självkostnad för att utföra de olika hemtjänstinsatserna. Intentionen är att ersättningen ska motsvaras av de faktiska produktionskostnaderna vilket också understryks i lagen och i vägledningen till denna. Enligt lagen ska ersättningen differentieras efter typ av tjänst och om kommunerna har möjlighet kan ytterligare differentiering förekomma.

Statistik över kommuners nuvarande ersättningsnivåer visar på skillnader (givet typ av hemtjänstinsats) vilket också är att vänta. Kommunernas ersättningsnivåer kan skilja beroende på exempelvis skillnader i vårdtygnd bland brukarna. De kommuner som har förhållandevis många äldre brukare med stora omsorgsbehov ställer högre krav på tätare besök (högre reskostnader) och dubbelbemannade insatser i brukarens hem. Lönekostnaderna för vårdpersonalen kan också skilja beroende på de kompetenskrav som ställs på vårdpersonalen. I vissa kommuner är kanske bilresor till och från brukarna mer förekommande än i andra kommuner, vilket genererar högre kostnader. Frågan är om ersättningsnivåerna och skillnaderna mellan kommunerna är rimliga. Förutsättningar för jämförelse av nuvarande ersättningsnivåer har skapats genom kravet på kommunerna att rapportera ersättningsnivåer till en nationell databas. Även Konkurrencestyrelsen övervakar prissättningen och av deras påpekanden framgår att det är bristande underlag om kommunens

verkliga hemtjänstkostnader och om antalet utförda timmar som till viss del kan förklara skillnader i ersättningsnivåer.

En annan fråga är om kundvalet har verkat kostnadsdrivande. Någon studie som belyser kundvalets effekt på äldreomsorgens kostnader har inte kommit till vår kännedom.

Cirka ett år efter det att kundvalssystemet infördes hade 16 procent av hemtjänsttagarna i Danmark hjälp av en privat utförare. Efter två år hade andelen ökat till 21 procent. För personlig omsorg hade andelen ökat från två till fem procent. Många av dessa brukare har också hjälp av den kommunala utföraren. Nyttillkommande brukare, dvs. de som valt utförare efter det att kundvalet infördes i kommunen, har i något större utsträckning hjälp av en privat utförare jämfört med redan etablerade brukare.

Var fjärde brukare har svårt att avgöra hur de upplever själva situationen och mindre än tio procent säger att de upplever det som svårt att välja utförare. Många av dem som hade svårt att välja upplevde att de inte fått tillräckligt med information och att de inte fått tillräckligt med hjälp av biståndshandläggaren. Att informera om kundval är svårt. Informationen är omfattande, vilket biståndshandläggare lyfter fram som en av kundvalets nackdelar. Valet är svårt för brukaren att överblicka. En studie antyder att de yngre äldre har lättare att förstå hur kundvalet går till, medan de äldre har svårare att förstå vad det innebär. Biståndshandläggaren kan inte välja åt brukaren, men kan upplysa brukaren och anhöriga om vilka utförare som kan tillgodose brukarens behov och önskemål.

Några uppgifter om hur många brukare som faktiskt bytt utförare har inte kommit till vår kännedom, men av intervjuer framkommer att nio procent av brukarna vill byta utförare och att tio procent var osäkra om de ville byta eller inte.

Någon studie om hur brukarnas tillfredsställelse av hemtjänsten utvecklats sedan kundvalet infördes har vi inte funnit. Det finns pågående nationella projekt som kan nämnas i detta sammanhang. Styrelsen för Specialrådgivning och Social Service kommer i början av sommaren 2007 att redovisa resultaten av ett utvecklingsprojekt om kontinuitet i hemtjänsten. Syftet med studien är att förbättra kontinuiteten i hemtjänsten och att finna redskap som kan användas i detta syfte. I projektet deltar både privata och kommunala utförare i olika kommuner (Styrelsen för Specialrådgivning och Social Service, 2007).

Under sommaren 2007 kommer den danska regeringen att presentera strategier för en kvalitetsreform för offentlig service (Regeringen, 2006). En del av denna reform består av strategier för ett utökat kundval i centrala välfärdstjänster. Av regeringens presenterade diskussionsunderlag framgår bland annat en ambition att öka inslaget av "frit valg" och privata aktörer inom äldreomsorgen genom att kundvalet utvidgas till plejeboliger, rehabilitering och hjälpmedel (Sekretariatet för ministerudvalget, 2006). En ytterligare punkt som lyfts fram är att brukare av hemtjänst ska kunna få ett "servicebevis", som kan användas för att anställa en person som utför de biståndsbedömda insatserna. En annan intention är att skapa ett nationellt Internetbaserat verktyg som kommunerna kan använda för brukarundersökningar.

Referenser

Ankestyrelsen. *Frit valg i ældreplejen – Brugernes oplevelser*. København: Ankestyrelsen, 2003.

Ankestyrelsen. *Frit valg i ældreplejen – erfaringer fra landets kommuner*. København: Ankestyrelsen, 2004.

Ankestyrelsen. *Frit valg i ældreplejen – landsdækkende brugerundersøgelse*. København: Ankestyrelsen, 2005a.

Ankestyrelsen. *Frit valg af ældreboliger mv*. København. Ankestyrelsen 2005b.

Ankestyrelsen. *Frit valg i ældreplejen – det frie leverandørvalg til personlig pleje*. København: Ankestyrelsen, 2007a.

Ankestyrelsen. *Frit valg i ældreplejen – visitators betydning for det frie valg*. København: Ankestyrelsen, 2007b.

Danmarks Statistik. *Nyt fra Danmarks statistik*. Nr 509, 29 november 2006.

Danmarks Statistik. *Statistisk Årbog 2006*.

Ds 2002:23. – *Hur står det till med hälso- och sjukvården och äldreomsorgen. Vad säger brukarundersökningar och andra mått på kvaliteten*. Stockholm: Fritzes Offentliga Publikationer.

Edebalk, P. G & Svensson, M. (2005) – *Kundval för äldre och funktionshindrade i Norden. Konsumentperspektivet*. Tema Nord 2005:507. København: Nordiska ministerrådet

Eliasson-Lappalainen, R. & Szebehely, M. (1998) – *Vad förgår och vad består? En antologi om äldreomsorg, kommunsyn och socialpolitik*. Lund : Arkiv förlag.

Eskelinen, L, Hansen EB & Frederiksen, M. *Frit valg – erfaringer med flere leverandører af personlig og praktisk hjælp*. AKF Forlaget, 2004.

Københavns Kommune Sundhedsforvaltningen. *Det mener brugerne i København. Undersøgelse af brugernes tilfredshed med hjemmepleje og plejehem*. August 2005a.

Københavns Kommune Sundhedsforvaltningen. *Leverandørkrav til kommunale og private leverandører af personlig hjælp*. 27 maj 2005b.

Lewinter, M. *Kundevalg på ældre og handicapområderne i Danmark: rapport om udviklingen med vægt på 'kundeforspektivet'*. Københavns universitet, Sociologisk Institut, 2004 (Arbetspaper)

Regeringen. *Tid til Status – erfaringer med frit valg*. Köpenhamn: Finansministeriet, 2005

Regeringen. *På vej mod en kvalitetsreform. – debatpjece om udfordringerne*. Köpenhamn: Statsministeriet, november 2006

Roskilde kommune. *Krav till leverandører af personlig pleje og praktisk hjælp i Roskilde Kommune, 2006*.
<http://www.roskildekommune.dk/everest/doctm/socialforvaltningen/ældreafdelingen>

Sekretariatet for ministerudvalget. *På vej mod en kvalitetsreform. Frit valg, brugerinddragelse og personligt ansvar*. Regeringens debatoplæg til møde om kvalitetsreform 30.november 2006

Slotsholm a/s. *Evaluering af Socialministeriets forsøg med personlige budgetter på hjemmehjælpsområdet*. Juni 2006.

Socialministeriet. *Bekendtgørelse af lov om almene boliger m.v.*
Lovbekendtgørelse nr 610 af 21 juni 2005.

Socialministeriet. *Bekendtgørelse af lov om social service*
Lovbekendtgørelse nr 929 af 5 september 2006a.

Socialministeriet. *Vejledning om personlig og praktisk hjælp, træning,*
forebyggelse mv. Vejledning nr.2 til serviceloven. Köpenhamn :
Socialministeriet, 2006b.

Socialministeriet. *Bekendtgørelse om kvalitetsstandarder og frit valg af*
leverandør af personlig og praktisk hjælp m.v. Bekendtgørelse nr 1614 af
12 december 2006c.

Socialministeriet och KL. *Fælles pjece – om prisfastsættelse på*
ældreområdet. Köpenhamn: Socialministerier, 2007

Styrelsen för social service. *Status for indberetning på Fritvalgs-*
databasen – opgjort pr 1 januar 2005.
<http://www.fritvalgsdatabasen.dk/forsider/publikationer.aspx>

Styrelsen for Specialrådgivning og Social Service. *Projekt Kontinuitet og*
helhed i hjemmeplejen, 2007.
<http://www.spesoc.dk/wm140389&searchWord=hjemmeplejen> 2007-
05-24

Udbudsportalen.dk. (30 jan 2007) *Smidigare regler for frit valg.*
http://www.udbudsportalen.dk/default.asp?o_id=242963&action=printfriendly

Udbudsportalen.dk (1 febr 2007) *Sådan håndteres frit valg.*
http://www.udbudsportalen.dk/default.asp?o_id=240544&action=printfriendly