



Finns det behov av att utvidga talerätten, stärka tillsynen samt införa sanktionsmöjligheter i LOV?

En rapport skriven av  
Tom Madell  
på uppdrag av Konkurrensverket

Uppdragsforskningsrapport: 2010:2  
Tom Madell  
ISSN-nr 1652-8069  
Konkurrensverket, Stockholm 2010

## Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ligger bland annat att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet.

Konkurrensverket har gett professor Tom Madell i uppdrag att belysa behovet av rättsmedel och möjlighet att föra talan inför domstol i LOV (lagen om valfrihets-system) relaterade ärenden.

Till projektet har knutits en referensgrupp. Den har bestått av Olle Olsson och Lena Svensson, Sveriges Kommuner och Landsting, Ted Ekman, Sara Öberg och Ulf Öfverberg, Almega samt Magnus Ehn, Johan Hedelin, Sofia Råsmar och Joakim Wallenklint, samtliga vid Konkurrensverket.

Det är författaren som svarar för slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, november 2010

Dan Sjöblom  
generaldirektör

# Innehåll

<b>Sammanfattning</b> .....	7
Tillsyn och behovet av utökade rättsmedel.....	7
Talerätt.....	8
Administrativt vite.....	9
Talerätt i kombination med en möjlighet till vitesföreläggande .....	10
Alternativa sanktioner.....	11
Slutsats.....	11
<b>1 Inledning</b> .....	<b>13</b>
1.1 Offentlig upphandling och valfrihetssystem.....	13
1.2 Tillämpningsområde.....	15
1.3 Uppdragets omfattning .....	18
1.4 Några problem med framtagandet av rapporten .....	18
<b>2 Befintliga rättsmedel inom ramen för LOV-system</b> .....	<b>19</b>
2.1 Laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen .....	20
2.2 Talerätt och ansökan om rättelse enligt 10 kap. LOV.....	21
2.2.1 Talerätt .....	21
2.2.2 Talerätt vid godkännande av leverantör.....	21
2.2.3 Godkännande eller uteslutande av leverantörer .....	24
2.2.4 Tillägg eller förändringar i ansökan om godkännande .....	26
2.2.5 Formalia vid ansökan om rättelse .....	27
2.3 Kompletteringar av ansökan .....	27
2.4 Krav på tecknande av kollektivavtal .....	28
2.5 Rättelse vid brott mot LOV .....	28
2.6 Skadeståndstalan.....	29
2.7 Rättelse och skadestånd vid information eller icke-valsalternativ.....	30
2.8 Konkurrensverkets tillsyn.....	30
2.8.1 Utformningen av förfrågningsunderlag och proportionalitetsprincipen .....	31
2.8.2 Förändring av villkor och likabehandlingsprincipen .....	32
2.8.3 Krav på geografisk placering.....	32
2.8.4 Differentierade patientavgifter hos vårdgivare inom och utom valfrihetssystemen .....	33
2.8.5 Icke-valsalternativets utformning.....	33
2.8.6 Bristande konkurrensneutralitet .....	34
2.9 Slutsatser.....	35

<b>3</b>	<b>Finns det behov av att nya rättsmedel införs i LOV? .....</b>	<b>36</b>
3.1	Konkurrensverkets tillsyn.....	36
3.2	Leverantörers benägenhet eller ovilja att begära rättelse .....	36
3.3	EU-rättsliga utgångspunkter .....	37
3.4	En beskrivning av vilka specifika problem som finns inom LOV-området.....	43
3.5	Är utökade rättsmedel påkallade inom ramen för LOV? .....	44
3.6	Finns det skäl att skilja på frivilligt eller obligatoriskt användande av LOV? .....	47
<b>4</b>	<b>Vilka sanktioner finns i andra länder med valfrihetssystem? .....</b>	<b>49</b>
4.1	Erfarenheter från Danmark.....	49
4.2	Erfarenheter från Finland.....	52
<b>5</b>	<b>Bör Konkurrensverket ges utökade befogenheter inom ramen för LOV .....</b>	<b>55</b>
5.1	Allmänna utgångspunkter rörande behovet av effektiva sanktioner.....	55
5.2	I vilka situationer finns det behov av att Konkurrensverket ges talerätt vid överträdelser av LOV?.....	59
5.3	Aktiva val och icke-val .....	59
5.4	Information om vårdvalssystem .....	61
5.5	Likabehandling av utförarna .....	62
5.6	Uppföljning och utvärdering.....	65
5.7	Talerätt för att begära rättelse av villkor i förfrågningsunderlaget som strider mot de grundläggande principerna.....	65
<b>6</b>	<b>Vilka sanktioner bör finnas avseende LOV-system.....</b>	<b>67</b>
6.1	Talerätt och sanktioner mot domstolstrots .....	67
6.2	Administrativt vite.....	69
6.3	Finns det användbara paralleller i reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?.....	70
6.4	Finns det utrymme för kommunalrättsliga sanktioner?.....	73
6.5	Bör Konkurrensverket ges en tydligare medlarroll? .....	77
<b>7</b>	<b>Slutsatser.....</b>	<b>79</b>
7.1	Tillsyn.....	80
7.2	Finns det ett behov av talerätt och utökade sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten?.....	80
7.3	Vilka sanktioner är lämpliga och i vilka fall bör de kunna användas? .....	81

7.3.1	Administrativt vite .....	81
7.3.2	En generell talerätt i kombination med en vitessanktion .....	82
7.3.3	Sanktioner vid domstolstrots .....	83
7.4	Slutord.....	84

## Sammanfattning

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, trädde i kraft den 1 januari 2009 och utgör inom vissa områden ett frivilligt alternativ till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. När det gäller primärvård är landstingen skyldiga att införa ett vårdvalssystem som ger allmänheten rätt att välja privat eller offentlig vårdcentral. Av 5 § 2 st. hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, följer sedan den 1 januari 2010 att landstinget ska organisera primärvården inom ramen för ett vårdvalssystem så att alla som är bosatta inom landstinget kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster samt få tillgång till och välja en fast läkarkontakt. Tillämpningen av LOV har genom lagen (2010:536) utvidgats till att omfatta även Arbetsförmedlingen.

Fritt val inom vård och omsorg innebär i korthet att den enskilde har rätt att välja den leverantör som utför tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten ska därför löpande annonsera på den för ändamålet upprättade nationella webbplatsen som drivs av Kammarkollegiet. Alla leverantörer, eller grupper av leverantörer, som önskar delta i ett valfrihetssystem ska ha rätt att ansöka. Samtliga sökande som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget ska godkännas av den upphandlande myndigheten.

Det står i huvudsak de upphandlande myndigheterna fritt att inom de områden som omfattas av LOV välja att införa ett valfrihetssystem som ett alternativ till att upphandla tjänsterna enligt LOU, medan det är tvingande inom primärvården. Utgångspunkten är emellertid i båda fallen att den enskilde kan fritt välja bland de utförare som deltar i valfrihetssystemet, vilket kan innefatta såväl egenregiverksamhet, verksamhet som är upphandlad enligt LOU som verksamhet anskaffad enligt LOV. Det är i en sådan situation av central betydelse att de leverantörer som finns i systemet behandlas på ett likvärdigt sätt.

Ett valfrihetssystem uppvisar i vissa fall betydande skillnader i förhållande till de motiv som ligger bakom reglerna om offentlig upphandling. Samtidigt finns också likheter. De upphandlande myndigheterna måste såväl vid LOV som vid LOU följa de allmänna EU-rättsliga principer som följer av EUF-fördraget.

### Tillsyn och behovet av utökade rättsmedel

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för LOV och ska verka för en enhetlig tillämpning av lagen. Konkurrensverket har även uppdraget att sprida information om LOV till upphandlande myndigheter och ge generell vägledning om tillämpningen av LOV.

Med ett sådant resonemang kan betydelsen av tillsynsrollen således också väntas öka. Den föreliggande rapporten syftar till att analysera vilka behov det finns för att utöka tillsynsmyndighetens befogenheter och behovet av utökade sanktionsmöjligheter.

För att tillgodose de krav och grundläggande principer som följer av EU-rätten är det av central betydelse att det – i likhet med vad som gäller för offentlig upphandling – även inom ramen för LOV finns funktionella sanktioner och rättsmedel. Konkurrensverket har i sin roll som tillsynsmyndighet för närvarande inga sanktionsmöjligheter om ett landsting eller en kommun i något fall skulle agera på ett sätt som snedvrider konkurrensen. De tillsynsbeslut som Konkurrensverket fattar syftar därför för närvarande i huvudsak till att klargöra viktiga och principiella frågor. För det fall en upphandlande myndighet bryter mot lagen måste leverantör som vill ha rättelse av ett förfrågningsunderlag eller som vill kräva skadestånd enligt LOV vända sig till domstol. Väsentliga delar av lagen – frågor om information och icke-valsalternativ – är dessutom undantagna från överklagandemöjligheten.

## Talerätt

De drivkrafter som finns inom ramen för ett LOV-system skiljer sig givetvis från de som finns vid offentlig upphandling. Det kan därför också misstänkas att det – bland annat på grund av att alla de leverantörer som uppfyller uppställda kvalificeringskrav kan ansluta sig till ett valfrihetssystem – kommer att uppstå mindre konflikter inom ramen för LOV än vad som är fallet enligt LOU.

Samtidigt går det inte att komma ifrån att det kan finnas en poäng med att tillsynsmyndigheten skulle ges en generell talerätt i kombination med utökade rättsmedel. Ett skäl kan vara leverantörernas ovilja mot att gå vidare med eventuella klagomål mot sin uppdragsgivare, vare sig i domstol, medierna eller till Konkurrensverket.<sup>1</sup>

Ett annat skäl varför tillsynsmyndigheten borde få en starkare roll är de kostnader som är förknippade med att driva en rättslig process. En liten leverantör kan göra bedömningen att denne såväl saknar de ekonomiska medel som krävs för att inleda en rättslig prövning som att den negativa publicitet som ett sådant förfarande kan innebära inte uppväger den vinst som ett positivt beslut kan medföra.

Ett tredje skäl är den praxis från andra områden som tydligt visar att det finns en risk för lag- eller domstolstrots om det inom ett område saknas effektiva rättsmedel.

Ett fjärde skäl är de skyldigheter som följer av de EU-rättsliga grundprinciperna – inte minst för att säkerställa att de privata tjänsteleverantörerna väljs ut inom

---

<sup>1</sup> Se Markör Marknad och Kommunikation AB, Konkurrensverket; Slutrapport: Djupintervjuer om LOV – valfrihetssystem inom primärvården, september 2010, s. 18 ff.



ramen för ett konkurrensutsatt och förutsebart förfarande. Skulle förfrågningsunderlag och avtalsvillkor i något fall vara utformade på ett sätt som åsidosätter de grundläggande principerna är det av stor vikt att det också finns effektiva rättsmedel för att kunna angripa eventuella felaktigheter. Det är i sammanhanget viktigt att framhålla att EU-domstolens praxis visar en tydlig linje vad gäller medlemsstaternas skyldigheter att tillhandahålla erforderliga rättsmedel.

Det finns därför skäl att ge tillsynsmyndigheten, Konkurrensverket, en starkare roll inom de valfritetssystem som regleras av LOV. I jämförelse med de rättsliga prövningar som görs inom reglerna om offentlig upphandling finns det en risk för att korrigerande åtgärder kan komma att dröja eller helt utebli till följd av de begränsade möjligheter som för närvarande finns vad gäller tillsynen över LOV i kombination med avsaknaden av sanktioner.

### Administrativt vite

Enligt 16 kap. 7 § LOU och 16 kap. 9 § LUF får Konkurrensverket inhämta de upplysningar från den upphandlande myndigheten eller enheten som är nödvändiga för att fullgöra tillsynen. Enligt 8 § respektive 10 § samma kapitel är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär. Det framgår också av förarbetena att tillsynsmyndigheten ibland har svårigheter att få ta del av begärda upplysningar.<sup>2</sup>

Vad gäller möjligheten att förena en tillsyn med en möjlighet till ett vitesföreläggande framhölls i förarbetena att en sådan möjlighet inte var nödvändig inom ramen för LOU och LUF, eftersom utgångspunkten måste vara att tillsynen kan leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om upphandlingsskadeavgift. Det skulle således föra fel att ålägga en upphandlande myndighet att lämna ut handlingar som kan leda till att de kan drabbas av en process om upphandlingsskadeavgift.<sup>3</sup>

Eftersom det saknas bestämmelser om upphandlingsskadeavgifter i LOV finns det emellertid inga principiella hinder mot att tillsynsmyndigheten ges en möjlighet om att begära att en upphandlande myndighet vid vite föreläggs att lämna ut begärda handlingar.

Det kan därför vara på sin plats att införa en möjlighet för verket att förelägga upphandlande kommuner och landsting att vid ett "administrativt vite" inkomma med de upplysningar som Konkurrensverket begär i sin egenskap av tillsynsmyndighet.

---

<sup>2</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 214 f. Jfr även den optimistiska syn på möjligheterna att få ta del av begärda uppgifter som framhölls i prop. 1993/94:227, s. 19 f. och s. 26 f.

<sup>3</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 215 f.

## Talerätt i kombination med en möjlighet till vitesföreläggande

Då den upphandlings-skadeavgift som införts inom ramen för LOU och LUF har helt andra syften – det vill säga att motverka ett uppenbart åsidosättande av lagen – än de problem som kan uppstå inom ramen för felaktigheter begångna inom ramen för LOV, är det en rimligare och mer funktionell lösning att kunna sanktionera ett föreläggande med ett vite. De överträdelser som kan inträffa inom ramen för ett valfrihetssystem är av en helt annan karaktär än otillåtna direktupphandlingar. En lösning som går ut på att vid vite förbjuda en aktör att fortsätta med ett otillåtet beteende träffar bara en upphandlande myndighet som eventuellt väljer att trotsa ett domstolsutslag och är på så sätt mera framåtblickande än en upphandlings-skadeavgift som snarast är att se som ett straff för begångna missgärningar. En talerätt i kombination med en möjlighet att begära ett vitesföreläggande skulle alltså dels ha ett preventivt syfte, dels vara ett effektivt rättsmedel för att förebygga ett eventuellt trotsande av ett domstolsutslag.

Ett sådant förfarande skulle vara lämpligt om det visar sig att ett förfrågnings-underlag innehåller krav som strider mot de grundläggande principer om likabehandling och proportionalitet som följer av EU-rätten. En parallell till en sådan reglering kan också hittas i den nya regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen får staten, en kommun eller ett landsting förbjudas att tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Bestämmelsen syftar till att jämna ut förutsättningarna för offentliga och privata näringsverksamheters möjligheter att konkurrera med varandra.

De förfaranden som kan förbjudas är exempelvis underprissättning, olika behandling av olika företag utan godtagbara skäl, eller att neka företag tillträde till så kallad strategisk nytthet, till exempel viss infrastruktur, på rimliga villkor. Konkurrensverket har i egenskap av tillsynsmyndighet möjlighet att gå till domstol för att få ett åläggande för en myndighet om att upphöra med ett visst agerande eller en viss verksamhet. Åläggandet kan också kombineras med vite.

Till följd av att reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet riktar sig mot offentlig tillhandahållen verksamhet är det troligen i första hand i förhållande till tjänster som tillhandahålls inom ramen för egenregin – och därmed kanske också frågan om icke-valsalternativ – som regelverket skulle kunna vara av intresse.

I likhet med reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet skulle Konkurrensverket i egenskap av renodlad tillsynsmyndighet därmed ges möjlighet att gå till domstol för att få ett åläggande om att en upphandlande myndighet ska upphöra med ett visst agerande. Ett sådant åläggande skulle också med fördel kunna kombineras med vite. Dessa avgöranden skulle sedan bidra till en enhetlighet vad gäller utformningen av valfrihetssystem, relationen till egenregi-

verksamhet samt vid brukarens icke-val av leverantör. Samtidigt torde en sådan tillsyn med lämpliga sanktioner kunna leda till en effektiv självsanering. I likhet med bestämmelsen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet torde tillsyn enligt LOV i första hand syfta till att undanröja konkurrensproblem, inte till att driva domstolsprocesser. Det är alltså möjligt att en utformning av bestämmelser rörande en utökad talerätt för Konkurrensverket och de sanktioner som kan komma ifråga, bland annat vad gäller likabehandling av egenregi i förhållande till de privata leverantörerna, bör ske mot bakgrund av de principer som gäller för konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Grundproblemet är detsamma, eftersom det ligger inbyggt i systemet att det kan förkomma en ojämlig behandling av offentliga leverantörer i förhållande till privata leverantörer.

### Alternativa sanktioner

Ett alternativ till en talerätt kombinerad med ett vitesföreläggande skulle kunna vara att enbart fokusera på sanktioner vid brott mot LOV samt vid ett eventuellt domstolstrots införa en möjlighet att på talan av Konkurrensverket döma ut en sanktionsavgift. En situation som skulle kunna aktualisera en sanktionsavgift är om Konkurrensverket inom ramen för sin tillsyn följer upp de avgöranden som kommer från domstolarna för att se om också den upphandlande myndigheten rättar sig efter dem. Om det är uppenbart att den upphandlande myndigheten trotsar domstolens utslag skulle en variant vara att Konkurrensverket gavs möjlighet att vid domstol väcka talan om domstolstrots och föra talan mot en upphandlande myndighet som inte rättat sig efter ett domstolsavgörande. Domstolen skulle vid en sådan prövning kunna döma ut en kännbar sanktionsavgift. Vid en sådan lösning skulle Konkurrensverket utöva en liknande kontroll som JO, men med mer kraftfulla sanktioner där en domstol i slutändan kommer att avgöra om en sanktionsavgift ska dömas ut eller inte.

Samtidigt skulle samma effekt uppnås om Konkurrensverket dels gavs en generell talerätt, dels gavs möjlighet att kombinera sitt klagomål med ett yrkande om vitesföreläggande. En sådan lösning skulle troligen kunna leda till en bättre regelefterlevnad och en bättre följsamhet av domstolarnas utslag än en sanktionsavgift som i efterhand drabbar den upphandlande myndigheten. Ett vitesföreläggande kan därmed vara att föredra då det många gånger kan vara ett mer framåtblickande rättsmedel än en tillbakablickande straffavgift.

### Slutsats

Oavsett de olika drivkrafter som ligger bakom valfrihetssystem i förhållande till de som ligger bakom offentlig upphandling går det inte att komma ifrån att båda områdena kräver en tillsyn. Samtidigt står det klart att det numer finns starka rättsmedel inom offentlig upphandling medan sådana fortfarande saknas inom ramen för LOV. Att använda det argumentet som ett skäl för att införa sanktioner

även inom ramen för LOV leder dock ingenstans. Däremot visar den föreliggande rapporten att det finns flera skäl varför tillsynsmyndigheten borde ges utökade befogenheter på området. Ett sådant system i kombination med en tydligare medlarroll torde kunna leda till en självsanering, där få fall borde komma så långt som till domstol.

# 1 Inledning

## 1.1 Offentlig upphandling och valfrihetssystem

Sverige och övriga länder inom Europeiska Unionen, EU, gör årligen offentliga inköp som uppgår till en betydande del av ekonomin. På grund av bristande tillgång på offentlig statistik på området är det svårt att säga exakt hur stora värden som upphandlas men uppskattningar visar på att upphandlande myndigheter inom EU:s medlemsstater i genomsnitt köper varor och tjänster motsvarande cirka 16 procent av bruttonationalprodukten, BNP.<sup>4</sup> En översättning till svenska förhållanden där BNP år 2007 uppgick till 2 728 miljarder kronor<sup>5</sup> skulle innebära att den offentliga sektorns inköp uppgick till ungefär 436 miljarder kronor<sup>6</sup> – vilket gör den offentliga sektorn till en betydande aktör på många marknader. För att säkerställa att den offentliga upphandlingen inom EU följer samma principer och för att skapa förutsättningar för offentliga inköp under konkurrensmässiga förhållanden måste den upphandlande myndigheten följa gällande direktiv för offentlig upphandling. Givet att en myndighet har bestämt sig för att gå från egen regi till offentlig upphandling eller valfrihetssystem måste gällande regelverk följas.

Den offentliga upphandlingen inom EU är i princip utformad så att potentiella leverantörer via sluten budgivning konkurrerar om ett eller flera offentliga kontrakt där den leverantör som lagt det lägsta eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontrakt. Att tilldela kontrakt baserat på principen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud innebär förenklat att anbuden innehåller fler dimensioner än pris till vilka hänsyn tas vid utvärderingen av anbuden. Tilldelning enligt lägsta pris innebär anbudsutvärdering mot enbart pris. Detta utesluter inte att upphandlande myndighet beaktar kvalitetsdimensioner vid inköpet. Hänsyn till kvalitet tas då genom att kvalitativa krav ställs på leverantören. För att i huvudtaget komma ifråga som leverantör måste budgivaren uppfylla dessa krav.

En upphandlingsprocess tar sin början i och med att upphandlande myndighet har identifierat ett behov. Därefter formuleras ett förfrågningsunderlag, vilket utgör själva annonsen för upphandlingen. När förfrågningsunderlaget är annonserat är det öppet för potentiella leverantörer att lämna in anbud. Vid en tidpunkt efter sista datum för anbud går upphandlande myndighet igenom inkomna anbud, granskar om dessa uppfyller de krav som ställts för att ett anbud ska gå vidare till utvärderingssteget. Kvalificerade anbud utvärderas och därefter meddelas samtliga budgivare om utfallet. Därefter infaller den så kallade tiodagarsfristen. Budgivarna har därmed tio dagar på sig att hos Förvaltningsrätten begära överprövning av

---

<sup>4</sup> EU:s offentliga myndigheter upphandlar enligt ett meddelande från Kommissionen 2008 varor och tjänster som uppgår till 16 procent av unionens BNP.

<sup>5</sup> BNP i fasta priser (index = år 2000). Se Statistiska centralbyrån, [www.scb.se](http://www.scb.se).

<sup>6</sup> Siffran är dock osäker och det cirkulerar till följd av brister i den offentliga statistiken olika uppgifter på storleken på de offentliga inköpen.

upphandlingen. Om ingen överprövning sker skrivs avtal med vinnande budgivare.

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, trädde i kraft den 1 januari 2009 och utgör ett alternativ till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Det står de upphandlande myndigheterna fritt att inom de områden som omfattas av LOV att välja att införa ett valfrihetssystem som ett alternativ till att upphandla tjänsterna enligt LOU. I ett valfrihetssystem kan även ingå verksamheter som är upphandlade enligt LOU. En kommun har rätt att konkurrensutsätta exempelvis ett särskilt boende genom att upphandla driften enligt bestämmelserna i LOU. Den leverantör som ansvarar för det upphandlade särskilda boendet kan därefter ansöka om att få vara med i valfrihetssystemet.

Den upphandlande myndigheten ska löpande annonsera på den för ändamålet upprättade nationella webbplatsen som drivs av Kammarkollegiet. Såväl annons och förfrågningsunderlag ska finnas tillgängligt på webbplatsen. Alla leverantörer, eller grupper av leverantörer, som önskar delta i ett valfrihetssystem ska ha rätt att ansöka.

Samtliga sökande som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, och inte uteslutits med stöd av bestämmelserna i 7 kap. 1 § LOV, ska godkännas av den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten ska så snart möjligt meddela den sökande beslutet att godkänna eller inte godkänna sökanden och skälen för beslutet. Om den upphandlande myndigheten beslutar att avbryta införandet av ett valfrihetssystem, måste den informera om detta. Om sökanden inte har godkänts som leverantör ska den upphandlande myndigheten lämna upplysningar om hur han eller hon ansöker om rättelse. Den upphandlande myndigheten ska därefter teckna kontrakt med samtliga leverantörer som godkänts.

En av grundtankarna med valfrihetssystem är att stärka den enskilde brukarens möjligheter att fritt välja vem som ska leverera en viss tjänst och att denne också ska ha rätt att byta utförare. I och med att leverantörerna förväntas måna om att behålla sina brukare förväntas också kvalitén på de tjänster som utförs också öka i förhållande till den ersättning som utgår. Ett valfrihetssystem kan alltså sägas vara brukarorienterat. Ett valfrihetssystem anses också underlätta för små och medelstora företag att erbjuda tjänster inom de områden som omfattas av LOV.

Den enskilde kan fritt välja bland de utförare som deltar i valfrihetssystemet vilket därför kan innefatta såväl egenregiverksamhet, verksamhet som är upphandlad enligt LOU som verksamhet anskaffad enligt LOV. Det är i en sådan situation av central betydelse att de leverantörer som finns i systemet behandlas på ett likvärdigt sätt. För att uppnå konkurrensneutralitet mellan den LOU-upphandlade driftentreprenaden och LOV-leverantörerna är det därför viktigt att i största möjliga mån ställa likvärdiga krav i förfrågningsunderlagen. Begreppet förfrågningsunderlag är detsamma som återfinns i LOU. I förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten ange samtliga de krav som sökande ska uppfylla för att bli godkända samt övriga avtalsvillkor. Det ska i förfrågningsunderlaget finnas

en kravspecifikation, kontaktuppgifter, uppgifter om avtalstider, regler för avtalets tecknande samt regler för uppföljning och kontroll, vilka villkor som ska gälla samt hur uppdraget ska fullföljas under kontraktstiden. Kraven ska vara proportionerliga och relevanta i förhållande till målen. Eftersom tjänsternas art och omfattning kan variera framgår det inte av LOV vilka krav som ska ställas. Alla leverantörer måste emellertid uppfylla de krav som uppställs i svensk lagstiftning och som därmed också sätter gränserna för de tjänster som kan omfattas av ett valfrihetssystem, bland annat socialtjänstlagen (2001:453) SoL, hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (1993:387), LSS, skattelagstiftning, arbetsrättslagstiftning och andra föreskrifter. Den kommunala egenregiverksamheten kan samtidigt inte teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten enligt LOV, eftersom inget rättssubjekt kan ingå avtal med sig själv. Det är ändå av stor vikt att det uppnås konkurrensneutralitet i systemet och att den egna regionen ges motsvarande villkor som de externa leverantörerna. Den frågan blir i huvudsak ett politiskt ansvar i den enskilda kommunen eller landstinget, men måste givetvis ske i enlighet med de grundläggande konkurrensrättsliga principerna på området.

Ett valfrihetssystem uppvisar alltså betydande skillnader i förhållande till de motiv som ligger bakom reglerna om offentlig upphandling. Samtidigt finns också likheter. De upphandlande myndigheterna måste såväl vid LOV som vid LOU följa de allmänna EU-rättsliga principer som följer av EUF-fördraget, vilket också uttryckligen följer av 1 kap. 9 § LOU.

## 1.2 Tillämpningsområde

LOV är tänkt att tillämpas på bland annat omsorgs- och stödverksamhet för äldre, för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster.<sup>7</sup> Det är frivilligt för kommuner och landsting att tillämpa LOV och de har rätt att själva bestämma hur modellen ska se ut. Om de upphandlande myndigheterna önskar att lägga ut olika verksamheter på enskilda utan att använda sig av ett valfrihetssystem ska detta ske i enlighet med vad som följer av LOU.

När det gäller primärvård är landstingen skyldiga att införa ett vårdvalssystem som ger allmänheten rätt att välja privat eller offentlig vårdcentral.<sup>8</sup> Av 5 § 2 st. hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, följer sedan den 1 januari 2010 att landstinget ska organisera primärvården inom ramen för ett vårdvalssystem så att alla som är bosatta inom landstinget kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster samt få tillgång till och välja en fast läkarkontakt. Landstinget får inte begränsa den enskildes val till ett visst geografiskt område inom landstinget. Av 5 § 3 st. HSL följer att landstinget ska utforma vårdvalssystemet så att alla utförare behandlas lika, om det inte finns skäl för något annat. Alla privata utförare som

---

<sup>7</sup> Se prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, resp. SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem.

<sup>8</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården.

uppfyller landstingens krav ska ha rätt och frihet att etablera verksamhet i landstingen med offentlig ersättning. Ersättningen från landstinget till utförare inom ett vårdvalssystem ska följa den enskildes val av utförare. När landstinget beslutat att införa ett vårdvalssystem ska LOV tillämpas.<sup>9</sup>

De avtal som kommer att ingås med privata vårdgivare efter det att landstinget fattat beslut om att införa vårdvalssystem är antingen kontrakt inom ramen för ett valfrihetssystem enligt LOV eller vårdavtal efter en upphandling enligt 15 kap. LOU. Regeringen anför vidare att ett kontrakt om valfrihetssystem enligt LOV får anses utgöra en tjänstekoncession.<sup>10</sup> Bedömningen innebär att det – till skillnad från om det rör sig om tjänsteupphandling enligt LOU – inte föreligger någon skyldighet att föra in bestämmelser om tekniska specifikationer, efterannonsering, krav på uteslutning av leverantörer som begår viss typ av brottslighet, interimistiska åtgärder och skadestånd i LOV. Enligt upphandlings- och rättsmedelsdirektiven hade detta annars varit nödvändigt. Regeringen har emellertid föreslagit att vårdavtal ska upphandlas enligt LOU, det vill säga oavsett om avtalet utgör en tjänstekoncession eller ett upphandlingskontrakt.<sup>11</sup> I propositionen föreslås bestämmelser i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik om att landstinget vid ingående av vårdavtal ska tillämpa LOU eller LOV.

Av förarbetena till lagen om valfrihetssystem<sup>12</sup> framgår att det kan uppstå situationer då ingen privat utförare vill ge vård inom ett visst geografiskt område med den ekonomiska ersättning som anges i det förfrågningsunderlag som enligt LOV ligger till grund för att privata utförare ska kunna ansöka om anslutning till valfrihetssystemet. För att attrahera privata utförare att etablera verksamhet på en viss plats kan det då krävas att landstinget gör en upphandling enligt LOU. Invånarna ges därefter möjlighet att välja bland de vårdgivare som tecknat kontrakt med landstinget enligt LOV eller LOU och landstingets egna verksamheter. Om LOV och LOU inte skulle kunna samexistera skulle ett landsting som infört valfrihetssystem inte kunna konkurrensutsätta den vård som bedrivs i egen regi, vilket vore en begränsning av den kommunala självstyrelsen och kommunernas möjligheter att organisera sin verksamhet i enlighet med vad som följer av 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900).

Tillämpningen av LOV har den 1 juli 2010 utvidgats till att omfatta även Arbetsförmedlingen. Arbetsförmedlingen får genom lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen besluta att tillhandahålla valfrihet för tjänster inom förmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.<sup>13</sup> Innebörden är att den

---

<sup>9</sup> Se närmare prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, resp. SOU 2008:37, Vårdval i Sverige.

<sup>10</sup> Se prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 57.

<sup>11</sup> Se prop. 2008/09:64, Ersättningsetableringar för vissa privata vårdgivare, m.m.

<sup>12</sup> Se prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 88 f.

<sup>13</sup> Se prop. 2009/10:146, Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen.



arbetsökande själv får välja bland de leverantörer som Arbetsförmedlingen tecknat avtal med, till exempel så kallade jobbcoacher, om vem han eller hon kan få hjälp av för att hitta ett nytt jobb. När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem ska myndigheten tillämpa LOV. Sedan den 1 maj 2010 gäller även lagen om valfrihetssystem för Arbetsförmedlingen när de tillhandahåller etableringslotsar för nyanlända invandrare.<sup>14</sup>

När LOV tillämpas är det obligatoriskt att annonsera på den nationella webbplatsen "Valfrihetswebben"<sup>15</sup> och det är Kammarkollegiet som ansvarar för driften av den. En undersökning som utförts av Kammarkollegiet<sup>16</sup> visar att det är de mindre leverantörerna som är mest nöjda med Valfrihetswebben, såväl vad gäller informationsinnehåll som funktionalitet. Över hälften av de små leverantörerna som använder Valfrihetswebben anser att sidan har stor betydelse för verksamheten. De större leverantörerna är i allmänhet något mindre nöjda och tillmäter även Valfrihetswebben en något mindre betydelse för verksamheten. Samtidigt framgår att det finns ett stort intresse av att funktionaliteten på Valfrihetswebben utökas. Utöver en önskan om att all information borde finnas på en plats är det främst nya funktioner för automatisk bevakning och bättre urvalsmöjligheter som prioriteras.

Enligt SKL har mer än hälften av landets kommuner infört, eller arbetar med att införa, valfrihetssystem enligt LOV. Under 2009 sökte totalt 208 kommuner stimulansbidrag förra året för att undersöka möjligheterna till ett eventuellt införande av valfrihetssystem. Totalt har 70 kommuner infört valfrihetssystem enligt LOV, medan 81 kommuner har beslutat om ett införande. Valfrihetssystem finns inom en mängd olika tjänster – den vanligaste är hemtjänst, men andra typer av tjänster till exempel särskilt boende för äldre, ledsagning, avlösning, daglig verksamhet enligt LSS samt familjerådgivning. Totalt har 24 kommuner beslutat att inte införa LOV, medan resterande kommuner ännu inte fattat något beslut. När det gäller landstingen kan konstateras att alla landsting vid årsskiftet 2009/2010, med undantag av Gotlands kommun, infört vårdvalssystem i primärvården eller publicerat förfrågningsunderlag.<sup>17</sup>

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för LOV och ska verka för en enhetlig tillämpning av lagen. Konkurrensverket har även uppdraget att sprida information om LOV till upphandlande myndigheter och ge generell vägledning om tillämpningen av LOV. Med ett ökat antal upphandlande myndigheter som kommer att tillämpa LOV som ett alternativ till LOU finns det också en risk för att valfrihets-

---

<sup>14</sup> Av lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare följer att de nyanlända inom ramen för ett valfrihetssystem ska ha rätt att välja en så kallad etableringslots. Se prop. 2009/10:60, Nyanlända invandras arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd.

<sup>15</sup> Se <http://www.valfrihetswebben.se/startsidan.aspx>.

<sup>16</sup> Se Kammarkollegiets rapport 2010-08-27, Dnr 24.1-5248-10.

<sup>17</sup> Se [http://www.skl.se/web/Allt\\_fler\\_kommuner\\_infor\\_lagen\\_om\\_valfrihet.aspx](http://www.skl.se/web/Allt_fler_kommuner_infor_lagen_om_valfrihet.aspx) samt <http://www.socialstyrelsen.se/nyheter/nastanallalandsstingharinfortvardvalprimarvarden>.

system utformade i strid med LOV ökar. Eftersom även betydelsen av tillsynsrollen i så fall kan förväntas öka syftar den föreliggande rapporten till att analysera vilka behov det finns för att utöka tillsynsmyndighetens befogenheter och behovet av utökade sanktionsmöjligheter.

### 1.3 Uppdragets omfattning

Uppdraget går ut på att analysera behov och möjligheter vad gäller att utvidga talerätten, stärka tillsynen samt att införa sanktionsmöjligheter i LOV-relaterade mål, vilka frågor talerätten och eventuella sanktioner bör omfatta och hur rättsmedlen bör utformas. Uppdragstagaren ska belysa behovet av att Konkurrensverket ges behörighet att föra talan vid domstol vid överträdelser av LOV. Uppdragstagaren ska också belysa behovet av att rättsmedel införs i LOV samt lämna förslag på hur sådana sanktioner lämpligen bör utformas. Uppdragstagaren ska i detta avseende även ta hänsyn till att landstingen är skyldiga att tillämpa LOV inom primärvården och att lagen är frivillig för övrig kommunal och landstingskommunal verksamhet. Bör rättsmedlens utformning skilja sig åt beroende på om det är frivilligt eller obligatoriskt (som i primärvården) att tillämpa LOV för en viss verksamhet?

### 1.4 Några problem med framtagandet av rapporten

Det finns flera problem med att ta fram en rapport inom det nu aktuella området. För det första är valfrihetsmodeller en relativt ny företeelse i Sverige. Även om det även tidigare funnits olika valfrihetssystem har det befintliga regelverket endast varit i kraft sedan den 1 januari 2009. Efter dess tillkomst har tillämpningsområdet också utökats till att omfatta nya områden.

Det här innebär att det än så länge finns begränsat med exempel på hur lagstiftningen fungerar och vilka eventuella problem som kan uppstå inom ramen för den. Någon egentlig rättspraxis har inte hunnit utvecklas på området och inte heller går det att göra några djupare jämförelser med andra rättsordningar då de valfrihetssystem som finns i andra länder inte fullt ut omfattar samma verksamhetsområden som det svenska systemet. En rapport rörande valfrihetsmodeller måste därför med nödvändigt bli av en mer generell karaktär då det ännu inte går att fullt ut förutse vilka problem som egentligen kan uppstå på området. Det vore därför olyckligt om rapporten alltför tydligt målande ut vissa problem som skäl för varför olika typer av rättsmedel skulle införas, eftersom det kan komma att visa sig att de egentliga behoven av rättsmedel inom LOV kommer att bero på något helt annat än de eventuella behov som vi i dag kan överblicka. Dessa oklarheter inverkar givetvis också på de slutsatser som för närvarande kan dras.

## 2 Befintliga rättsmedel inom ramen för LOV-system

Ett införande av valfrihetssystem ter sig i huvudsak lika oavsett det handlar om ett frivilligt införande av valfrihetssystem inom stöd-, vård- eller omsorgstjänster inom en kommun eller ett landsting eller om det rör sig om ett införande inom primärvården. Lite förenklat kan ett införande i en kommun eller ett landsting i huvudsak indelas i följande faser:

1. Beslut om att börja tillämpa LOV i kommunen – att konkurrens genom valfrihetssystem ska ske, det vill säga en politisk beslutsprocess.
2. Förfrågningsunderlag med kravspecifikationer tas fram.
3. Annonsering ska göras i den nationella databasen.
4. Ansökningar inkommer och utvärderas.
5. Leverantörer godkänns.
6. Avtal tecknas med de godkända utförarna.
7. Medborgarna ska informeras om vilka utförare som är godkända och som står till förfogande enligt valfrihetssystemet.
8. Medborgarna/brukarna gör sina val.
9. Den upphandlande myndigheten ersätter utföraren.
10. Uppföljning.

Det finns således en mängd olika faser i processen där det finns behov av olika typer av rättsmedel. En kommun eller ett landstings beslut att inrätta ett vårdvalssystem kan därför överklagas enligt bestämmelserna i 10 kap. kommunallagen (1991:900), medan de rättsmedel som följer av 10 kap. LOV blir tillämpliga först när vårdvalssystemet blivit infört.<sup>18</sup>

Vad gäller frågan om de arbetsrättsliga frågeställningar som kan uppstå vid införandet av ett valfrihetssystem har Sveriges Kommuner och Landsting tagit fram en promemoria.<sup>19</sup> De arbetsrättsliga frågorna kommer därför inte att beröras i det föreliggande arbetet. I kommande avsnitt redovisas ett par fall rörande LOV som prövats genom laglighetsprövning samt de fall rörande rättelse enligt LOV som hittills prövats.

---

<sup>18</sup> Se 10 kap. 4 § LOV samt prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 41 och s. 45.

<sup>19</sup> Se Sveriges Kommuner och Landsting, LOU och LOV i förhållande till MBL och annan lagstiftning, promemoria 2010-08-30, s. 11–14.

## 2.1 Laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen

Ett beslut av en kommun eller ett landsting om att införa ett valfrihetssystem kan endast angripas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen. Sålunda har till exempel ett beslut av landstingsfullmäktige i ett landsting om att införa valfrihetssystem blivit föremål för en laglighetsprövning med hänvisning till bland annat att omfattningen av det basuppdrag som landstinget fastslagit stred mot proportionalitetsprincipen enligt LOV, och att detta hindrade etablering av nya vårdgivare, mångfald och effektiv konkurrens. Förvaltningsrätten konstaterade att landstinget har ett huvudansvar för primärvården och därför, i egenskap av sjukvårdshuvudman, har att bestämma den närmare utformningen av vårdvalssystemet med beaktande av de lokala förutsättningarna.

Enligt förvaltningsrätten framgår det av förarbetena till LOV att landstingen ges relativt stor frihet vid utformningen av valfrihetssystemen. Kraven ska dock utformas så att de är sakliga, står i proportion till ändamålet samt inte leder till att leverantörer behandlas olika. Rätten konstaterade vidare att landstinget utnyttjat sin stora frihet vid utformningen av vad som ska ingå i basuppdraget i aktuellt valfrihetssystem, och bedömde att basuppdragets omfattning kunde anses nödvändigt för att i tillräcklig mån säkerställa en bra vård för patienterna.<sup>20</sup> Vidare har differentierade patientavgifter inte ansetts strida mot kommunallagens likställighetsprincip.<sup>21</sup>

En upphandlande myndighet, ett landsting, hade i ett annat fall beslutat att inte godkänna en leverantör, såvitt avsåg en viss vårdenhet eftersom denna inte ansågs uppfylla de krav som angetts i den upphandlande myndighetens krav- och kvalitetsbok. En medlem i landstinget överklagade beslutet och yrkade att landstingets rätt att vara både operatör och granskande myndighet skulle prövas. Han yrkade även att landstingets beslut skulle inhiberas till dess att nämnda rätt fastställts av förvaltningsrätten. Landstinget anförde att beslut enligt LOV inte får överklagas genom laglighetsprövning och att endast en leverantör som inte godkänts har rätt att klaga på beslutet. Förvaltningsrätten fann att den sökande inte var behörig att överklaga landstingets beslut och att hans talan därför skulle avvisas.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Se Förvaltningsrätten i Luleå, mål nr 173-10.

<sup>21</sup> Se Länsrätten i Skåne, mål nr 12045-08.

<sup>22</sup> Se Förvaltningsrätten i Karlstad, mål nr 1-10.

## 2.2 Talerätt och ansökan om rättelse enligt 10 kap. LOV

### 2.2.1 Talerätt

Av 10 kap. 1 § LOV följer att en leverantör, som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot någon bestämmelse i LOV, inom tre veckor från det att beslut fattats om huruvida en sökande får delta i valfrihetssystemet skriftligen får ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol. Vidare är det endast en sökande som om den inte godkänts får ansöka om rättelse av den upphandlande myndighetens beslut om godkännande enligt 8 kap. 1 § LOV.<sup>23</sup>

En ansökan om rättelse ska vara skriftlig och innehålla uppgifter om vilken ändring som begärs och på vilket sätt den upphandlande myndigheten brutit mot lagen. För det fallet att domstolen finner att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i LOV och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 10 kap. 2 § LOV besluta om att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse. Av bestämmelsen framgår att godkänd leverantör som slutit avtal med den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att ansöka om rättelse eftersom denne inte lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om rättelse ska ha inkommit till rätten inom tre veckor från det att underrättelse lämnats enligt 8 kap. 2 § LOV.

En rättelse kan enligt förarbetena exempelvis bli aktuell om rätten finner att den upphandlande myndigheten, efter att en ändring av valfrihetssystemet gjorts eller att det skett en förändring av de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, inte underrättat intresserade leverantörer genom en förnyad annonsering. Andra omständigheter som kan leda till rättelse är att annonsen utformats på ett felaktigt sätt, att de krav som ställts i förfrågningsunderlaget strider mot någon av bestämmelserna i LOV, att den upphandlande myndigheten angett ett sista datum för möjligheten att lämna in anbud eller att myndigheten på något otillåtet sätt begränsat en leverantörs möjlighet att inkomma med en ansökan.<sup>24</sup> Frågor rörande LOV har emellertid endast i begränsad omfattning prövats i domstol, varför det inte går att hitta någon enhetlig tolkning enligt rättspraxis.<sup>25</sup>

### 2.2.2 Talerätt vid godkännande av leverantör

I ett fall rörande frågan om vem som har talerätt i LOV-relaterade ärenden hade den leverantör som ansökte om rättelse inte själv ansökt om att delta i det aktuella valfrihetssystemet. Domstolen fann att leverantören ändå hade talerätt. Länsrätten

---

<sup>23</sup> Se även SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143 f.

<sup>24</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 105 f., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143.

<sup>25</sup> De få rättsfall och tillsynsärenden som finns på området finns i huvudsak beskrivna i Konkurrensverkets rapport Uppföljning av vårdval i primärvården, Delrapport 2, rapportserie 2010:2, s. 90–105.

konstaterade att det finns situationer då en leverantör, som inte har ansökt om att få delta i ett valfrihetssystem, ändå kan ha anledning att ansöka om överprövning. Länsrätten fann därför att det redan av ordalydelsen av 10 kap. 1 § 1 st. LOV – där ordet "leverantör" används i stället för "sökande" som benämning på den som är taleberättigad – tydligt framgår att en sådan leverantör faktiskt har den möjligheten. Tolkningen ansågs också få stöd av ett förarbetsuttalande om att en leverantör som gör bedömningen att ett krav som den upphandlande myndigheten ställt står i strid mot reglerna i lagen, kan begära rättelse hos allmän förvaltningsdomstol oavsett om leverantören är sökande eller inte.<sup>26</sup> De situationer då det kan bli aktuellt med en sådan prövning – alltså på begäran av en leverantör, sökande eller inte – exemplifieras i förarbetena med att ett eller flera krav i ett förfrågningsunderlag inte uppfyller grundläggande principer om likabehandling, proportionalitet eller icke-diskriminering.<sup>27</sup> Länsrätten konstaterade därför att den klagande i egenskap av leverantör hade talerätt och att dennes ansökan om överprövning skulle prövas.<sup>28</sup>

I ett annat fall hade en kommun bjudit in leverantörer att inkomma med ansökningar om att delta i kundvalssystem avseende hemtjänst i ordinärt boende, varvid ett antal leverantörer godkändes. En kommunmedlem ansökte därefter hos Förvaltningsrätten om rättelse och yrkade att kommunen ålades att ompröva sitt beslut att godkänna en viss leverantör som utförare. Som grund anförde han att kommunens beslut att godkänna leverantören vilade på felaktiga grunder. I 5 kap. 1 § LOV anges i relevanta delar att fysisk eller juridisk person kan var för sig eller tillsammans med andra leverantörer lämna en ansökan. Av 10 kap. 1 § 1 st. LOV följer att en leverantör som gör gällande att en upphandlande myndighet har brutit mot en bestämmelse i LOV får ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol. Av 10 kap. 1 § 2 st. LOV följer i relevanta delar att endast den sökande som inte godkänts får ansöka om rättelse av den upphandlande myndighetens beslut. Förvaltningsrätten konstaterar att den sökande inte kommit in med en ansökan om deltagande i kundvalssystemet och således inte var att anses som leverantör enligt LOV. Hans ansökan om rättelse avvisades därför.<sup>29</sup>

Frågan torde alltså här vara vem som vid en fråga om godkännande kan klassas som leverantör och om det mot bakgrund av det föregående fallet finns en risk för motstridiga bedömningar avseende vem som kan anses vara leverantör och därmed också anses ha talerätt – enbart en sökande eller en leverantör i allmänhet.

I ett tredje fall hade en leverantör, en ekonomisk förening, bestående av sex familjerådgivare ansökt om godkännande i ett valfrihetssystem. Den upphandlande myndigheten beslutade att godkänna leverantören och fem av de i föreningen ingående familjerådgivarna. Däremot fann kommunen att den sjätte familjerådgivaren inte

---

<sup>26</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 88.

<sup>27</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 102 ff.

<sup>28</sup> Se Länsrätten i Skåne län, mål nr 5538-09.

<sup>29</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 27066-10.

uppfyllde de krav som ställts. Leverantören ansökte om rättelse av beslutet och yrkade att även den sjätte skulle godkännas. Länsrätten konstaterade att det av förarbetena följer att endast den sökande som en upphandlande myndighet inte godkänt i ett valfrihetssystem enligt LOV får ansöka om rättelse av detta beslut i allmän förvaltningsdomstol, eftersom den sökanden får anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Länsrätten fann därför att en leverantör som har tecknat avtal med den upphandlande myndigheten således inte kan ansöka om rättelse enligt bestämmelserna i LOV.<sup>30</sup> Eftersom det förelåg ett avtal mellan den upphandlande myndigheten och leverantören kunde länsrätten därmed inte pröva dennes ansökan om rättelse. Länsrätten avvisade därför ansökan med hänvisning till att enbart en leverantör som inte godkänts och därmed kan anses ha lidit skada har talerätt i frågan.<sup>31</sup> Den familjerådgivare som inte ansetts uppfylla kraven lämnade därefter själv in en ansökan om rättelse. Ansökan avvisades dock av Länsrätten, eftersom den befanns ha inkommit för sent.<sup>32</sup>

Leverantören ansökte därefter om resning. Kammarrätten konstaterar att Länsrätten gjorde fel som avvisade ansökan med hänvisning till att det förelåg ett avtal mellan leverantören och den upphandlande myndigheten – då det enligt LOV inte föreligger något uttryckligt förbud för en allmän förvaltningsdomstol att pröva en fråga efter det att ett avtal slutits – för det fall att endast ett partiellt godkännande skett. Av förarbetena följer förvisso att:

”En godkänd leverantör som tecknat avtal med den upphandlande myndigheten får således inte ansöka om rättelse eftersom leverantören inte lidit eller kan komma att lida skada. Rättelsereglerna skulle bli svårhanterliga om bestämmelserna utvidgades så att godkända leverantörer skulle ges möjlighet att ansöka om rättelse enligt bestämmelserna i LOV. Det kan förvisso uppstå situationer som kan uppfattas som negativa för en leverantör som redan ingår i ett valfrihetssystem. Att till exempel nya leverantörer kommer in i systemet skulle kunna tolkas som ett negativt beslut för den enskilde leverantören eftersom konkurrenssituationen mellan leverantörerna hårdnar, men det är vad som normalt gäller på en fri marknad och leverantörerna är medvetna om det när de ansöker om att få delta i ett valfrihetssystem. Det behövs inte något rättsmedel för sådana fall.

Inte heller leverantörer som har upphandlats enligt LOU kan begära överprövning när kontrakt har tecknats. Den leverantör som tecknat kontrakt med den upphandlande myndigheten saknar talerätt på grund av att denne inte anses lida eller kunna komma att lida skada. En leverantör som har tecknat avtal med den

---

<sup>30</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 104 f.

<sup>31</sup> Se Länsrätten i Stockholm, mål nr 23958-09.

<sup>32</sup> Se Länsrätten i Stockholm, mål nr 25000-09. Kammarrätten beviljade inte prövningstillstånd, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 784-10. Vidare avslogs den sökandes ansökan om återställelse av försutten tid, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1201-10.

upphandlande myndigheten kan således inte ansöka om rättelse enligt bestämmelserna i LOV.”<sup>33</sup>

Kammarrätten konstaterar dock att *”vad som sägs i förarbetena till LOV om betydelsen av kontraktstecknande har inte ... kommit till uttryck i lagtexten. Den omständigheten att ett kontrakt tecknats kan således inte utgöra hinder för domstolsprövning eller hinder för föreningen att ansöka om rättelse, när man som i detta fall endast delvis har godkänts som leverantör och det således kan finnas en risk för ekonomisk skada. Länsrätten borde därför inte ha avvisat föreningens ansökan om rättelse.”* Kammarrätten konstaterar emellertid att såväl leverantören som den familjerådgivare som inte ansågs uppfylla kraven har möjlighet att när som helst på nytt ansöka om att godkännas som leverantör. Ansökan om resning avslogs därför.<sup>34</sup>

Även om rättsfallet tydliggör att ett avtalstecknande inom ramen för LOV inte i sig begränsar talerätten för en partiellt godkänd leverantör, visar det också på det begränsade värdet av en sådan rätt, till följd av de effekter en leverantörs möjlighet att inkomma med en ny ansökan om godkännande kan ha i praktiken.

Det föreligger därför redan mot bakgrund av de tre fall som hittills varit föremål för domstolsprövning flera oklarheter avseende talerätten. För det första råder viss oklarhet i fråga om vem som har talerätt; en sökande eller en leverantör i allmänhet och om det i vissa frågor bara är en sökande som har talerätt – exempelvis vid ett beslut om godkännande – medan alla tänkbara leverantörer i övriga fall kan anses ha talerätt. För det andra är det till viss del oklart vilka effekter en talerätt rörande frågan om godkännande får i praktiken till följd av en sökandes möjlighet att lämna in en förnyad ansökan om godkännande.

### 2.2.3 Godkännande eller uteslutande av leverantörer

Frågor rörande godkännandet av leverantörer har prövats i domstol vid några tillfällen. I ett fall hade ett landsting uteslutit en vårdenhet med hänvisning till uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen i 7 kap. 4 § LOV. Den person som drev vårdenheten hade tidigare drivit en annan vårdenhet i samma landsting. Den tidigare vårdenheten hade redovisat felaktiga patientunderlag vilket lett till att landstinget betalat ut felaktiga ersättningar till ett betydande belopp. Personen hade varit ensam styrelseledamot i den tidigare vårdenheten och dennes hustru styrelsesuppleant, och båda hade tecknat vårdenhetens firma. Kammarrätten betonade att det är upp till den enskilda upphandlande myndigheten att i första hand avgöra när ett fel är så allvarligt att det ska föranleda uteslutning. Exempelvis kan en dom där en leverantör dömts för brott avseende yrkesutövningen vara grund för uteslutning. Personen ifråga hade med anledning av sitt agerande åtalats för grovt bedrägeri, men frikänts i tingsrätten. Kammarrätten anförde att styrelsen i

---

<sup>33</sup> Prop. 2008/09:29, s. 105.

<sup>34</sup> Se Kammarrätten i Stockholm, mål nr 786-10.



ett bolag har det övergripande ansvaret för bolagets förvaltning, och även om den berörda personen inte aktivt tagit del i den ekonomiska verksamheten utan helt förlitat sig på sin dåvarande hustru, hade denne brutit i kontrollen av verksamheten och på så sätt inte uppfyllt de krav som ställs på ett aktiebolags styrelse. Kammarrätten anförde att frikännandet från grovt bedrägeri och de svårigheter att få insikt i den felaktiga redovisningen av patientunderlaget som personen lyft fram inte ändrade denna bedömning. Kammarrätten ansåg därför att landstingets beslut om uteslutning var proportionerligt och i enlighet med LOV.<sup>35</sup>

I ett annat fall hade en leverantör till en kommun inkommit med en ansökan om att bli godkänd anordnare inom ett valfrihetssystem. Kommunen avslag på ansökan med motiveringen att leverantören tidigare varit auktoriserad i kommunen och då brutit mot gällande bestämmelser och nu även bestämmelser enligt LOV. De bestämmelser som leverantören ansågs ha brutit mot var bland annat att verksamhetsansvarig ersätts av annan person utan att detta meddelats till kommunen för godkännande samt att leverantören inte levt upp till de formella krav som gällde för fakturering. Vidare anfördes att den utpekade verksamhetsansvarige inte uppfyllde de uppställda kraven på erfarenhet av arbetsledning.

Förvaltningsrätten konstaterade att det i målet rörde sig om en ny ansökan om auktorisation mot nya och i viss del avvikande bestämmelser gällande ett annat valfrihetssystem än det tidigare. Förvaltningsrätten fann därför att tidigare avsaknad av anmälan om byte av verksamhetsansvarig inte kunde tillåtas påverka en ny bedömning av om leverantören vid den aktuella ansökan uppfyllde de nya villkoren för auktorisation. Den upphandlande myndigheten hade därmed inte haft rätt att lägga detta förhållande till grund att avslå ansökan om godkännande. Förvaltningsrätten konstaterar dock att kommunen även anförde att den verksamhetsansvarige som angetts i den aktuella ansökan inte uppfyller de uppställda kraven på erfarenhet av arbetsledning. Förvaltningsrätten ansåg i likhet med den upphandlande myndigheten att den verksamhetsansvarige inte hade den arbets-erfarenhet av arbetsledning som uppställts. Leverantörens ansökan ansågs därför inte uppfylla de krav som ställts för godkännande som anordnare av hemtjänst, avlösning och ledsagning i kommunen. Med anledning av att leverantören därmed inte kunde anses lida eller komma att lida skada även om det skulle finnas brister gällande andra delar av den upphandlande myndighetens förfarande avslögs leverantörens ansökan om rättelse.<sup>36</sup>

Även i ett ytterligare fall hade en leverantörs ansökan om godkännande som anordnare inom den upphandlande myndighetens valfrihetssystem avslagits med motiveringen att den verksamhetsansvarige inte hade minst två års erfarenhet inom arbetsområdet eller erfarenhet av arbetsledning. Vidare anfördes att rutinerna

---

<sup>35</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5094-09. Se även liknande praxis vad gäller offentlig upphandling, till exempel Kammarrättens i Jönköping dom den 9 juni 2009, mål nr 4211-08.

<sup>36</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 16407-10. Kammarrätten beviljade inte prövningstillstånd, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1786-10.

för nyckelhantering var mycket bristfällig då leverantören på nyckelkvittens angett att kopior inte tillverkas men samtidigt i dokument inkommet till socialtjänsten angivit att kundens originalnyckel aldrig behålls utan att en kopia på originalnyckeln tas med kundens tillåtelse, vilket inte framkommer i nyckelkvittensen. Dessutom anfördes att leverantören inte fullföljt sina åtaganden gällande sociala avgifter/arbetsgivaravgifter. Mot bakgrund av de anförda skälen samt tidigare varningar och klagomål bedömdes att leverantören inte kunde godkännas för att utföra hemtjänst, ledsagning och avlösning i kommunen. I likhet med ovan nämnda fall fann Förvaltningsrätten att leverantörens verksamhetsansvarige inte kunde anses uppfylla de ställda krav på två års arbetserfarenhet med arbetsledning som ställts för godkännande. Med beaktande av att leverantörens anbud redan på denna grund inte skulle godkännas, samt att leverantören därmed heller inte kunde anses lida eller komma att lida någon skada även om det skulle finnas brister gällande andra delar av den upphandlande myndighetens förfarande, prövade förvaltningsrätten inte vad som i övrigt har anförts i målet. Ansökan om rättelse avslogs därför.<sup>37</sup>

En upphandlande myndighet hade beslutat att inte godkänna en vårdenhet på grund av brister i ansökan med hänvisning till att denna i sin ansökan till valfrihetssystemet inte beskrivit hur kvalitetsarbetet skulle utföras. Enligt den upphandlande myndigheten hade vårdenheten endast angett att kraven kommer att uppfyllas men inte hur detta skulle ske. Den upphandlande myndigheten menade att det inte var fråga om att vårdenheten lämnat kortfattade svar, utan efterfrågade beskrivningar saknades helt. I den sista meningen i förfrågningsunderlagets del avseende kvalitetsarbete hade den upphandlande myndigheten angett att "sökande ska kortfattat beskriva hur kraven uppfylls". Trots att frasen placerats sist ansåg domstolen att kravet inte kunde tolkas på annat sätt än att det omfattade hela frågan och att en kortfattad beskrivning ska lämnas avseende samtliga krav som beskrivits. Förfrågningsunderlaget ansågs inte utifrån vad som framkommit bryta mot principen om öppenhet i 1 kap. 2 § LOV. Den upphandlande myndighetens beslut att inte godkänna vårdenheten var således i enlighet med LOV.<sup>38</sup>

#### 2.2.4 Tillägg eller förändringar i ansökan om godkännande

En kommun hade bjudit in intresserade att delta i valfrihetssystem avseende boende och daglig verksamhet. Kommunen beslutade att inte godkänna en leverantör med motiveringen att denne vad gäller punkten "målgrupp" gjort sådana inskränkningar att ansökan inte kunde godkännas. Sökanden hade lagt till att "[p]ersoner som uppenbart har fel nivåbedömning kan erbjudas plats när felet rättats till", vilket ansågs stå i strid med beställarens möjligheter att bestämma brukarens behov av omvårdnad. Leverantören ansökte om rättelse och yrkade att

---

<sup>37</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 16906-10.

<sup>38</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 19391-10.

godkännas som utförare i valfrihetssystemet. Den sökandes skrivning kunde enligt Förvaltningsrättens mening inte tolkas på annat sätt än att denne lagt in en egen reservation och därigenom en möjlighet att på förhand underlåta att ta emot en brukare efter en egen bedömning. Vid ett sådant förhållande kunde den sökande inte anses uppfylla de krav som ställts för godkännande som leverantör och ansökan om rättelse avslogs.<sup>39</sup>

### 2.2.5 Formalia vid ansökan om rättelse

En annan fråga är om en ansökan om rättelse inkommit inom föreskriven tid. Vid en inbjudan till intresserade om att inkomma med en ansökan om att delta i ett valfrihetssystem rörande drift av hemtjänst, beslutade kommunen att avslå en ansökan från en sökande. Ansökan om rättelse ställdes till kommunen, som omkring två och en halv vecka senare meddelade den sökande om att en sådan ansökan ska ställas till förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten konstaterar att det av 1 kap. 3 § LOV följer att bestämmelserna i 24 och 25 §§ förvaltningslagen (1986:223) inte ska tillämpas vid handläggningen av dessa ärenden. Därmed är heller inte myndighetens skyldigheter att pröva om inkommandeskripten inkommit i rätt tid och skyldigheten att överlämna denna inte tillämpliga. Den sökandes ansökan hade därför inkommit för sent och ansökan avslogs.<sup>40</sup>

En sökande hade inte godkänts som leverantör inom ett valfrihetssystem. Förvaltningsrätten avvisade dock ansökan om rättelse då ansökan, trots uppmaning om komplettering från rätten, inte undertecknats av behörig firmatecknare.<sup>41</sup>

## 2.3 Kompletteringar av ansökan

I ett tidigare behandlat fall rörande godkännande av leverantör uppkom även en fråga om komplettering av ansökan. Förvaltningsrätten konstaterade att något krav på att den upphandlande myndigheten måste medge eller begära korrigeringar i enlighet med 6 kap. 2 § LOV inte förelåg. Det avgörande var i stället om något av kraven eller någon av principerna i 1 kap. 2 § LOV hade åsidosatts i samband med hanteringen av ansökningarna i den aktuella processen. I motsats till vad vårdenheten påstått i sin ansökan om rättelse ansåg domstolen inte att det framgick av utredningen i målet att någon leverantör tillåtits komma in med komplettering motsvarande sådan som vårdenheten önskat få göra. Förvaltningsrätten fann därför att den upphandlande myndigheten inte genom sin hantering av ansökningarna brutit mot kravet på likabehandling i 1 kap. 2 § LOV.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 27062-10.

<sup>40</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 31545-10.

<sup>41</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 30437-10.

<sup>42</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 19391-10.

## 2.4 Krav på tecknande av kollektivavtal

Frågan om krav på kollektivavtal vid upphandlingar är ofta föremål för diskussion, men har även i ett fall prövats inom ramen för LOV rörande ett krav i förfrågningsunderlaget som innebar att vårdgivaren skulle ha en skyldighet att teckna kollektivavtal med berörda personalorganisationer. Länsrätten konstaterar att möjligheten att ställa krav på att en leverantör tecknar kollektivavtal diskuterades i förarbetena till LOV och att det av dessa framgår att krav eller villkor om kollektivavtal inte är möjliga att ställa vid inrättande av valfrihetssystem.<sup>43</sup> Däremot anförde föredraganden att vissa i kollektivavtal förekommande krav kan ställas på leverantören, under förutsättning att de inte strider mot EU-rätten samt att den upphandlande myndigheten följer upp och kontrollerar att kraven efterlevs. Länsrätten gör inte någon annan bedömning i frågan än vad som framgår av förarbetsuttalandena och fann att det av den upphandlande myndigheten ställda kravet stod i strid med bestämmelserna om likvärdig behandling och icke-diskriminering i 1 kap. 2 § LOV. Domstolen fann därför att kravet på kollektivavtal var oproportionerligt med hänvisning till att de grundläggande EU-rättsliga principerna uttolkats av EU-domstolen på ett sätt som innebar att villkor om kollektivavtal eller motsvarande krav inte är förenliga med principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet. Den upphandlande myndigheten skulle därför vidta rättelse innebärande att förfrågningsunderlaget skulle ändras så att det inte innehållsmässigt återspeglade ett otillåtet krav.<sup>44</sup>

## 2.5 Rättelse vid brott mot LOV

Förutom själva godkännandebeslutet kan en leverantör göra gällande att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i LOV. I dessa fall föreligger ingen särskild tidsfrist inom vilken en ansökan om rättelse ska vara gjord. Det förefaller heller inte uttryckligen föreligga någon sådan begränsning i talerätten som gäller vid den upphandlande myndighetens beslut att godkänna en leverantör. Så länge som valfrihetssystemet existerar kan således en leverantör klaga på eventuella fel i annonsering, förfrågningsunderlag eller någon annan regelöverträdelse.<sup>45</sup> Däremot saknas möjlighet för en domstol att fatta interimistiska beslut. Skälet är att det inom ramen för LOV inte anses föreligga någon konkurrenssituation mellan leverantörerna.<sup>46</sup>

Som exempel på när en ansökan kan göras nämns i förarbetena en vårdgivare som gör gällande att landstinget åsidosatt bestämmelserna i LOV, till exempel genom att

---

<sup>43</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 77 f.

<sup>44</sup> Länsrätten i Skåne, mål nr 5538-09.

<sup>45</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 103 f., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143.

<sup>46</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 106 f., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 144 f.

något eller några krav i förfrågningsunderlaget inte uppfyller de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Dessa principer gäller sedan tidigare vid upphandlingar enligt LOU och det finns en relativt omfattande rättspraxis i form av domar från EU-domstolen om hur principerna ska tolkas. Denna rättspraxis gäller även vid tillämpningen av valfrihetssystem enligt LOV. Som exempel på sådana överträdelser framhålls i förarbetena att det kan " anses strida mot proportionalitetsprincipen att landstinget ställer större krav för att vårdgivare ska kunna ingå i ett vårdvalssystem än som behövs och kan anses vara ändamålsenligt eller erbjuder vårdgivare alltför låg ersättning. ... En privat vårdgivare kan därmed hävda att det föreligger ett brott mot proportionalitetsprincipen och som bevis härför åberopa de ekonomiska villkor som landstingets egna verksamheter arbetar under."<sup>47</sup>

Vidare anføres att det kan vara ett brott mot principerna om likabehandling eller icke-diskriminering om ett landsting ställer upp olika krav för deltagande i ett vårdvalssystem eller om olika villkor ställs upp för externa utförare i förhållande till den ersättning som ges till egenregin.

En eventuell oklarhet är att det enligt 10 kap. 1 § LOV stadgas att en förutsättning för att domstolen ska besluta om att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse är att överträdelsen medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada. Frågan är då om en i systemet godkänd leverantör i förhållande till andra godkända leverantörer kan anses ha lidit någon skada, exempelvis avseende överträdelser av de grundläggande principerna i förfrågningsunderlaget. Det kan inte uteslutas att det i vissa fall är först efter det att en leverantör har börjat verka inom vårdvalssystemet som det står klart att villkoren i förfrågningsunderlaget är diskriminerande eller oproportionerliga – frågan är dock om de är det för de leverantörer som blivit godkända eller om det enbart är en ännu inte godkänd leverantör som med framgång skulle kunna begära överprövning.

Här förefaller det eventuellt föreligga en situation där talerätten för en leverantör förvisso gäller så länge som LOV-systemet existerar, men där de rättsliga effekterna – åtminstone initialt – kan vara begränsade till de leverantörer som ännu står utanför systemet. Först om ett domstolsbeslut om rättelse lett till en förändring av förfrågningsunderlaget skulle de godkända leverantörerna kunna nå framgång med en talan, eftersom de då skulle riskera att lida skada i förhållande till de leverantörer som omfattas av de nya villkoren. Se även avsnitt 3.5.

## 2.6 Skadeståndstalan

Av 10 kap. 5 § LOV följer att en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOV ska ersätta sökanden för därigenom uppkommen skada.

---

<sup>47</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 45.

Skadeståndstalan som grundar sig på beslut om godkännande enligt 8 kap. 1 § LOV ska väckas vid allmän domstol inom ett år från det att den upphandlande myndigheten beslutat att inte godkänna sökanden.

## 2.7 Rättelse och skadestånd vid information eller icke-valsalternativ

Av 10 kap. 6 § LOV framgår avslutningsvis att de ovan anförda bestämmelserna om rättelse eller skadestånd inte gäller den upphandlande myndighetens beslut om information eller icke-valsalternativ.<sup>48</sup>

## 2.8 Konkurrensverkets tillsyn

Tillsynen över de valfrihetssystem som inrättas i enlighet med LOV utövas av Konkurrensverket som enligt 10 kap. 8 och 9 §§ LOV får inhämta sådana upplysningar från de upphandlande myndigheterna som är nödvändiga för tillsynen. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom ett skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna i stället inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller muntligen. Den upphandlande myndigheten är i sådana fall skyldig att tillhandahålla de upplysningar som Konkurrensverket begär för sin tillsyn. För att tillsynen ska bli så effektiv som möjligt framhöll remissinstanserna vikten av att Konkurrensverket i allvarliga och principiella fall gavs talerätt i domstol samt att det måste finnas möjlighet till vite och upphandlingsskadeavgift för att tillsynsmyndigheten ska kunna fullgöra uppdraget, ett önskemål som emellertid inte hörsammades av lagstiftaren.<sup>49</sup>

Konkurrensverkets tillsyn bygger både på egeninitierade ärenden och på klagomål från leverantörer. Vid prioriteringen av vilka ärenden som blir föremål för granskning väger Konkurrensverket in hur allvarligt problemet eller företeelsen är och hur viktigt det är att få ett vägledande avgörande. I vissa fall kan det finnas andra myndigheter eller aktörer som är bättre lämpade att agera i frågan eller andra regelverk som bättre kan ta hand om de problem som uppmärksammas. I tillsynsuppdraget ingår även att ge generell vägledning och information om LOV för att förebygga regelöverträdelser och verka för en enhetlig tillämpning av bestämmelserna. Samtidigt saknar Konkurrensverket sanktionsmöjligheter vid överträdelser av LOV. De tillsynsbeslut som Konkurrensverket fattar syftar därför i huvudsak till att klargöra viktiga och principiella frågor. En leverantör som vill ha rättelse av ett förfrågningsunderlag eller som vill kräva skadestånd måste därför vända sig till domstol.

---

<sup>48</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 107 ff., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143.

<sup>49</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 109 f.

### 2.8.1 Utformningen av förfrågningsunderlag och proportionalitetsprincipen

Konkurrensverket har vid flera olika tillfällen granskat ageranden vid tillskapandet av valfrihetssystem.<sup>50</sup> En central fråga vid LOV – i likhet med utformningen av förfrågningsunderlag enligt LOU och en upphandling inom ramen för lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) – är att förfrågningsunderlagen är så tydliga och uttömmande att det går att förstå och förutse hur valfrihetssystemet kommer att tillämpas i praktiken. Under hanteringen av ett ärende framkom således att det av förfrågningsunderlaget inte gick att utläsa hur icke-valsalternativet skulle hanteras i en situation där två vårdcentraler hade samma adress. Landstinget hade i efterhand gjort manuella justeringar som i hög grad påverkade utfallet för de inblandade leverantörerna. Eftersom det inte framgick av förfrågningsunderlaget hur icke-valsalternativet skulle komma att tillämpas bedömde Konkurrensverket att landstinget hade brutit mot 1 kap. 2 § LOV, som innebär att den upphandlande myndigheten ska iakttä principen om öppenhet vid tillämpningen av valfrihetssystem.<sup>51</sup>

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav och villkor som ställs i ett förfrågningsunderlag inte får gå längre än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt med hänsyn till de tjänster som omfattas av valfrihetssystemet. En fråga om proportionalitet som behandlats av Konkurrensverket är om ett landsting kan kräva att leverantörerna ska ansluta sig till ett visst journalsystem. I förarbetena till LOV anges krav som innebär att leverantören ska kunna kommunicera med landstinget på ett systemmässigt säkert och enkelt sätt bland de krav som den upphandlande myndigheten kan eller bör ställa på leverantörer.<sup>52</sup> Det är dock viktigt att de upphandlande myndigheterna inte ställer krav som sträcker sig utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa en effektiv kommunikation.

Enligt ett yttrande från Läkemedelsverket till Konkurrensverket är patientjournal-system att anse som medicintekniska produkter som ska utvecklas, tillverkas och installeras i enlighet med gällande författningar. Det är svårt att garantera att system är kompatibla, och de höga krav på patientsäkerhet som gäller enligt lag kan inte säkerställas med olika system. Konkurrensverket gjorde därför bedömningen att kravet att ansluta sig till landstingets system var förenligt med proportionalitetsprincipen. Av klagomålet framgick att landstinget även ställde krav på att leverantörerna skulle ansluta sig till särskilda rapporteringssystem. Sådana system är enligt Läkemedelsverket troligen inte att anse som medicintekniska produkter som faller under det medicintekniska regelverket, och eventuella fel skulle inte påverka patientsäkerheten. I detta fall medförde emellertid inte kravet på anslutning till systemet några större kostnader för leverantörerna.

---

<sup>50</sup> De tillsynsärenden som finns på området är utförligt beskrivna i Konkurrensverkets rapport Uppföljning av vårdval i primärvården, Delrapport 2, rapportserie 2010:2, s. 90–105.

<sup>51</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 451/2009.

<sup>52</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 71 ff.

Konkurrensverket ansåg därför att det var rimligt att landstinget eftersträvade enhetlighet i sin rapportering för att underlätta utbetalningen av ersättningar till leverantörer. Även kravet på anslutning till ett specifikt rapporteringssystem ansågs därför vara förenligt med proportionalitetsprincipen.<sup>53</sup>

### 2.8.2 Förändring av villkor och likabehandlingsprincipen

En central fråga i ett valfrihetssystem är hur villkoren kan ändras efter att leverantören har tecknat kontrakt. Av förarbetena till LOV framgår att om den upphandlande myndigheten ändrar villkor eller krav i förfrågningsunderlaget måste villkoren för befintliga leverantörer ändras i samma utsträckning. Detta följer av likabehandlingsprincipen. Den upphandlande myndigheten bör därför i avtalet med leverantören tillförsäkra sig en möjlighet att kunna ändra i avtalsvillkoren.<sup>54</sup> Konkurrensverket har i ett tillsynsbeslut gjort bedömningen att landstingen kan ändra avtalsvillkoren utan att bryta mot bestämmelserna i LOV under förutsättning att leverantören kan förutse hur landstinget kan ändra avtalsvillkoren och vad som ska gälla i det fall leverantören inte accepterar de förändrade villkoren.<sup>55</sup>

### 2.8.3 Krav på geografisk placering

Ett ärende som behandlats av Konkurrensverket rörde ett landsting som angett att den geografiska placeringen av en vårdenhets skulle föregås av en överenskommelse mellan landstinget och leverantören, och att överenskommelsen skulle bekräftas genom ett politiskt beslut. Som motiv hänvisade landstinget till sitt ansvar för att planera hälso- och sjukvården efter befolkningens behov. Landstinget menade att det var lämpligt att det kommunicerade med leverantörerna om kommande behov av nyetableringar och om var det fanns "vita fläckar" så att leverantörerna kunde ges möjlighet att anpassa sin verksamhet. Konkurrensverket konstaterade att en dialog där landstinget förmedlar sin behovsanalys inte kan anses strida mot LOV. I beslutet betonas dock att ett landsting inte har rätt att underlåta att teckna kontrakt med en leverantör som uppfyller de krav som ställts i förfrågningsunderlaget oavsett var verksamheten avses bedrivas. En upphandlande myndighet kan således inte villkora ett godkännande med föreskrifter om var leverantören ska etablera sig.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 301/2009.

<sup>54</sup> Se prop. 2008/09:29, s. 88.

<sup>55</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 301/2009.

<sup>56</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 301/2009.



## 2.8.4 Differentierade patientavgifter hos vårdgivare inom och utom valfrihetssystemen

Det förekommer i vissa fall att landsting tillämpar högre patientavgifter för besök hos taxeläkare eller på andra vårdenheter än den där invånaren är listad enligt vårdvalssystemet. Konkurrensverket har gjort bedömningen att differentierade patientavgifter inte strider mot LOV så länge alla leverantörer inom valfrihetssystemet behandlas lika. Däremot omfattas inte leverantörer utanför valfrihetssystemet av likabehandlingsprincipen i LOV. Frågan om differentierade patientavgifter för besök hos taxeläkare faller därmed utanför LOV:s tillämpningsområde.<sup>57</sup> Differentierade patientavgifter har heller inte ansetts strida mot kommunallagens likställighetsprincip.<sup>58</sup>

## 2.8.5 Icke-valsalternativets utformning

I flera landsting fanns redan innan LOV infördes olika former av listningssystem med möjlighet för invånarna att välja vårdcentral. Konkurrensverket har granskat ett fall där den initiala listningen av invånarna vid ett icke-valsalternativ i första hand utgick från tidigare aktiva val. Ett sådant system kan tänkas innebära en konkurrensfördel för de leverantörer som redan är etablerade och frågan är om ett sådant listningsförfarande är förenligt med likabehandlingsprincipen. Konkurrensverket fann att det är naturligt att befintliga leverantörer har vissa fördelar som t.ex. renommé och etablerade kundkontakter. Avgörande i frågan om ett tidigare val i ett tidigare system ska kunna accepteras som icke-valsalternativ i ett valfrihetssystem bör därför vara om invånaren har gjort ett aktivt ställningstagande och om det har varit möjligt för invånaren att välja mellan fler än ett alternativ vid det tillfälle valet gjordes. Användningen av val som redan var registrerade i listningsdatabasen som icke-valsalternativ i valfrihetssystemet ansågs därför inte strida mot LOV. På motsvarande sätt fann Konkurrensverket att det är naturligt att befintliga leverantörer kan ha vissa konkurrensfördelar som inte nya aktörer har när de träder in i ett valfrihetssystem. Konkurrensverket ansåg därför att ett icke-valsalternativ i ett valfrihetssystem som innebar att en invånare som besökt en viss vårdcentral minst tre gånger under de senaste 15 månaderna erbjöds denna som icke-valsalternativ inte stred mot LOV.<sup>59</sup>

Samtidigt tog landstinget vid utpekande av icke-valsalternativet inte hänsyn till besök som gjorts hos s.k. taxeläkare. Eftersom det varit möjligt för invånarna att även göra besök hos sådana inom ramen för den landstingsfinansierade vården, borde även dessa besök ha legat till grund för utpekandet av icke-valsalternativet.

---

<sup>57</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 301/2009.

<sup>58</sup> Se Länsrätten i Skåne, mål nr 12045-08.

<sup>59</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 446/2009.

Konkurrensverket ansåg därför att landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 2 § LOV.<sup>60</sup>

Att även närhetsprincipen kan användas vid utpekandet av icke-valsalternativ framgår av förarbetena till lagen. Konkurrensverket har tagit ställning till om landstinget tillämpat närhetsprincipen på ett sätt som är förenligt med principen om likabehandling. I ett fall erbjöds en vårdcentral, med hänvisning till närhetsprincipen, fler än tio gånger så många invånare som en annan, trots att vårdcentralerna bara låg några hundra meter från varandra. Landstinget motiverade tilldelningen med att det system som använts för att beräkna vilken vårdcentral som var närmast invånarnas folkbokföringsadresser innebar att alla vårdgivare, såväl offentliga som privata, behandlades lika och att den fördelning som uppkommit mellan de båda vårdcentralerna helt och hållet berodde på vårdcentralernas geografiska läge. Då det inte framkommit några omständigheter som talade emot landstingets förklaring gjorde fann Konkurrensverket att agerandet varit förenligt med LOV.<sup>61</sup>

I ett annat fall – i samma landsting – erbjöds en vårdcentral enligt närhetsprincipen till dubbelt så många invånare som en annan, trots att de båda vårdcentralerna låg i samma byggnad och på samma adress. Landstinget förklarade utfallet med att man varit tvungen att göra en manuell justering vid tillämpningen av närhetsprincipen. Konkurrensverket framhöll att eventuella justeringar måste genomföras på ett likabehandlande och ickediskriminerande sätt. Landstinget hade i det här fallet därför agerat i strid med 1 kap. 2 § LOV som innebär att leverantörer ska behandlas lika.<sup>62</sup>

### 2.8.6 Bristande konkurrensneutralitet

I ett ärende som granskats av Konkurrensverket ansåg den klagande att ett landsting subventionerat egenregin genom täckande av underskott. Landstinget införde ett vårdvalssystem med start den 1 januari 2008. Under 2008 redovisade vårdenheterna inom landstingets egen regi negativt resultat. Konkurrensverkets granskning visade att landstinget har antagit en ny resultatregleringsmodell och verksamhets-specifika direktiv för egenregiverksamheten. Av dessa dokument framgick att syftet var att ge samtliga verksamheter inom vårdvalssystemet liknande förutsättningar oavsett driftsform.

Avsikten med den nya resultatregleringsmodellen var att ge egenregiverksamheten mer ansvar och befogenheter. Landstingets tidigare regler om en schabloniserad fördelning av centrala kostnader på vårdenheterna skulle därmed komma att upphöra. Enligt Konkurrensverkets bedömning syftade regleringspolicy, verksamhetsdirektiv och de åtgärder som enligt dessa dokument skall genomföras till

---

<sup>60</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 451/2009.

<sup>61</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 446/2009.

<sup>62</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 451/2009.

att förhindra att egenregiverksamheten fick konkurrensfördelar. De planerade åtgärderna fick därför anses vara tillräckliga för att uppnå syftet, varför Konkurrensverket beslutade att inte utreda saken ytterligare.<sup>63</sup>

## 2.9 Slutsatser

Ovan redovisad praxis visar att det än så länge endast finns ett fåtal fall som prövats i domstol. Den ringa mängden rättsfall, i kombination med att inget fall ännu prövats i högsta instans, gör att det egentligen inte går att dra några långtgående slutsatser, annat än att redan den lilla praxis som finns i något fall ger motstridiga budskap.

Den ringa mängden rättsfall kan tolkas på minst tre sätt. Det ena är att det rör sig om ett område där det inte kommer att uppstå några större problem och att de frågor som hittills prövats går att hänföra till kategorin "barnsjukdomar". Den andra tolkningen är att det än så länge gått för kort tid för att vi ska kunna bilda oss någon egentlig uppfattning om hur många fall som kommer att överklagas till domstol och vilka frågor som i så fall kommer att bli föremål för prövningar. Den tredje tolkningen är att incitamentsstrukturen för att väcka talan vid domstol inte är tillräckligt stark – det kostar helt enkelt för mycket att inleda en domstolsprocess i förhållande till vad en leverantör har att vinna på en sådan.

Samtidigt visar såväl de rättsfall som finns som de ärenden som Konkurrensverket haft anledning att pröva på att det – trots den korta tid som gått sedan ikraftträdandet av LOV – finns ett antal situationer där frågor om godkännande, lika-behandling och icke-valsalternativ inte skötts på ett korrekt sätt. En sådan tolkning leder också till att det kan finnas ett reellt behov för att ge Konkurrensverket utökade befogenheter inom ramen för LOV samt på behovet av att införa effektiva rättsmedel.

Oavsett hur framtiden kommer att utveckla sig går det inte att komma ifrån att konkreta sanktioner och rättsmedel kan ha en preventiv inverkan på hur de inblandade parterna förhåller sig till en viss lagstiftning.

---

<sup>63</sup> Se Konkurrensverkets beslut, dnr 580/2009.

### 3 Finns det behov av att nya rättsmedel införs i LOV?

#### 3.1 Konkurrensverkets tillsyn

Som framgår av ovanstående avsnitt finns det än så länge lite praxis rörande tillämpningen av LOV. Totalt rör det sig om ett tiotal fall, varav de flesta härrör från Stockholmsområdet. Man skulle därför kunna dra slutsatsen att LOV i första hand utgör ett storstadsfenomen. En sådan slutsats är dock allt för förhastad.

För att tillgodose behovet av att Sverige efterlever de krav och grundläggande principer som följer av EU-rätten är det av central betydelse att det, i likhet med vad som gäller för offentlig upphandling, inte bara finns bestämmelser om funktionella sanktioner och rättsmedel i LOV – det behövs också en väl fungerande tillsyn. Flera remissinstanser framhöll vikten av att Konkurrensverket i allvarliga och principiella fall gavs talerätt i domstol samt att det måste finnas möjlighet till vite och upphandlingsskadeavgift – något som inte hörsammades av lagstiftaren.<sup>64</sup>

Konkurrensverket har för närvarande inga sanktionsmöjligheter för att komma till rätta med att ett landsting eller en kommun snedvrider konkurrensen, till exempel genom att diskriminera en leverantör i något avseende. De tillsynsbeslut som Konkurrensverket fattar syftar därför för närvarande i huvudsak till att klargöra viktiga och principiella frågor. För det fall en upphandlande myndighet bryter mot lagen måste leverantör som vill ha rättelse av ett förfrågningsunderlag eller som vill kräva skadestånd enligt LOV vända sig till domstol. Väsentliga delar av lagen – frågor om information och icke-valsalternativ – är dessutom undantagna från överklagandemöjligheten.

#### 3.2 Leverantörers benägenhet eller ovilja att begära rättelse

Ett generellt problem vid olika typer av kommersiella avtal är att parterna kan ha en ovilja mot att driva process mot sina nuvarande och förhoppningsvis även framtida avtalsparter. Det har i andra sammanhang framhållits att det är ett problem för efterlevnaden av gällande lagar och möjligheterna att kontrollera dessa, eftersom det generellt sett inte är särskilt vanligt att en avtalspart väcker talan mot en annan. I och med att avtalsparten oftast själv har ett intresse av att avtalen genomförs kan denne till exempel acceptera att förplikta sig i större utsträckning än vad som egentligen är möjligt enligt gällande lagstiftning. Det är därför heller inte särskilt troligt att denne skulle väcka talan med anledning av de extra kostnader han eller hon ålagts, och därmed riskera att avtalet inte fullföljs.

---

<sup>64</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 109 f.

På så sätt kan det i praktiken på vissa områden ha uppstått en praxis som i vissa fall kan tänkas strida mot gällande lagstiftning och grundläggande principer.<sup>65</sup>

På motsvarande sätt är ett valfrihetssystem till sin natur utformat så att varje enskild leverantörs incitament att klaga blir begränsade, eftersom företag typiskt sett inte vill processa mot sina egna större kunder. Det kan därför tänkas att vissa leverantörer inte alls vill gå vidare med eventuella klagomål, vare sig i domstol, medierna eller till Konkurrensverket, utan i stället själva försöker föra en diskussion med den upphandlande myndigheten.<sup>66</sup>

Det finns därför skäl att ge en utomstående part, Konkurrensverket, en starkare tillsynsroll inom de valfrihetssystem som regleras av LOV. I jämförelse med de rättsliga prövningar som görs inom reglerna om offentlig upphandling finns det en risk för att korrigerande åtgärder kan komma att dröja eller helt utebli till följd av de begränsade möjligheter som för närvarande finns vad gäller tillsynen över LOV i kombination med avsaknaden av sanktioner.

Ett annat skäl varför tillsynsmyndigheten borde få en starkare roll är de kostnader som är förknippade med att driva en rättslig process. En liten leverantör kan göra bedömningen att denne såväl saknar de ekonomiska medel som krävs för att inleda en rättslig prövning som att den negativa publicitet som ett sådant förfarande kan innebära inte uppväger den vinst som ett positivt beslut kan medföra.<sup>67</sup>

Nedan följer en analys av de särskilda förutsättningar som gäller för valfrihetssystem, bland annat vilka krav som följer av EU-rätten. I avsnitt 5 analyseras i vilka situationer det skulle kunna finnas behov för utökade befogenheter och i avsnitt 6 redovisas vilka sanktioner som i så fall bäst skulle tjäna sitt syfte.

### 3.3 EU-rättsliga utgångspunkter

I och med Lissabonfördragets ikraftträdande kan medlemsstaterna sägas ha fått friare tyglar att själva organisera tjänster av allmänt intresse, artikel 14 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget, och protokoll 26. Bestämmelserna hjälper till att strukturera balansen mellan integration på marknadens villkor och säkerställandet av allmänna intressen. Artikel 14 EUF-fördraget utgör inte bara den rättsgrund som kommissionen hittills ansett sig sakna för att horisontellt eller sektoriellt reglera tjänster av allmänt intresse utan också ett åläggande för EU och medlemsstaterna att anta dessa regler, med beaktande av unionens gemensamma värden.

---

<sup>65</sup> Se Tom Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 1998, avsnitt 7.4.2 och där anvisade källor.

<sup>66</sup> Se även de intervjuer som genomförts med leverantörer inom primärvården, Markör Marknad och Kommunikation AB, Konkurrensverket; Slutrapport: Djupintervjuer om LOV – valfrihetssystem inom primärvården, september 2010, s. 18 ff.

<sup>67</sup> Se Markör Marknad och Kommunikation AB, Konkurrensverket; Slutrapport: Djupintervjuer om LOV – valfrihetssystem inom primärvården, september 2010, s. 18 ff.

Av det till fördragen tillfogade protokollet 26 om tjänster av allmänt intresse följer enligt artikel 1 i protokollet avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse att nationella, regionala och lokala myndigheter har ett stort handlingsutrymme att tillhandahålla, beställa och organisera dessa tjänster så nära användarnas behov som möjligt och att mångfalden av dessa tjänster och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.

I artikel 2 protokollet slås fast att fördraget inte påverkar medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Samtidigt råder ingen tvekan om att de grundläggande EU-rättsliga principerna samt de regler som i övrigt gäller för konkurren- sutsättning fullt ut ska tillämpas vad gäller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Oavsett det rör sig om en offentlig upphandling som genomförs inom ramen för LOU, en upphandling inom ramen för LUF eller inom ramen för LOV ska därför de grundläggande EU-rättsliga principerna följas. De ska beaktas i alla situationer en upphandlande myndighet har för avsikt att anskaffa något *ex house* – det vill säga då den upphandlande myndigheten vänder sig till marknaden för att få ett behov tillgodosett i stället för att tillgodose behovet inom ramen för egenregin, *in house*.<sup>68</sup>

Även om exempelvis tilldelning av tjänstekoncessioner faller utanför upphandlingsdirektiven<sup>69</sup> är en upphandlande myndighet vid en tilldelning av en tjänstekoncession – i likhet med om det rör sig om en offentlig upphandling – därför alltid bunden av de grundläggande principer som följer av de EU-rättsliga principerna, bland annat artikel 49 och 56 EUF-fördraget, särskilt principerna om öppenhet, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Ur ett EU-rättsligt perspektiv är det alltså av central betydelse att de privata tjänsteleverantörerna väljs ut inom ramen för ett konkurrensetsatt och förutsebart förfarande.

I och med att de grundläggande principerna långt ifrån är lika detaljerade som bestämmelserna i upphandlingsdirektiven råder det däremot viss osäkerhet ifråga om hur de aktuella principerna ska tillämpas vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

En av de viktigaste EU-rättsliga principerna är principen om icke-diskriminering, vilken följer av artikel 18 EUF-fördraget. Principen är också utgångspunkten för fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. De aktuella bestämmelserna är förpliktigande för alla medlemsstater och alla offentliga organ i medlemsstaterna – varför alla upphandlande myndigheter har att iaktta de aktuella bestämmelserna. I mål C-324/98, *Telaustria*, slog domstolen fast att upphandlande myndigheter var tvungna att iaktta de grundläggande EU-

---

<sup>68</sup> Se till exempel mål C-324/98, *Telaustria*, mål C-231/03, *Coname*, och mål C-458/03, *Parking Brixen*.

<sup>69</sup> Direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) och direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet).

rättsliga principerna även då de agerade utanför direktivens område, särskilt avseende förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.<sup>70</sup> I mål C-275/98, *Unitron*, uttalade EU-domstolen att upphandlande myndigheter måste försäkra sig om att förbud mot diskriminering iakttas. Enligt EU-domstolen måste således en upphandlande myndighet förvissa sig om att upphandlingsförfarandet kännetecknas av ett lämpligt mått av insyn till fördel för alla potentiella anbudsgivare.

En annan i sammanhanget relevant EU-rättslig princip är proportionalitetsprincipen. Upphandlande myndigheter har att beakta proportionalitetsprincipen i samband med att den avgör hur en upphandling ska utformas; inte minst i situationer där den aktuella upphandlingen faller utanför de EU-rättsliga upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. En upphandlande myndighet är därför skyldig att utforma upphandlingsprocessen på så sätt att processen ger möjlighet till att upprätthålla och kontrollera konkurrensen i samband med eventuella förhandlingar.

Principerna om likabehandling, insyn och ömsesidigt erkännande syftar till att säkra att konkurrensförhållandena upprätthålls och att den upphandlande myndigheten inte begränsar företags möjligheter att på lika villkor komma i beaktande som leverantörer i samband med offentliga upphandlingar, medan proportionalitetsprincipen också skyddar den upphandlande myndigheten från att behöva tillämpa en upphandlingsprocedur som ställer allt för långtgående krav på den samma.

Dessa grundläggande principer slår fast att det finns en skyldighet till öppenhet som innebär att varje potentiell leverantör ska garanteras ett förfarande som är tillräckligt för att marknaden ska kunna öppnas för konkurrens. Då lagstiftaren anfört att de tjänster som omfattas av LOV utgör tjänstekoncessioner bör i sammanhanget nämnas att tilldelning av tjänstekoncessioner inte är ett oreglerat område, trots att det saknas regler rörande frågan i såväl LOU som upphandlingsdirektiven. I samband med tilldelning av tjänstekoncessioner måste en upphandlande myndighet därför inte bara beakta de grundläggande EU-rättsliga principerna, utan även de övriga bestämmelserna i EUF-fördraget.

Samtidigt bör påpekas att Regeringsrätten i ett fall rörande sotningstjänster har påpekat att tjänstekoncessioner inte utgör upphandlingskontrakt och att någon överprövning enligt LOU därför inte kan göras.<sup>71</sup> Det faktum att LOU:s regler rörande överprövning inte ansetts vara tillämpliga då en upphandlande myndighet tilldelat en koncession utan föregående upphandling innebär dock inte att frågan i sig aldrig kan bli föremål för prövning. Det kan ju till exempel vara fråga om ett otillåtet statstöd enligt artikel 107 EUF-fördraget – vilket kan medföra att den

---

<sup>70</sup> Se mål C-324/98, *Telaustria*, p. 62. Se också de förenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP* och *Santorso* m.fl.

<sup>71</sup> Se RÅ 2008 not. 101. Däremot yttrade sig NOU i målet och uttalade mot bakgrund av bland annat praxis från EU-domstolen att den svenska domstolen borde överväga om domstolen har en skyldighet att pröva frågan huruvida tilldelningen av en eventuell tjänstekoncession har skett i enlighet med EU-rättens grundläggande principer.

privata parten får betala tillbaka det stöd som denne kan anses ha erhållit till följd av att ett koncessionsavtal ingåtts utan föregående konkurrensutsättning.

Det kan i dessa situationer också påpekas att en kommun eller ett landsting kan bli skadeståndsskyldiga vid överträdelser av artikel 108.3 i förening med artikel 107.1 EUF-fördraget. I de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich, konstaterade EU-domstolen att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av EU-rätten. EU-rättens fulla verkan skulle äventyras och skyddet för de rättigheter som erkänns i dessa regler skulle försvagas om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av EU-rätten som kan tillskrivas en medlemsstat. Möjligheten att erhålla skadestånd från en medlemsstat är oundgänglig i synnerhet om reglernas fulla verkan är beroende av att staten vidtar åtgärder och om till följd därav de enskilda i avsaknad av sådana åtgärder inte vid nationella domstolar kan göra gällande de rättigheter som tillkommer dem enligt EU-rätten. En sådan princip var enligt domstolen en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.<sup>72</sup> Det är också viktigt att påpeka att EU-domstolen inte har ställt upp något självständigt krav på att en medlemsstat ska ha förfarit vårdslöst för att skadestånd ska utgå. I de förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III, uttalade nämligen EU-domstolen att nationella skadeståndsregler – så länge överträdelsen är tillräckligt klar – inte får göra bedömningen beroende av om de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller vårdslöst.<sup>73</sup>

De nationella domstolarna har dock ansetts kunna undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande. Med risk för att annars själv behöva stå för skadan ska skadelidande visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning.<sup>74</sup>

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 EU-domstolen utvecklade fyra villkor för bedömningen huruvida avtal om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse med det offentliga kan anses innefatta statsstöd:<sup>75</sup>

a) För det första, om de tjänster som leverantören ska utföra inte har definierats ordentligt genom författning eller avtal.

---

<sup>72</sup> Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, Francovich, p. 33 ff.

<sup>73</sup> Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III, p. 79 f.,

<sup>74</sup> Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III, p. 84 f. Se även SOU 1999:139, s. 230 f., där det anförs att en "skadelidande leverantör skall vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada och att han, om han själv försummar det, får bära en motsvarande del av förlusten".

<sup>75</sup> Se mål C-280/00, Altmark, p. 88–94.



b) För det andra, om kriterierna för beräkning av ersättning inte har fastställts i förväg på ett objektivt och öppet sätt, det vill säga 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 så kallad *benchmarking* visa att ersättningen motsvarar de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag skulle ha haft, innefattande rimlig vinst.

Nämnda praxis från EU-domstolen har stor betydelse för kommuner och landsting som ingår avtal om tjänsteleveranser från privata aktörer. Samtidigt bör framhållas att EU-rätten som utgångspunkt godtar så kallade *de minimis*-stöd.<sup>76</sup> Det är dock viktigt att komma ihåg att det inte är värdet av ett kontrakt i sig som träffas av beloppsgränsen – det kan i princip vara hur högt som helst – utan inslaget av ekonomiskt stöd.<sup>77</sup>

Majoriteten av de LOV-system som införs får givetvis förutsättas vara genomtänkta, transparenta och icke-diskriminerande. Om emellertid förfrågningsunderlag och avtalsvillkor i något fall skulle utformas på ett sätt som åsidosätter de grundläggande principerna är det av stor vikt att det också finns effektiva rättsmedel för att kunna angripa eventuella felaktigheter.

Det är härvid av stor vikt att framhålla att EU-domstolen i sin praxis har en tydlig linje vad gäller medlemsstaterna skyldigheter att tillhandahålla erforderliga rättsmedel. Som ett exempel kan nämnas att EU-domstolen i mål C-91/08, Wall, i en begäran om förhandsavgörande nyligen utvecklat tolkningen av artiklarna 18, 49 och 56 EUF-fördraget, det vill säga principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet samt av den därav följande skyldigheten att lämna insyn i samband med tilldelning av tjänstekoncessioner.

Det aktuella målet rörde två olika frågor, dels ett byte av underentreprenör för vissa tjänster som omfattades av den tjänstekoncession som det ifrågavarande bolaget tilldelats, dels bolagets avsikt att uppdra åt en annan aktör än den ursprungliga att uppföra en offentlig anläggning. Domstolen konstaterar att i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna skulle

<sup>76</sup> Jfr förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse, EUT 2006/L 379/05.

<sup>77</sup> Se även Koenig & Kiefer, *The Logic of Infrastructure Funding under EC State Aid Law*, 2004, s. 393–398, Koenig & Kiefer, *Public Funding of Infrastructure Projects under EC State Aid Law*, 2005, s. 415–424, samt O’Keefe, *Public Private Partnerships, Local Authorities and State Aid*, 2007, s. 24.

betydande ändringar som görs i de väsentliga bestämmelserna i ett avtal om tjänstekoncession, under vissa förutsättningar, kunna kräva att ett nytt koncessionsavtal tilldelas. I vart fall skulle detta krävas om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga koncessionsavtalet och följaktligen är ägnade att visa på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i detta avtal.

En ändring i ett avtal om tjänstekoncession under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som – om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet – skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.

Sammanfattningsvis anför EU-domstolen att när villkorsändringar som vidtas i ett avtal om tjänstekoncession medför betydande skillnader i förhållande till de bestämmelser som låg till grund för tilldelningen av den ursprungliga koncessionen och följaktligen är ägnade att visa på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i detta avtal ska det – i enlighet med den berörda medlemsstatens rättsordning – förordnas om alla nödvändiga åtgärder för att återställa insynen i förfarandet, inbegripet genomförandet av ett nytt tilldelningsförfarande. I förekommande fall ska det nya tilldelningsförfarandet genomföras på ett sätt som är anpassat till den aktuella tjänstekoncessionens särdrag och vara sådant att företag i andra medlemsstater kan få tillgång till relevant information angående koncessionen innan beslut om tilldelning fattas.<sup>78</sup>

EU-domstolen framhåller att avtal om tjänstekoncession inte omfattas av tillämpningsområdet för något av de direktiv som reglerar området för offentlig upphandling. I avsaknad av unionsrättsliga föreskrifter på området ankommer det därför på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt EU-rätten. Dessa rättsmedel får varken vara mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt, likvärdighetsprincipen, eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av EU-rätten, effektivitetsprincipen. Av detta följer att principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, inte innebär att de offentliga myndigheterna måste säga upp ett avtal eller att de nationella domstolarna måste utfärda ett föreläggande varje gång det görs gällande att denna skyldighet har åsidosatts vid tilldelning av tjänstekoncessioner.

Det ankommer därför på den interna rättsordningen att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för de rättigheter som denna skyldighet medför för enskilda på ett sådant sätt att dessa rättsmedel varken är mindre

---

<sup>78</sup> EU-domstolen resonerar härmed i enlighet med vad som gäller vid offentlig upphandling, se exempelvis mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, punkterna 44 och 46, samt mål C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, punkt 34.

förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt eller gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter.

Oavsett hur man väljer att definiera ett nationellt valfrihetssystem – som ett slags offentlig upphandling av B-tjänster, som en tjänstekoncession eller som något helt annat – kräver EU-rätten att det finns effektiva rättsmedel på området.

### 3.4 En beskrivning av vilka specifika problem som finns inom LOV-området

De upphandlande myndigheterna, i synnerhet landstingen, får i olika sammanhang kritik för att man inte tillräckligt tydligt kan redogöra för den egna regins kostnader i vårdvalet. Misstankar om att den egna regin gynnas i förhållande till privata aktörer framförs också. Från både offentligt och privat drivna vårdcentraler framförs också att förutsättningarna är orättvisa.

Som framgick ovan kan det samtidigt finnas en ovilja för avtalsparter att driva process mot sina nuvarande och förhoppningsvis även framtida avtalsparter – i synnerhet gäller detta i situationer där det finns en stor beställare av vissa typer av varor och tjänster. Incitamentsstrukturen och maktförhållandet medför att en leverantör inte har någon större lust att få en dålig relation till den som har potential att bli ens största kund, i vissa fall kanske den enda kunden. I den typen av monopolsituationer kan det i vissa fall finnas en risk för att en leverantör hellre godtar en eventuell överträdelse än att protestera mot den och därmed riskera att bli stämplad som en besvärlig leverantör – oavsett detta i praktiken skulle få några konsekvenser eller inte. Risken med ett sådant förhållningssätt är dock att det i praktiken kan utvecklas en kutym som inte är helt förenlig med de krav som uppställs i lagstiftningen.

Ett valfrihetssystem är förmodligen ett ypperligt exempel på ett sådant område där det finns en risk för att en leverantör saknar incitament att klaga på beställaren – en kommun eller ett landsting som utan tvekan kan utgöra den enskilt största eller i vissa fall kanske till och med enda kunden. Inom ramen för ett valfrihetssystem levereras ju inga tjänster till den upphandlande myndigheten, men det kan å andra sidan finnas en reell eller inbillad risk för att kanske inte bli rekommenderad som leverantör för det fall att en brukare ställer en fråga om vilken av de i systemet ingående leverantörerna som denne ska välja. Man vill som leverantör helt enkelt inte få ett dåligt rykte och även om en upphandlande myndighet inte får ge sådana rekommendationer kan det trots allt hos leverantören finnas en rädsla för att så ändå kan ske.

Ett anknytande skäl till varför det skulle kunna finnas ett behov för en utomstående tillsynsmyndighet är att en leverantör som inte blivit godkänd enligt de kriterier som ställts upp för ett godkännande har möjlighet att göra en förnyad ansökan i ett senare skede. Risken med ett sådant förfarande är att det inte är mödan värt att begära en kontroll av om de villkor som ställts upp är förenliga med lag eller inte.

Det kan därför finnas särskilda skäl att ge en utomstående part, det vill säga Konkurrensverket, en starkare tillsynsroll inom de valfrihetssystem som regleras av LOV.

En svårighet är att det rör sig om ett nytt rättsområde. Eftersom LOV ännu är ett nytt regelverk är det svårt att fullt ut förutse vika problem som kan komma att uppstå. Det är bara att konstatera att vi i nuläget har för lite kunskap om hur valfrihetssystemen fungerat för att kunna peka ut var de stora problemen finns. Det är i ett sådant läge givetvis också svårt att presentera fulländade lösningar.

Samtidigt visar den genomgång som gjordes ovan att EU-rätten ställer krav på effektiva rättsmedel. Det är därför inte särskilt kontroversiellt att hävda att det – oavsett om det finns konkreta exempel på regelöverträdelser eller inte – finns ett generellt behov av rättsmedel på området.

### 3.5 Är utökade rättsmedel påkallade inom ramen för LOV?

Konkurrensverkets nuvarande befogenheter på upphandlingsområdet innebär att vad myndigheten kan ingripa mot är de upphandlande myndigheternas underlåtenhet att annonsera samt att i vissa fall ansöka om upphandlingsskadeavgift när avtal ingåtts i strid med avtalsspärr. Samtidigt kan otillåtna direktupphandlingar aldrig bli ett problem inom LOV-området eftersom ett valfrihetssystem uppstår först i och med att förfrågningsunderlaget publiceras. Reglerna om avtalsspärr får heller ingen betydelse inom valfrihetssystem eftersom ingångna avtal inte stänger dörren för andra leverantörer.

Varje form av rättsmedel för Konkurrensverket på LOV-området skulle således få till följd att myndighetens befogenheter kan sägas bli större jämfört med de befogenheter Konkurrensverket har inom ramen för LOU. Samtidigt är det skillnaden till LOU som kan göra att behovet av utökade sanktionsmöjligheter är särskilt motiverat inom LOV. Som redovisades i avsnitt 3.2 är det långt ifrån självklart att ett leverantörsstyrt överprövningssystem är tillräckligt inom ett valfrihetssystem. För det första kan incitamentet att klaga saknas, för det andra kan kunskapen om de rättigheter man har som leverantör vara begränsade till följd av de privata företagets storlek och karaktär och för det tredje kan de eventuella överträdelserna tänkas vara av en sådan strukturell karaktär att det är svårt att begära en överprövning i det enskilda fallet – exempelvis på grund av att en leverantör redan är godkänd inom systemet. Som kommer att presenteras närmare nedan är det särskilt viktigt vad frågan om konkurrensneutralitet egentligen innebär – är det fråga om en neutralitet i en jämförelse mellan myndighet och leverantörer eller rör det sig bara om ett krav på absolut likabehandling mellan de olika leverantörerna.

Som framfördes i avsnitt 2.5 har en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i LOV enligt 10 kap. 1 § 1 st. LOV rätt att ansöka om rättelse i

allmän förvaltningsdomstol under den tid som valfrihetssystemet löper. Enligt den nuvarande utformningen av LOV förefaller emellertid en godkänd leverantör i praktiken endast kunna begära överprövning av villkorsändringar i förfrågningsunderlaget när denne ingått avtal och därmed är inne i valfrihetssystemet till följd av osäkerheten kring om denne kan anses ha lidit någon skada.

I en sådan situation skulle det finnas behov för att en oberoende part, det vill säga Konkurrensverket, gavs en talerätt. Det kan inte uteslutas att det i vissa fall är först när leverantören har börjat verka inom vårdvalssystemet som det står klart att villkoren i förfrågningsunderlaget är diskriminerande eller oproportionerliga. En sådan begränsning gör det svårt att angripa strukturella fel och systemens utformning – exempelvis skrivningar som gör att små leverantörer förfördelas i förhållande till större leverantörer på ett sätt som kan anses strida mot likabehandlingsprincipen – eftersom möjligheten att klaga enbart i realiteten skulle vara överlämnad på potentiella leverantörer. Alternativet är att en leverantör måste utträda ur systemet för att kunna begära en överprövning – en lösning som förvisso kan vara rimlig vid förändringar i förfrågningsunderlaget, men knappast vid direkta felaktigheter.

Som nämndes ovan saknar leverantörer talerätt i fråga om den information som lämnas av den upphandlande myndigheten. En sådan information kan tänkas innehålla en betygsättning av de i systemet ingående leverantörerna. Det vore orimligt att en leverantör inte skulle kunna ifrågasätta en sådan rangordning. Som en jämförelse kan nämnas att det föreligger en talerätt vid rangordning inom ramen för ramavtal som slutits enligt LOU. I likhet med vad som gäller inom ramen för ett valfrihetssystem kan det vid ett ramavtal, beroende på hur en avropsbestämmelse är utformad, vara av avgörande vikt vilken placering i rangordningen som varje leverantör erhåller. Genom att bli placerad på andra plats kommer en leverantör inte att få möjlighet att leverera varor till kommunen i samma omfattning, om ens alls, som den som är rangordnad som nummer ett. Det är i ett sådant fall viktigt att leverantören har talerätt för det fall att denne anser att det föreligger något fel i den rangordning som gjordes vid tilldelningsbeslutet. Enligt kammarrättens mening riskerar leverantören därmed att lida ekonomisk skada och har därför också rätt att få sin ansökan prövad. Avsikten kan inte anses vara att en leverantör ska komma i en sämre ställning i talerättshänseende än om bolagets anbud över huvud taget inte hade antagits.<sup>79</sup>

Som framgått ovan är det således min uppfattning att vissa av de problem som finns inom LOV är av en sådan karaktär att endast talerätt för leverantörerna inte är tillräckligt. Inom den kommunala sektorn har samtliga valfrihetssystem tillkommit

---

<sup>79</sup> Se Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3628-09. Se även Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7433-09. Landstinget hade i det aktuella fallet genom ett ramavtal upphandlat vissa medicinska tjänster i syfte att patienterna fritt skulle kunna välja vårdgivare. Frågan i målet var om det aktuella ramavtalet innehöll en fördelningsnyckel för tilldelning av enskilda kontrakt som var sådan att bestämmelserna i LOU och de grundläggande principer som följer av EUrätten trädde för när. Kammarrätten fann att det skulle ha varit förenat med påtagliga nackdelar om de olika avropen skulle ha fördelats enligt en viss på förhand bestämd rangordning.

på frivillig basis. De upphandlande myndigheterna har troligen i de flesta fall haft en ambition och ett eget intresse av att skapa en fungerande konkurrens när ett valfrihetssystem startar. Sådana ambitioner underlättar förmodligen en tillsynsmyndighets arbete, men utgör samtidigt inte någon garanti för att valfrihetssystemen blir utformade utan att invändningar kan göras mot dem. Det finns alltså ett fortlöpande behov av tillsyn.

Behovet av en sådan tillsynsroll kan dessutom väntas öka ytterligare till följd av fler upphandlande myndigheter väljer att använda valfrihetssystem eller enligt lag blir tvungna att göra det. Även om risken inte ska överdrivas bör man inte bortse från det faktum att ju fler som – frivilligt eller ofrivilligt – inför valfrihetssystem så ökar sannolikheten för att valfrihetssystem kan komma att utformas i strid med LOV. Utan erforderliga rättsmedel finns det därför också en risk för att det blir svårt för tillsynsmyndigheten att få genomslag för föreslagna åtgärder. Nödvändiga korrigerande åtgärder kan därför komma att dröja eller helt utebli eftersom tillsynsmyndigheten i sin tillsyn över LOV saknar sanktioner.

Även Konkurrensverkets tillsyn över LOU och LUF byggde tidigare i stor utsträckning på de upphandlande myndigheternas egen vilja att anpassa sig till de beslut som tillsynsmyndigheten fattade. Erfarenheterna från LOU-tillsynen visar dock tydligt på bristerna i en sådan lösning, bland annat vad gällde en utbredd tillämpning av direktupphandling i strid mot LOU.

Sedan 15 juli 2010 finns det i LOU och LUF regler om upphandlingsskadeavgift och talerätt för Konkurrensverket. Frågan är om inte kraftfulla sanktioner även bör införas i LOV. Det är som utgångspunkt inte orimligt att tänka sig att inspiration vad gäller utformningen av sådana sanktioner kan sökas i motsvarigheten till vissa av de rättsmedel och tvångsmedel som förekommer inom upphandlingsområdet. De huvudsakliga skälen till att en talerätt behövs på LOV-området är i huvudsak desamma som på LOU-området. För att en lagreglering ska vara effektiv krävs att dess efterlevnad kontrolleras och det finns en risk för att tillsynsverksamheten kan bli mindre effektiv om tillsynsmyndigheten helt saknar rättsliga ingripandemöjligheter. Det bör återigen understrykas att LOV-system till sin natur är sådana att en leverantörs incitament att klaga blir begränsade då det är tveksamt om denne vill inleda en process mot en upphandlande myndighet med vilken leverantören har eller hoppas kunna etablera en kundrelation. Konkurrensverkets tillsynsroll kan därför vara särskilt viktig på LOV-området.

Ett annat skäl är att leverantörer inom ett valfrihetssystem i vissa fall utgörs av små företag – i vissa fall kanske enmansföretag – utan juridisk kompetens och reella möjligheter att klaga på de beslut som fattas av en upphandlande myndighet. Det är inte osannolikt att tänka sig att en leverantör tar kontakt med tillsynsmyndigheten utifrån att denne upplever att det föreligger ett konkurrensproblem, utan att ha en närmare uppfattning om vilken lagstiftning som är tillämplig på deras problem eller ens till vilken instans de ska vända sig med sina klagomål. Som nämndes ovan i avsnitt 2 ställdes till exempel i ett fall en ansökan om rättelse enligt LOV till

den upphandlande myndigheten – en kommun – vilken omkring två och en halv vecka senare meddelade den sökande om att en sådan ansökan ska ställas till förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten konstaterade att det av 1 kap. 3 § LOV följer att bestämmelserna i 24 och 25 §§ förvaltningslagen inte ska tillämpas vid handläggningen av dessa ärenden. Därmed är heller inte myndighetens skyldigheter att pröva om inkommandeskripten inkommit i rätt tid och skyldigheten att överlämna denna tillämpliga. Den sökandes ansökan hade därför inkommit för sent och ansökan avslogs.<sup>80</sup>

Det kan därför finnas behov för att Konkurrensverket inom ramen för LOV, i än större grad än vad som gäller inom ramen för LOU, ges utökade möjligheter när det gäller talerätt för tillsynsmyndigheten och möjligheterna att uppnå efterlevnad av lagen. En sådan talerätt kan med fördel sträcka sig längre än vad som gäller för de i systemet ingående leverantörerna. Överträdelser av bestämmelserna om den upphandlande myndighetens informationsansvar samt att det ska finnas ett icke-valsalternativ kan för närvarande inte prövas enligt bestämmelserna i LOV. Skälet är att en leverantör inte kan anses lida eller kunna komma att lida skada till följd av bestämmelserna i 9 kap. LOV. Eftersom det inte kan uteslutas att det uppkommer tveksamheter rörande den information som lämnas och om hur processen att utse ett icke-valsalternativ har gått till kunde det därför vara ett alternativ att ge Konkurrensverket en exklusiv talerätt på området.

I likhet med vad som gäller LOU och LUF är det en överhängande risk att det inte kommer att gå att komma tillrätta med eventuella missförhållanden med mindre än att tillsynsmyndigheten tillförsäkras effektiva rättsmedel. Det är därför rimligt att anta att det bör vara en balans mellan de besvärsmöjligheter som finns i LOV i förhållande till de nya skärpta möjligheterna enligt de nya rättsmedelsdirektiven som gäller vid upphandlingar enligt LOU och LUF. Ett minimikrav borde vara att Konkurrensverket åtminstone gavs talerätt att åberopa att de grundläggande principer som följer av EU-rätten har överträtts. Bortsett från talerätt i de fall då även en leverantör har talerätt borde en sådan talerätt som anfördes ovan även omfatta den information som lämnas samt frågor rörande icke-valsalternativet.

### 3.6 Finns det skäl att skilja på frivilligt eller obligatoriskt användande av LOV?

En fråga som måste ställas är om det finns skäl att göra olika bedömningar av behovet av rättsmedel inom LOV beroende på att landstingen är skyldiga att tillämpa LOV inom primärvården medan lagen är frivillig för övrig kommunal och landstingskommunal verksamhet. Det finns enligt min mening inget bärande skäl för varför det skulle finnas skäl att göra någon sådan åtskillnad. Skälet är enkelt. Av LOU följer de regler som en upphandlande myndighet är skyldig att följa vid en konkurrensutsättning. LOV utgör ett alternativt sätt att se till att kommunens

---

<sup>80</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 31545-10.

behov blir tillgodosedda. Genom att välja att tillämpa LOV i stället för LOU har man därmed också förbundet sig att följa de rättsliga förutsättningar som gäller vid valfrihetssystem – det är därför också naturligt att de eventuella sanktioner som föreskrivs i lagen också blir tillämpliga. Ett parallellt system med olika möjligheter till talerätt och sanktioner skulle vidare riskera att bli förvirrande för alla inblandade parter. De eventuella rättsmedel som införs inom ramen för LOV bör därför vara de samma oavsett om det rör sig om ett obligatoriskt användande av ett valfrihetssystem inom exempelvis primärvården eller ett frivilligt användande av LOV.



## 4 Vilka sanktioner finns i andra länder med valfrihetssystem?

I såväl Danmark som Finland finns regelverk som tar sikte på valfrihetssystem. De danska kommunerna är således skyldiga att erbjuda kundval vad gäller varaktig hemtjänst för äldre och funktionshindrade, medan den finska lagen om så kallad servicesedel innebär en reglering av kundval för det fall att kommunerna väljer att införa det. Det finns därför skäl att kort redogöra för hur valfrihetssystemen ser ut i våra nordiska grannländer samt om man i dessa länder infört några sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten, motiven för dessa samt hur dessa sanktioner i så fall ser ut. En skillnad i jämförelsen är dock att de danska och finska valfrihetssystemen endast tar sikte på kommunala förhållanden, medan den svenska valfrihetsmodellen även tillämpas inom såväl primärvården som Arbetsförmedlingen.

### 4.1 Erfarenheter från Danmark

I Danmark finns olika typer av situationer där medborgarna fritt kan välja mellan olika alternativ när det gäller att välja vem som ska tillhandahålla en viss tjänst, exempelvis bibliotekstjänster eller grundskola. När det gäller stöd och service inom äldreomsorgen finns det, som ett komplement till bestämmelserna i 91–93 §§ samt 139 § lagen om social service, serviceloven,<sup>81</sup> en särskild förordning som reglerar kundvalsmodellen – så kallad frit valg – nämligen bekendtgørelse nr. 299 af 25. marts 2010 om kvalitetsstandarder og frit valg af leverandør af personlig og praktisk hjælp m.v. Syftet med lagstiftningen är att förplikta kommunerna att införa valfrihetsmodellen bland annat för att på ett tydligt sätt separera kommunens myndighetsbeslutande uppgifter, som till exempel en enskilds rätt till viss hemtjänst, från själva tillhandahållandet av tjänsten i fråga.<sup>82</sup>

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.<sup>83</sup> Bekendtgørelsen stadgar i 3 § att en kommun när den fattar beslut om valfrihetsmodellen, kan välja att antingen sluta avtal med de leverantörer<sup>84</sup> som uppfyller de kvalitetskrav och den prisnivå

<sup>81</sup> Se lovbekendtgørelse nr. 58 af. 18. januar 2007 om social service och lovbekendtgørelse nr. 941 af. 1. oktober 2009.

<sup>82</sup> Se närmare 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, 2008, s. 128 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.

<sup>83</sup> Samma skrivning finns i 17 § 1 st. bekendtgørelsen.

<sup>84</sup> 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.

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 ska 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 ska uppfylla de kvalitets- och priskrav som följer av lagen om social service. Kraven ska 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 kvalifikationskrav 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, ska 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 ska 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, ska 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.<sup>85</sup>

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 ska i stället upphandlingsreglerna användas för att välja en viss tjänsteleverantör till ett visst äldreboende eller i egen regi tillhandahålla den

---

<sup>85</sup> Se Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 136 f.

service som erfordras.<sup>86</sup> Bekendtgørelsens bestemmelser 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.<sup>87</sup>

De finns alltså olika typer av frit valg i Danmark, men den modell som har störst likheter med upphandlingsreglerna är de frit valg-bestämmelser som följer av serviceloven om frit valg af hjemmehjælp og personlig pleje. Dessa bestämmelser är underkastade samma överprövningsregler som övriga regler i den aktuella lagen, vilket innebär, at besvær kan anføres till den sociala nämnden, för att därefter kunna föras vidare till Ankestyrelsen. Möjligheterna till överprövning följer alltså det förvaltningsrättsliga systemet och inte det upphandlingsrättsliga.

Det har även i Danmark framhållits att godkännandemodellen kan medföra vissa konflikter i förhållande till upphandlingsdirektivet. Eftersom det rör sig om inköp av en så kallad 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 ska därför beaktas och de avtal som sluts ska 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 framgår också motsatsvis av den lag som införlivar rättsmedelsdirektiven i Danmark att dessa inte ska tillämpas på bestämmelserna om frit valg efter serviceloven. Den danska modellen skiljer dock mellan de frit valg-modeller som följer av serviceloven de möjligheter till upphandling som inom ramen för frit valg-modellen kan användas för att etablera en grupp av leverantörer, från vilken de äldre därefter kan välja leverantör. Har en kommun använt sig av upphandlingsmodellen för att välja ut ett antal leverantörer och i samband därmed begått ett fel gäller de överprövningsmöjligheter som gäller för offentlig upphandling. Teoretiskt sett skulle det som en tredje variant även finnas en möjlighet att använda de regler som finns i konkurrenancelovens § 11 a rörande otillåtna offentliga stöd. En överpröv-

---

<sup>86</sup> Jfr dock de danska reglerna om den så kallade udfordringsretten, det vill säga 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.

<sup>87</sup> Se Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 144 f.

ning behandlas här av Konkurrencestyrelsen, Konkurrenserådet och Konkurrenceankenævnet.

Vad gäller möjligheterna till talerätt och sanktioner kan en leverantör som anser att en kommun agerat i strid mot de konkurrensrättsliga utgångspunkterna vända sig till Konkurrenserådet. Samtidigt har det ansetts vara oklart om Klagenævnet for Udbud ansetts ha möjlighet att ingripa vid överträdelser av frit valg-bekendtgørelsen. I doktrinen har framhållits att Klagenævnet for Udbud i vart fall får antas ha kompetens att pröva frågan i de fall då kommunen använt sig av entreprenadmodellen, eftersom en tolkning av bestämmelsen i 3 § 2 st. frit valg-bekendtgørelsen ska göras mot bakgrund av upphandlingsdirektiven.<sup>88</sup>

Sammantaget är det ingen tvekan om att de för leverantörerna bästa sanktionsmöjligheterna finns i de situationer då upphandlingsreglerna blir tillämpliga, medan de möjligheter till besvär som följer av serviceloven riktar sig till brukarna och inte de leverantörer som på en eller annan grund inte väljs ut som leverantörer inom ramen för frit valg-systemet. Även i Danmark torde det dock kunna uppstå en rad frågor rörande konkurrensneutralitet mellan leverantörerna inom ramen för valfrihetssystemen. Sådana bestämmelser saknas dock för tillfället.

## 4.2 Erfarenheter från Finland

I Finland infördes den 1 augusti 2009 lagen om servicesedlar inom social- och hälsovården 24.7.2009/569. Syftet med lagen är i likhet med LOV att med hjälp av så kallade servicesedlar inom social- och hälsovården öka valmöjligheterna för klienter och patienter, förbättra tillgången till tjänster samt främja samarbetet mellan den kommunala social- och hälsovården, det kommunala näringslivet och de privata serviceproducenterna. En servicesedel är en till mottagaren av tjänsten given utfästelse om att kommunen kommer att ersätta kostnaderna för en tjänst som tillhandahålls av en serviceproducent upp till det värde som kommunen fastställt på förhand. Systemet är dock till viss del kopplat till klientens inkomst och det finns därför också inkomstrelaterade servicesedlar, vars värde bestäms på grundval av enligt vad kommunen bestämmer eller beror på att klientens inkomster beaktas enligt socialvårdslagen eller lagen om klientavgifter inom social- och hälsovården. Detta innebär att klienten kan få betala en självriskandel, det vill säga den andel av priset för en tjänst av en privat serviceproducent som inte täcks av värdet av den servicesedel kommunen beviljat och som ska betalas av klienten.

Kommunen ska godkänna de privata serviceproducenter vars tjänster får betalas med en servicesedel som kommunen beviljat och föra en förteckning över de serviceproducenter som den godkänt. Uppgifter om serviceproducenterna, de tjänster de tillhandahåller och priset på tjänsterna ska finnas offentligt tillgängliga

---

<sup>88</sup> Se Michael Steinicke, Kommunale aktiviteter – udfordringsret, servicestrategi, frit valg og erhvervsudøvelse, 2003, s. 157.

på internet och på annat lämpligt sätt. Kommunen ska återkalla godkännandet av en serviceproducent och avföra serviceproducenten från förteckningen, om villkoren för godkännandet inte längre uppfylls eller om serviceproducenten ber att kommunen återkallar godkännandet.

När en kommun använder servicesedlar för att ordna sådan service som klienten behöver ska klientens inställning till att få servicesedlar om möjligt beaktas. Klienten har rätt att vägra ta emot servicesedlar och då ska kommunen hänvisa klienten till kommunala tjänster som ordnas på annat sätt. Det finska systemet har en tydlig konsumenträttslig uppbyggnad och det stadgas uttryckligen i 6 § att en klient som har fått en servicesedel ska ingå avtal med serviceproducenten om tillhandahållandet av tjänsten. Ett sådant avtalsförhållande omfattas av bestämmelserna och rättsprinciperna inom konsumenträtt och avtalsrätt i enlighet med innehållet i avtalet. Bestämmelser om hur en tvist mellan klienten och serviceproducenten som gäller avtalet kan föras till konsumenttvistenämnden finns i lagen om konsumenttvistenämnden (8/2007). Därutöver ska även bestämmelserna i lagen om klientens ställning och rättigheter inom socialvården och i lagen om patientens ställning och rättigheter tillämpas på klientens ställning.

Kommunen ska bestämma servicesedelns värde så att det är skäligt med tanke på klienten. Frågan om värdet är skäligt ska bedömas med hänsyn till de kostnader som föranleds kommunen för tillhandahållande av motsvarande tjänst som kommunens egen produktion eller för anskaffning av tjänsten som en köpt tjänst samt den uppskattade självriskandel som ska betalas av klienten. Värdet på servicesedlar som ges för anskaffning av sådana social- och hälsovårdstjänster som enligt 4 och 5 § i lagen om klientavgifter inom social- och hälsovården är avgiftsfria för klienten ska bestämmas så att klienten inte behöver betala någon självriskandel. Med avvikelse från detta ska värdet på en servicesedel som ges för anskaffning av hjälpmedel för medicinsk rehabilitering vara sådant att ett sedvanligt hjälpmedel som motsvarar klientens individuella behov kan skaffas med sedeln. Den klient som så önskar får dock skaffa ett hjälpmedel som är dyrare än värdet på servicesedeln, men han eller hon ska då själv betala skillnaden mellan priset på hjälpmedlet och servicesedelns värde. Om servicesedelns värde är inkomstrelaterat, ska klienten få ett beslut om servicesedelns värde. I fråga om myndigheternas rätt att få uppgifter och utredningar som behövs för att bestämma värdet på en inkomstrelaterad servicesedel tillämpas vad som i 14 a § i lagen om klientavgifter inom social- och hälsovården föreskrivs om myndigheternas rätt att få uppgifter för att klientavgifter ska kunna fastställas.

Av 13 § följer att ett beslut om värdet på en inkomstrelaterad servicesedel eller om höjning av värdet på en servicesedel inte får sökas genom besvär. Klienten får i stället inom 14 dagar från det att han eller hon fick del av beslutet framställa ett skriftligt rättelseyrkande hos den kommunala myndighet som ansvarar för ordnandet av tjänsten i fråga. Ändring i ett beslut som myndigheten har fattat med

anledning av ett rättelseyrkande får sökas hos förvaltningsdomstolen genom besvär i enlighet med förvaltningsprocesslagen (586/1996).<sup>89</sup>

I lagen stadgas dock inget om leverantörernas möjligheter att kräva rättelse. Inte heller i förarbetena berörs frågan i någon större utsträckning.<sup>90</sup> Däremot framhålls att förslaget kommer att öka samarbetet mellan det kommunala social- och hälsovårdsväsendet, det kommunala näringsväsendet och privata serviceproducenter. Vidare anses användningen av servicesedel dessutom öka företagsverksamheten och därigenom främja uppkomsten av nya arbetsplatser. De företag som producerar tjänster som anskaffas med servicesedel kan sälja sina tjänster även till andra klienter än dem som anlitar den service som kommunen ordnat. En ökning av företagsverksamheten inverkar gynnsamt på sysselsättningen och anses också stödja småföretagsamheten, eftersom många företag som producerar exempelvis hemtjänst är relativt små. Det framhålls att det i glesbebyggda områden kan finnas få företag som erbjuder tjänster och att det som en följd av detta inte uppstår någon konkurrens mellan företagen. I sådana områden, där det inte finns flera serviceproducenter, förekommer risken att monopolställningar utvecklas. I dessa områden ska särskilt avseende fästas vid ordnande av alternativa kommunala tjänster och kvalitetssäkring.

Några ytterligare sanktioner finns dock. Skälet är att behovet av rättsmedel i förarbetena ansågs inskränka sig till kommunens godkännande av serviceproducenter. Det är möjligt att begära rättelseyrkande av kommuns beslut för att sedan anföra besvär till förvaltningsdomstolen. Det saknas dock rättspraxis, vilket kan bero på att det inte är vanligt med negativa beslut om godkännande eller att fråga inte hunnit prövas under det dryga år som lagen varit i kraft. Dessutom kan leverantörerna – i likhet med vad som följer av LOV – fortlöpande ansöka om godkännande, varför ett avslag om godkännande kan följas av en förnyad ansökan. I likhet med vad som gäller i Sverige åtföljs ett godkännande från kommunen inte av någon garanti för att serviceproducenterna kommer att få ett visst antal klienter.

Den upphandlande myndigheten har dock även möjlighet att genom offentlig upphandling konkurrensutsätta servicesedelsystemet. I så fall tillämpas givetvis de regler som följer av lagen om offentliga upphandlingar.

I likhet med Danmark saknar Finland i stor utsträckning rättsmedel vid eventuella överträdelser inom ramen för de valfrihetssystem som införts. Även i Danmark och Finland torde det kunna uppstå en rad frågor rörande konkurrensneutralitet mellan leverantörerna inom ramen för valfrihetssystemen. Tydliga rättsmedel saknas dock för tillfället varför några förebilder för Svenskt vidkommande inte står att hitta i dessa länder.

---

<sup>89</sup> Se närmare [http://www.kommunerna.net/k\\_peruslistasivu.asp?path=255;264;15320;149091;66548](http://www.kommunerna.net/k_peruslistasivu.asp?path=255;264;15320;149091;66548).

<sup>90</sup> RP 20/2009 rd, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om servicesedlar inom social- och hälsovården och om ändring av 12 § i lagen om klientavgifter inom social och hälsovården.

## 5 Bör Konkurrensverket ges utökade befogenheter inom ramen för LOV

### 5.1 Allmänna utgångspunkter rörande behovet av effektiva sanktioner

Som en generell utgångspunkt gäller att behovet av effektiva sanktioner vid olika typer av lagöverträdelser från det allmännas sida inte kan överskattas och torde vara en nödvändighet för att såväl rättsstatliga principer som förtroendet för kommuner och landsting upprätthålls. Frågan om kommuners lag- och domstolstrots uppvisar i vissa fall en ganska dyster historik. Särskilt bör framhållas den grundliga undersökning rörande kommuners lag- och domstolstrots som i mitten av 1990-talet genomfördes av Wiweka Warnling-Nerep.<sup>91</sup>

Det framstår generellt sett som ett bakomliggande problem att de återgångsmöjligheter som finns enligt kommunallagen är så pass begränsade som de är. Bortsett från några undantag saknas i stor utsträckning sanktioner mot kommuner som efter en laglighetsprövning inte följer utdömda domar. Som ett konkret exempel kan också nämnas lagen om särskilt stöd och service, LSS. De rättigheter som regleras i LSS är bistånd i olika former, hjälpresurser, rehabilitering, service och särskilda boenden. Den funktionshindrade kan själv ordna service utifrån hans eller hennes särskilda behov. Lagen bygger på tydliga och förutsägbara rättigheter för funktionshindrade och ett tydligt samspel mellan statens och kommunernas åtaganden och skyldigheter. Trots det visade det sig snart att lagen inte var lika framgångsrik som man först hade hoppats på, det visade sig snart att personer med funktionshinder inte fick den service de sociala myndigheterna beslutat om. Problemet var inte att rättigheterna inte beviljades, utan det faktum att de inte verkställdes. I RÅ 1993 ref. 11 slog Regeringsrätten fast att bristen på ekonomiska medel inte var ett giltigt skäl för att neka någon de utlovade rättigheterna. Situationen blev inte bättre förrän lagstiftaren ändrade lagen så att det blev möjligt att med sanktionsavgifter bestraffa kommuner om de inte verkställde rättigheterna i enlighet med LSS.<sup>92</sup>

Av kommunallagen följer att om ett kommunalt beslut verkställts, trots att detta av domstolen förklarats vara olagligt, ska det organ som fattat detta enligt 10 kap. 15 § kommunallagen se till att det "rättas i den utsträckning som det är möjligt". Ett

---

<sup>91</sup> Se Wiweka Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolstrots; En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjligheter att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar, Stockholm 1995.

<sup>92</sup> Se de regler om sanktionsavgifter som införts i 28 a–d §§ LSS, och i 16 kap. 6 a–d §§ socialtjänstlagen, SoL. För en närmare analys av relationen mellan domstolstrots och sanktionsavgifter, se Håkan Gustafsson, Rättens polyvalens, 2002, s. 270–282, samt Olle Lundin, Sanktionsavgifter inom socialtjänstområdet – ett stort steg för lagstiftaren, ett litet steg för enskildas sociala rättigheter, FT 2003, s. 465–477.

formellt beslut om rättelse ska dessutom meddelas "utan oskäligt dröjsmål".<sup>93</sup> En på beslutet grundad privaträttslig utfästelse kan således komma att sakna rättslig grund. Det är emellertid i praktiken svårt att åstadkomma en rättelse. Även om ett efter laglighetsprövning undanröjt kommunalt beslut medför att detta saknar offentlighetsrättsliga rättsverkningar kan ett avtal ha slutits till följd av beslutet. Har verkställighet skett kan detta leda till civilrättsliga rättsverkningar, eftersom en privaträttslig bundenhet i förhållande till en avtalspart kan ha uppstått. Sådana problem får dock enligt svensk rättstradition "lösas från fall till fall".<sup>94</sup>

När ett beslut överklagas har kommunen flera handlingsalternativ att välja mellan eftersom kommunen dels kan verkställa det överklagade beslutet, dels kan avvakta verkställighet tills dess att laglighetsprövningen vunnit laga kraft. Detta kan leda till en intressekonflikt där verkställighet förvisso kan anses främja effektivitet inom den kommunala organisationen, men samtidigt kan åsidosätta syftet med laglighetsprövningen av kompetensöverskridande beslut eftersom återgång till följd av verkställigheten kan omöjliggöras.<sup>95</sup> Av 10 kap. 14 a § kommunallagen framgår att ett kommunalt beslut som är möjligt att överklaga enligt bestämmelserna i 10 kap. KL får verkställas innan det har vunnit laga kraft om inte särskilda skäl talar mot det. Syftet är att ett beslut om verkställighet bör föregås av en individuell bedömning av skälen för och emot. Det framhålls i motiven att om det föreligger en realistisk möjlighet att ett överklagat beslut kan komma att upphävas bör någon omedelbar verkställighet vanligen inte ske. I synnerhet om ett avgörande medför allvarliga ingrepp i den enskildes rättssfär bör särskild försiktighet vara påkallad.<sup>96</sup>

Om ett beslut upphävs därför att det till följd av ett formfel inte tillkommit i laga ordning bör det för att åtgärda olagligheten räcka att beslutet görs om i riktig ordning. Återgången skulle annars kunna leda till besvärliga konsekvenser, i vart fall vid beslut med privaträttsliga rättsverkningar. I själva verket är det så att verkställigheten i praktiken kan komma att neutralisera brister i kommunala beslut, eftersom de civilrättsliga konsekvenserna av beslutet i praktiken kan omöjliggöra återgång av det upphävda beslutet. Således befanns till exempel i RÅ 1976 ref. 88 en återgång inte vara möjlig efter det att en kompetensöverskridande beslut att betala en faktura verkställts. Än mera påtaglig blir situationen för det fall det rör sig om försäljning av mark och försäljningen sker till ett underpris och därmed strider mot 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen. Innan ett ärende är slutligt avgjort i förvaltningsdomstol kan marken redan vara bebyggd och färdigexploaterad.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> Se prop. 2001/02:122, s. 18 f. och s. 29. Av motiven framgår att syftet med förtydligandet är att förbättra tillämpningen av bestämmelsen och motverka domstolstrots. Någon precisering av den tidsperiod inom vilken rättelse skall ske ansågs dock inte vara nödvändig att införa.

<sup>94</sup> Se även prop. 2001/02:122, s. 19.

<sup>95</sup> Se även Ds 1988:52, s. 148 f.

<sup>96</sup> Se prop. 2001/02: 122, s. 28 f.

<sup>97</sup> Se till exempel Kammarrättens i Göteborg dom 1999-06-23 (Mål nr 8038-1997).



En kommun är i det läget enligt 10 kap. 15 § kommunallagen skyldig att "i den utsträckning det är möjligt" vidta rättelse av det verkställda beslutet, samtidigt som en rättelse i praktiken är omöjlig att genomföra – eller för att använda en engelsk term: *you can't unscramble the scrambled eggs*. En fullständig återgång torde i det här fallet därför vara omöjlig att genomföra och JO konstaterade i JO 1993/94 s. 429 att det vore orimligt att kräva fullständig återgång i en situation där detta inte längre är möjligt.

Även i de fall en återgång skulle vara möjlig att göra, händer det emellertid att en kommun underlåter att vidta rättelse. Även om den undersökning som gjordes av Warnling-Nerep speglar situationen för snart två decennier sedan är frågan om lag- och domstolstrots ingalunda överspelad. Exempelen är många men för att underbygga påståendet räcker det med att återge några i tid näraliggande exempel.

Som ett konkret exempel kan nämnas JO:s avgörande 2010-06-30, dnr 117-2009 och 1201-2009. Även om Länsrätten undanröjt kommunfullmäktiges beslut om att sälja en kommunal sim- och sporthall för en summa om en krona, verkställde kommunstyrelsen beslutet. JO uttalar att:

"Det som framkommit ger intryck av att kommunstyrelsen helt ignorerat regler som den varit skyldig att följa. Så långt saken här utretts går det inte att säkert säga om detta skett av okunnighet eller om det rört sig om medvetet lag- och domstolstrots. Den frihet lagstiftningen ger en kommunstyrelse att under vissa förutsättningar verkställa beslut av kommunfullmäktige innan dessa vunnit laga kraft har i alla händelser utnyttjats på ett sådant sätt att laglighetsprövningen kringgåts. Den demokratiska funktion som denna är avsedd att fylla har därmed satts ur spel.

Kommunstyrelsens förhållningssätt är ytterst anmärkningsvärt och förtjänar allvarlig kritik.

Allvarliga åsidosättanden av rättsregler bör, om respekten för laglydnaden inte ska äventyras, enligt min mening kunna bli föremål för sanktion. Åtgärder och underlåtenheter av det slag som här bedömts innefattar dock inte myndighetsutövning, jfr NJA 1988 s. 26. Ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken är därmed uteslutet. I samband med de senaste ändringarna i reglerna om laglighetsprövning föreslogs en vitessanktion. Regeringen avstod från detta, men tillade att man avsåg att noga följa upp saken. För det fall de åtgärder som vidtogs inte skulle visa sig tillräckligt effektiva avsåg regeringen att återkomma i frågan. (Se prop. 2001/02:122 s. 20.)"

Som ett annat aktuellt exempel kan nämnas JO:s avgörande 2010-05-06, dnr 3026-2009, Anmälan mot Simrishamns kommun och Tomelilla kommun om domstolstrots rörande offentlig upphandling. De aktuella kommunerna blev i och med Regeringsrättens dom i mars 2008, RÅ 2008 ref. 26 (SYSAV), skyldiga att följa länsrättens beslut om att upphandlingen av tjänster avseende avfallshantering skulle göras om. Kommunerna har emellertid ännu inte genomfört nya upp-

handlingar utan låter, såvitt framkommit, alltjämt SYSAV svara för avfallshandlingen. JO anför:

”Att myndigheter inte respekterar domstolsavgöranden är allvarligt och strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande. Jag är mycket kritisk till det inträffade. Jag finner det anmärkningsvärt att kommunerna inte ens med anledning av JO-anmälan synes ha insett det olämpliga i sitt agerande utan i stället öppet hävdar att Regeringsrätten, landets högsta förvaltningsdomstol, har meddelat felaktiga domar. Det förhållandet att regeringen föreslagit ny lagstiftning på området påverkar inte min bedömning.

En förutsättning för att tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken ska anses föreligga är att någon vid myndighetsutövning har åsidosatt vad som gäller för uppgiften. Enligt vad som får anses vara en vedertagen uppfattning innefattar emellertid upphandling inte myndighetsutövning (se bl.a. JO 2007/08 s. 521, särskilt s. 529 f.). Ett straffrättsligt förfarande mot berörda tjänstemän och ledamöter i kommunen är därmed inte aktuellt. Jag får med hänsyn till detta stanna vid den mycket allvarliga kritik som ligger i det anförda.”

Ett tredje fall som kan anföras för att illustrera de brister i regelefterlevnad som finns är JO:s beslut 2010-08-31, dnr 5301-2009, där en kommun valde att fullfölja ett tilldelningsbeslut trots att såväl kammarrätt som Regeringsrätten slagit fast att en upphandling skulle göras om. Av RÅ 2005 ref. 17 framgår att en förvaltningsdomstols dom att en offentlig upphandling ska göras om innefattar ett förbud att fortsätta upphandlingen. Ett sådant förbud gäller omedelbart om inte annat förordnats eller inhibition beslutats av en överklagandeinstans. Av utredningen framgår att kommunen överhuvud inte vidtog några åtgärder med anledning av kammarrättens eller Regeringsrättens domar och inte heller hade för avsikt att göra det.

I likhet med de två föregående fallen konstaterar JO att det är allvarligt att myndigheter inte respekterar domstolsavgöranden och att det strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande. JO är därför mycket kritisk till det inträffade, men kan heller inte göra något åt saken.<sup>98</sup>

Även om man måste skilja kommunalrättsliga förhållanden och offentlig upphandling från de förhållanden som föreligger vid inrättande av valfrihetssystem enligt LOV råder ingen tvekan om att det finns ett generellt behov av effektiva rättsmedel och sanktioner – inte minst mot bakgrund av valfrihetssystemen i viss utsträckning lever sitt eget liv och vare sig omfattas av den kommunala laglighetsprövningen eller de kraftfulla rättsmedel som numer finns inom ramen för den offentliga upphandlingen. Då det av ovan redovisade anledningar samtidigt saknas skäl att tro att marknaden själv fullt ut förmår att beivra de eventuella missförhållanden som kan tänkas uppkomma, finns det förmodligen därför också behov av en kraftfull tillsynsmyndighet som – för det fall att den skulle sakna egna

---

<sup>98</sup> Se även JO:s beslut 2007-06-29, dnr 3006-2005, samt JO:s beslut 2007-11-19, dnr 1282-2007, där JO uttalat att det finns behov av ytterligare sanktionsmöjligheter vad gäller domstolstrots inom upphandlingsområdet.

sanktionsmöjligheter – åtminstone skulle ha möjlighet att vid domstol föra talan mot en upphandlande myndighet.

## 5.2 I vilka situationer finns det behov av att Konkurrensverket ges talerätt vid överträdelser av LOV?

Konkurrensverket har i sin tillsyn över LOV som framgått ovan endast möjlighet till granskning. För en effektiv upphandling och för att uppnå en högre grad av regelefterlevnad har framhållits att det behövs en kombination av granskning och möjlighet till ingripande hos Konkurrensverket. För att tillsynen ska bli så effektiv som möjligt framhöll som tidigare nämnts flera remissinstanser vikten av att Konkurrensverket i allvarliga och principiella fall gavs talerätt i domstol samt att det måste finnas möjlighet till vite och upphandlingsskadeavgift för att tillsynsmyndigheten ska kunna fullgöra uppdraget.<sup>99</sup> En tillsynsmyndighet med kraftfulla befogenheter kan förväntas ha en positiv inverkan på efterlevnaden av regelverket, men några sådana befogenheter för Konkurrensverket har inte införts i LOV.

Vid en analys av om det behövs utökade sanktionsmöjligheter inom ramen för LOV är det inledningsvis viktigt att analysera i vilka situationer som det kan uppstå problem. Problemen kan dessutom se olika ut beroende på vilken typ av valfrihetssystem som avses. I förarbetena görs en uppräknning av de fall en leverantör kan få rättelse om rätten skulle finna att den upphandlande myndigheten gjort något fel. Som exempel nämns att den upphandlande myndigheten efter att en ändring av valfrihetssystemet gjorts eller att det skett en förändring av de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, inte underrättat intresserade leverantörer genom en förnyad annonsering. Andra omständigheter som nämns är att en annons utformats på ett felaktigt sätt, att de krav som ställts i förfrågningsunderlaget strider mot någon av bestämmelserna i LOV, att den upphandlande myndigheten angett ett sista datum för möjligheten att lämna in anbud eller att myndigheten på något otillåtet sätt begränsat en leverantörs möjlighet att inkomma med en ansökan.<sup>100</sup> Frågan är dock om det uteslutande är dessa som skulle vara av intresse vid införandet av en talerätt för Konkurrensverket eller om en sådan talerätt även bör ta sikte på andra frågor. Här kan flera olika situationer identifieras.

## 5.3 Aktiva val och icke-val

En fråga som alltid uppstår vid alla olika typer av valfrihetsmodeller är hur man ska göra med dem som aktivt väljer att inte välja. Sådana situationer finns till exempel vad gäller pensionssystemet, där en person automatiskt får sina pensionspengar placerade i ett visst fondsystem om denne inte själv väljer

<sup>99</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 109 f.

<sup>100</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 105 f., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143.

placering. En annan variant av valfrihet kan sägas finnas inom skolans område, där man kan välja antingen en kommunal skola eller någon av de fristående skolor som kan stå till buds. Fenomenet är dock större än så och återfinns till exempel även inom de avreglerade områdena telefoni och elförsörjning, där många abonnenter – trots möjligheterna till nya alternativ – genom att underlåta att välja en ny leverantör ”väljer” att stanna kvar hos den leverantör man har sedan tidigare.

Den här situationen gör sig också påmind vad gäller valfrihetsmodeller inom såväl den kommunala verksamheten som inom primärvården. Landstinget ska enligt 5 § hälso- och sjukvårdslagen organisera primärvården så att alla som är bosatta inom landstinget inom ramen för ett vårdvalssystem kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster samt få tillgång till och välja en fast läkarkontakt. Den upphandlande myndigheten är skyldig att tillhandahålla ett icke-valsalternativ till den enskilde som inte själv väljer en leverantör.

Lagstiftaren har inte velat precisera hur ett sådant alternativ ska se ut, eftersom det med nödvändighet varierar beroende på förutsättningarna i de olika kommunerna eller landstingen. Icke-valsalternativet kan alltså vara den upphandlande myndighetens egenregiverksamhet, någon av de utförare som finns i valfrihetssystemet enligt en i förväg uppställd turordning eller ett icke-valsalternativ som upphandlats enligt LOU.<sup>101</sup> Den som inte aktivt väljer kommer därför i vissa fall att placeras i huvudmannens egenregi, i andra fall att placeras hos olika vårdgivare utifrån olika fördelningsprinciper medan de landsting som sedan tidigare haft patienter listade hos olika vårdgivare även inom det nya systemet troligen kommer att lista dem där.

Det är inte otroligt att en konkurrent med få listade brukare eller patienter kan anse att ett sådant förfarande strider mot principen att alla utförare ska behandlas lika.<sup>102</sup> Samtidigt är det inte självklart att ett uteblivet val ska ses som ett icke-val, det kan lika gärna vara så att den enskilde är nöjd med den vård som landstinget – eller den vårdgivare man för tillfället har – tillhandahåller eller har svårt att ha en bestämd uppfattning i frågan. Det kan också vara så att en patient har en sjukdomsbild som gör att det i realiteten inte finns något alternativ. I så fall får ett uteblivet val ses som ett val att aktivt välja landstinget som utförare. I den här frågan är det inte självklart att en privat vårdgivare ska ha talerätt mot landstingets beslut att placera den enskilde i egenregin. Av 10 kap. 6 § LOV framgår också uttryckligen att bestämmelserna om rättelse eller skadestånd inte gäller den upphandlande myndighetens beslut eller icke-valsalternativ.<sup>103</sup> Det är därför också extra viktigt att det i

---

<sup>101</sup> Se prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 99.

<sup>102</sup> Se till exempel vissa av de remissvar som redovisas i prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 97 ff.

<sup>103</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 107 ff., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143.

förväg är känt vilket alternativ som står till buds för de patienter som inte kan eller vill välja.<sup>104</sup>

En central fråga är att förfrågningsunderlagen är så tydliga och uttömmande att det går att förstå och förutse hur valfrihetssystemet kommer att tillämpas i praktiken. Att frågan om icke-valsalternativ kan vara av betydelse framgår av ett av Konkurrensverkets tillsynsärenden, där det framkom att det av förfrågningsunderlaget inte gick att utläsa hur icke-valsalternativet skulle hanteras i en situation där två vårdcentraler hade samma adress. Eftersom det inte framgick av förfrågningsunderlaget hur icke-valsalternativet skulle komma att tillämpas bedömde Konkurrensverket att landstinget hade brutit mot 1 kap. 2 § LOV, närmare bestämt mot principen om öppenhet vid tillämpningen av valfrihetssystem.<sup>105</sup>

I propositionen om valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen uttalas att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att tillhandahålla tjänster i egen regi. "Den upphandlande myndigheten kan i detta fall bestämma vilken leverantör som ska vara ickevalsalternativ. Det är dock viktigt att ickevalsalternativet är konkurrensneutralt mellan de leverantörer som tecknat avtal med den upphandlande myndigheten."<sup>106</sup>

Det finns dock ett behov av att tillgodose att utpekandet av ett icke-valsalternativ sker på ett konkurrensneutralt sätt som inte åsidosätter de grundläggande principerna. Det är därför av central betydelse att en oberoende tillsynsmyndighet har möjlighet att såväl kontrollera de upphandlande myndigheterna som en möjlighet att agera mot en felaktig tillämpning. Det kan alltså finnas fog för att åtminstone Konkurrensverket skulle ges en talerätt för det fall att myndigheten vid sin granskning upptäcker grova överträdelser av konkurrensneutraliteten.

## 5.4 Information om vårdvalssystem

Syftet med ett införande av vårdvalssystem i primärvården är tvåfalt, dels ska lagstiftningen stärka patienternas valmöjligheter, dels ska möjligheterna till fri etablering för vårdgivare öka.<sup>107</sup> Den information om vilka vårdgivare som finns och vilka tjänster de erbjuder måste givetvis vara tillgänglig på ett lättöverskådligt sätt. Det pågår arbeten med utveckla modeller för kvalitetsmätning och *benchmarking*, vilket – om man lyckas genomföra det på ett transparent och lättillgängligt sätt – torde ge brukarna goda förutsättningar att välja vårdgivare.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 23.

<sup>105</sup> Se Konkurrensverkets beslut dnr 451/2009.

<sup>106</sup> Prop. 2009/10:146, Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen, s. 11.

<sup>107</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 37 f.

<sup>108</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 32 f.

De enskilda vårdgivarna tar en ekonomisk risk för det fall att de inte väljs av ett tillräckligt antal patienter. Av 10 kap. 6 § LOV framgår emellertid att bestämmelserna om rättelse eller skadestånd inte gäller den upphandlande myndighetens beslut om information.<sup>109</sup> Frågan om ett landsting gjort tillräckligt för att sprida lättillgänglig och korrekt information om de olika vårdalternativen bör därför kanske kunna prövas av den som anser att informationen gett en missvisande bild. Bristande tillgång till oberoende information om utbud och kvalitet förefaller vara ett problem i många av de system som införts.<sup>110</sup> En viktig uppgift för att valfriheten ska fungera bra är att det sker kontinuerliga och transparenta uppföljningar. Sannolikt krävs en samlad nationell uppföljning som resulterar i öppna jämförelser till nytta för medborgare, beställare och leverantörer.

Frågan är då var det är funktionellt att placera en sådan funktion. Det är inte självklart att Konkurrensverket ska ansvara för en sådan nationell uppföljning. En sådan funktion kan lika gärna placeras hos SKL eller Kammarkollegiet. Det bör framhållas att Socialstyrelsen har till uppgift att övervaka vården och även gör jämförelser av exempelvis vårdcentraler, hemtjänst och särskilda boenden.

Det viktiga är att informationen når ut till brukarna, vilket i slutändan är ett kommunalt och landstingskommunalt ansvar. Ansvaret för att kontrollera att informationen sprids på ett korrekt och ändamålsenligt sätt kan dock ligga på Konkurrensverket inom ramen för tillsynsverksamheten.

## 5.5 Likabehandling av utförarna

Av förarbetena framgår att vårdvalssystemet ska utformas på ett sådant sätt att alla utförare behandlas lika, framför allt vad gäller ersättningen som ska följa den enskildes val av utförare och utgå enligt de grunder landstinget bestämmer. Grundprincipen är härvid att privata och offentliga vårdgivare behandlas lika ur ersättningssynpunkt och att det föreligger konkurrensneutralitet. Systemet måste därför vara transparent och förutsebart för aktörerna på den aktuella marknaden.<sup>111</sup>

Det är dock ett problem att villkoren knappast kan anses vara konkurrensneutrala mellan till exempel offentlig och privat driven primärvård, eftersom de administrativa kostnaderna inom den offentliga sektorn många gånger är gemensamma med annan offentlig verksamhet, medan den privata aktören många gånger saknar möjlighet till sådana samordningsvinster. Här finns en svåröslig fråga som har tydliga kopplingar till konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, samtidigt som det ter sig långsökt att kommuner och landsting skulle tvingas upphöra med sin verksamhet – en verksamhet som trots allt utgör en del av den kommunala och

---

<sup>109</sup> Se även prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem, s. 107 ff., samt SOU 2008:15, LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem, s. 143.

<sup>110</sup> Se Almega, Valfriheten drivs av samhällsutvecklingen och skapar inflytande och tillväxt, 2010, s. 20.

<sup>111</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 39 ff.

landstingskommunala kärverksamheten. Samtidigt bör det påpekas att landsting och kommuner har dubbla roller som producent och som beställare.<sup>112</sup> Som beställare har man allt att vinna på likabehandling och goda förutsättningar för konkurrens – men i rollen som producent kan det eventuellt föreligga ett egenintresse.

Problemet kan emellertid tänkas förekomma vad gäller eventuella konkurrensnedvridningar mellan landsting och privata leverantörer eftersom ett landsting genom subventioner eller på annat sätt har utrymme att gynna egna utförarenheter. Vidare rör det sig om ett införande av ett till viss del oprövat system med många inblandade aktörer. Inte bara stora utan även små och medelstora företag gör investeringar och satsningar. Det är därför också viktigt att förtroendet för landstingens förmåga att agera på ett konkurrensneutralt sätt inte ifrågasätts.

Situationen kompliceras alltså av att landstingen har och under lång tid har haft ansvaret för primärvården och i praktiken även en monopolställning vad gäller tillhandahållandet av vårdtjänster. Med införandet av valfrihetssystemet får landstingen dubbla roller, dels rollen som beställare och finansiär av vårdtjänster, dels rollen som utförare av tjänsterna i konkurrens med de externa aktörer som de ska utge ersättning till.<sup>113</sup> Det ligger så att säga inbakat i systemet att en fullständig konkurrensneutralitet kan bli svår att uppnå eftersom landstinget trots allt är uppdragsgivare i förhållande till de andra vårdgivarna.

Konkurrensverket har påpekat att det föreligger en risk för att landstingen gynnar sina egna utförarenheter, till exempel genom olika typer av subventioner.<sup>114</sup> Sådana konkurrensnedvridningar kan emellertid vara svåra att bevisa eller ens få prövade.<sup>115</sup> Det kan många gånger säkert även finnas viss tveksamhet hos de privata aktörerna att agera mot "den hand som föder dem" för att inte riskera att försämra det fortsatta samarbetsklimatet. Konkurrensen mellan de olika aktörerna kan därför komma att snedvridas.

Det finns dock en mängd olika frågor som kan påverka bedömningen av om det sker en likabehandling eller inte. En sådan fråga är själva utformningen av förfrågningsunderlaget och innehållet i de avtal som sluts, exempelvis hur lång löptid de har. Med tanke på vilka investeringar en större vårdcentral innebär kontra ett enmansföretag eller liten verksamhet kan man tänka sig att avtalstiden har betydelse för vem som söker tillstånd. Vilka krav som ställs kommer därför också att få betydelse för vem som kan få tillstånd. Frågan är mycket komplex men visar på de svåra bedömningar och avvägningar som blir aktuella vad gäller frågan

---

<sup>112</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 43.

<sup>113</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 43.

<sup>114</sup> Se Konkurrensverkets rapport 2007:3, Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg, s. 111 f.

<sup>115</sup> Se även SOU 1995:105, Konkurrens i balans, SOU 2000:117, Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, och Ds 2001:17, Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, samt SOU 2008:37, Vårdval i Sverige, s. 114 f.

om villkoren kan anses vara proportionella eller om det ligger inbyggt i systemet att en likabehandling inte nödvändigtvis behöver vara en likabehandling av leverantörer av olika storlek. Nästa fråga blir då vem som ska bedöma proportionaliteten i en sådan eventuell ojämlig behandling av leverantörerna – Socialstyrelsen utifrån sin tillsyn enligt hälso- och sjukvårdslagstiftningen eller Konkurrensverket inom ramen för sin generella tillsyn över LOV?

Som en jämförelse kan nämnas att det i ett fall rörande en ramavtalsupphandling framgick av förfrågningsunderlaget att de i upphandlingen ingående landstingen hade för avsikt att teckna avtal med en leverantör som skulle tillhandahålla hyrläkare till samtliga landsting under den avsedda avtalsperioden. Förvaltningsrätten konstaterade att det inte finns några principiella hinder mot att en upphandlande myndighet uppställer krav på att anbudsgivare ska ha en viss omsättning. Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna, däribland proportionalitetsprincipen. Hänsyn måste i sammanhanget tas till den typ av tjänst som upphandlingen avser, samt till om de krav som ställs är nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen.

I förevarande fall medförde det aktuella skallkravet att landstingen helt utestängde anbudsgivare som inte uppnådde ett omsättningskrav om 35 miljoner kronor för första halvåret 2009 från upphandlingen. Då det uppställda kravet således innebar en konkurrensinskränkning krävs, för att kravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen, att det ska vara lämpligt och effektivt i förhållande till syftet, att det inte funnits ett mindre ingripande alternativ och att kravet står i proportion till konkurrensinskränkningen och den skada som leverantören åsamkats. Förvaltningsrätten konstaterade att det uppställda kravet medförde att det endast är möjligt för ett fåtal anbudsgivare att kvalificera sig. Enligt Förvaltningsrättens mening fanns det möjligheter att upphandla hyrläkartjänster genom andra mindre ingripande alternativ som skulle framstå som mer gynnande för konkurrensen, utan att kvaliteten på sjukvården eller patientsäkerheten eftersattes. Förvaltningsrätten fann därför att de åtgärder som det var fråga om i den aktuella upphandlingen därför var oproportionerliga i förhållande till det syfte som upphandlingen avsåg och att upphandlingen därför skulle göras om.<sup>116</sup>

Att ge vård skulle vidare kunna vara förenat med oändligt höga krav på kvalitet och därmed en viss storlek hos den privata vårdgivaren. Kan myndigheten rent av ställa sådana krav på privata leverantörer som inte de offentliga vårdgivarna lever upp till? Är det proportionellt – icke-diskriminerande? De offentliga vårdgivarna är de dominerande och redan etablerade aktörerna på marknaden och kan därmed sägas ha en *first mover advantage*. Landsting och kommuner skulle potentiellt – genom att ställa höga krav – kunna agera protektionistiskt. Ett sådant agerande

---

<sup>116</sup> Se Förvaltningsrätten i Växjö, mål nr 1233-10. Se även Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 9491-10. Så som förfrågningsunderlaget var utformat i det sistnämnda fallet måste en leverantör ha full geografisk täckning i alla kommuner i Skåne för att kunna lämna anbud. Ett sådant krav kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses proportionerligt i förhållande till syftet med det som upphandlas.



skulle troligen strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna.<sup>117</sup> Det är därför av vikt att det finns en oberoende kontrollmöjlighet. En sådan kontrollfunktion bör ligga hos Konkurrensverket. Frågan är dock komplicerad och behandlas närmare nedan i avsnitt 6.4 om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

## 5.6 Uppföljning och utvärdering

Vad gäller primärvården och relationen till patienterna har regeringen gett Socialstyrelsen i uppdrag att i samråd med sjukvårdshuvudmannen följa införandet av vårdvalssystem avseende valmöjligheter och informationen till patienterna. I tillsynen ingår även att bevaka att vårdgivarna bedriver verksamheten i enlighet med gällande lagstiftning.<sup>118</sup>

Avseende det allmännas relation till aktörerna inom vårdvalssystemet anges i förarbetena att vårdvalssystemets effekter på konkurrensen noga bör följas upp och utvärderas och att Konkurrensverket bör vara den myndighet som svarar för denna uppföljning och utvärdering.

## 5.7 Talerätt för att begära rättelse av villkor i förfrågningsunderlaget som strider mot de grundläggande principerna

Som framhölls i avsnitt 3 måste de grundläggande EU-rättsliga principerna följas oavsett det rör sig om en offentlig upphandling som genomförs inom ramen för LOU, en upphandling inom ramen för LUF, en tjänstekoncession eller ett valfrihetssystem inom ramen för LOV. Ur ett EU-rättsligt perspektiv är det alltså av central betydelse att de privata tjänsteleverantörerna väljs ut inom ramen för ett konkurrensutsatt och förutsebart förfarande.<sup>119</sup>

För att fullt ut tillgodose behovet av att de grundläggande EU-rättsliga principerna – det vill säga icke-diskriminering, proportionalitetsprincipen, likabehandling, insyn och ömsesidigt erkännande – efterlevs är det också av central betydelse att Konkurrensverket ges en möjlighet till talerätt.

Förmodligen kommer de flesta valfrihetssystemen att utformas i enlighet med de EU-rättsliga grundprinciperna, det vill säga bland annat vara transparenta och icke-diskriminerande då de olika leverantörerna har möjlighet att ansluta sig till systemet för det fall att de uppfyller de kvalifikationskrav som ställts upp. Om emellertid förfrågningsunderlag skulle utformas på ett sätt som åsidosätter de grundläggande principerna är det av stor vikt att det också finns effektiva rätts-

<sup>117</sup> Jfr 1 kap. 9 § LOU.

<sup>118</sup> Se prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 33.

<sup>119</sup> Se även till exempel mål C-324/98, Telaustria, mål C-231/03, Coname och mål C-458/03, Parking Brixen.

medel för att stävja ett sådant beteende. För att Sverige ska uppfylla sina skyldigheter enligt EU-rätten är det förmodligen nödvändigt att Konkurrensverket ges en talerätt – oavsett om den kommer att behöva användas eller inte.

## 6 Vilka sanktioner bör finnas avseende LOV-system

Som framgått ovan finns det behov av att Konkurrensverket ges utökade befogenheter inom LOV-området, inte minst för att uppfylla de krav som följer av EU-rätten, men också för att eliminera eventuella risker för lag- och domstolstrots. Frågan är då vilka sanktioner som är lämpliga på området.

### 6.1 Talerätt och sanktioner mot domstolstrots

Av 10 kap. 5 § LOV följer att en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOV ska ersätta sökanden för därigenom uppkommen skada. Det är dock oklart vilka effekter skadeståndssanktion kan få och i vilka situationer den kommer att tillämpas. Däremot saknas bestämmelser om att vid vite ålägga myndigheter att ta bort diskriminerande eller oproportionella villkor i förfrågningsunderlaget. Frågan är om inte en vitessanktion många gånger kan fungera mer preventivt än ett skadestånd som i vissa fall eventuellt bara kommer att kunna få en reparativ effekt.

Som en jämförelse kan nämnas att man i samband med den nya regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet valde att införa en möjlighet att kombinera ett förbud med ett vitesföreläggande. Av 3 kap. 27 § konkurrenslagen följer att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet tillämpa ett förfarande som snedvrider förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Av 6 kap. 1 § konkurrenslagen följer att ett sådant förbud får förenas med vite.<sup>120</sup> Samtidigt framhålls vikten av att det finns en ordning som förhindrar att dubbla påföljder aktualiseras för ett och samma förfarande. Om en vitessanktion skulle införas kunde det alltså inte samtidigt bli aktuellt att införa en sanktionsavgift motsvarande konkurrensskadeavgift eller upphandlingsskadeavgift, 3 kap. 7 § konkurrenslagen.<sup>121</sup>

Motsvarande utgångspunkt torde vara av vikt vid eventuella sanktioner inom ramen för LOV. Då den upphandlingsskadeavgift som införts inom ramen för LOU och LUF har helt andra syften – det vill säga att motverka ett uppenbart åsidosättande av lagen – än de problem som kan uppstå inom ramen för felaktigheter begångna inom ramen för LOV är det en rimligare och mer funktionell lösning att utöver en generell talerätt för Konkurrensverket kunna sanktionera ett klagomål med ett yrkande om ett vitesföreläggande. De överträdelse som kan inträffa inom ramen för ett valfritetssystem torde i de flesta fall vara mindre graverande än

<sup>120</sup> Se prop. 2008/09:231, s. 51.

<sup>121</sup> Då det får antas att förbudsbesluten mera regelmässigt kommer att förenas med vite ansågs det heller inte finnas några behov av att införa en skadeståndsregel.

otillåtna direktupphandlingar. En lösning som går ut på att vid vite förbjuda en aktör att fortsätta med ett otillåtet beteende träffar bara en upphandlande myndighet som väljer att trotsa ett domstolsutslag och är på så sätt mera framåtblickande än en upphandlingsskadeavgift som snarast är att se som ett straff för begångna missgärningar. Att Konkurrensverket ges en generell talerätt i kombination med en möjlighet att begära ett vitesföreläggande skulle alltså kunna vara ett effektivt rättsmedel för att förebygga ett eventuellt trotsande av ett domstolsutslag. Att enbart förlita sig på skadestånd som en avhållande faktor får anses vara osäkert och ge ett slumpmässigt resultat.<sup>122</sup>

Som framhölls i avsnitt 5.1 råder det mot bakgrund av den frustration som JO ger uttryck för ingen tvekan om att det finns ett generellt behov av effektiva rättsmedel och sanktioner vid lag- och domstolstrots inom ramen för kommunallagen, LOU och LOV. Medan effektiva rättsmedel i stor utsträckning saknas inom ramen för kommunallagen är åtminstone rättmedelsdirektiven sedan den 15 juli 2010 införlivade vad gäller LOU och LUF. För att förbättra regelefterlevnaden infördes då möjligheter att ogiltigförklara avtal som slutits genom en otillåten direktupphandling samt möjligheten att på talan av Konkurrensverket döma ut upphandlingsskadeavgift.

Däremot anfördes i förarbetena att det inte borde införas några särskilda bestämmelser avseende domstolstrots riktade mot upphandlande myndigheter, trots att det förekommer att upphandlande myndigheter väljer att inte följa domstolarnas avgöranden i mål om överprövning och trots att medlemsländerna enligt EU-rätten är skyldiga att införa bestämmelser som garanterar att domstolarnas beslut följs. Skälet är att de ovanstående rättsmedlen ansågs kunna tillämpas även vid domstolstrots. Om en upphandlande myndighet eller enhet, i strid med ett domstolsavgörande, skulle fortsätta att tillämpa ett avtal som förklarats ogiltigt eller sluter ett avtal i enlighet med ett upphävt tilldelningsbeslut ansågs ett sådant avtal kunna förklaras ogiltigt eller en upphandlingsskadeavgift kunna påföras.<sup>123</sup>

Sådana möjligheter att angripa ett eventuellt domstolstrots saknas emellertid enligt LOV. För att även säkerställa behovet av effektiva rättsmedel inom LOV vore därför en lösning att ge Konkurrensverket effektiva befogenheter inte bara till kontroll utan också möjlighet till rättsliga sanktioner vid domstolstrots. Eftersom det inte alltid är säkert att de tjänsteleverantörer som finns inom ett valfrihetssystem har intresse av att anmäla eventuella lagöverträdelse och andra missförhållanden till tillsynsmyndigheten eller domstol är det logiskt att tillsynsmyndigheten, det vill säga Konkurrensverket, också har en talerätt. Frågan är om inte Konkurrensverket enligt LOV borde ges en rätt att även föra talan vid ett eventuellt domstolstrots. Eftersom det inom ramen för ett valfrihetssystem inte kan bli fråga om en otillåten direktupphandling är analogi med den typen av rättsmedel vid domstolstrots inte

---

<sup>122</sup> Jfr NJA 2000 s. 712.

<sup>123</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 219 f.

möjlig att göra. Det ställs därför inom ramen för LOV andra krav på effektiva rättsmedel än vad som är fallet inom ramen för LOU och LUF.

Vad gäller sanktionsmöjligheter inom LOV kan man tänka sig flera olika möjligheter. Det är rimligt att tänka sig Konkurrensverket följer upp de avgöranden som kommer från domstolarna för att se om också den upphandlande myndigheten rättar sig efter dem. Om det är uppenbart att den upphandlande myndigheten trotsar domstolens utslag skulle en variant vara att Konkurrensverket, i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, gavs möjlighet att vid domstol väcka talan om domstolstrots och föra talan mot en upphandlande myndighet som inte rättat sig efter ett domstolsavgörande. Domstolen skulle vid en sådan prövning kunna döma ut en kännbar sanktionsavgift. Vid en sådan lösning skulle Konkurrensverket utöva en liknande kontroll som JO, men med mer kraftfulla rättsmedel där en domstol i slutändan kommer att avgöra om en sanktionsavgift ska dömas ut eller inte. En sådan sanktionsavgift skulle ha en motsvarighet i den upphandlingsskadeavgift som följer av LOU och LUF.

Den andra varianten är att Konkurrensverket i likhet med vad som anfördes i ovanstående avsnitt inom ramen för sin tillsyn även ges en talerätt och en möjlighet att vid domstol begära att en upphandlande myndighet dels ska förbjudas att fortsätta med viss verksamhet, dels kunna kombinera talan med ett yrkande om vite för det fall att rättelse inte sker. I det fallet skulle domstolen redan i den första processen kunna kombinera domslutet med ett vite, vilket möjligen skulle minska risken för ett trotsande av domstolens avgörande. En sådan regel skulle förmodligen vara den mest förutsebara och minst tidskonsumerande för domstolar och tillsynsmyndighet och därmed den mest funktionella lösningen. Det skulle i ett sådant fall inte vara fråga om en sanktionsavgift utan en sanktion som redan från början ligger inbyggd i tillsynsprocessen. En vitessanktion skulle troligen kunna leda till en bättre regelefterlevnad och en bättre följsamhet av domstolarnas utslag än en sanktionsavgift som i efterhand drabbar den upphandlande myndigheten.

I likhet med vad som anfördes ovan är det inte lämpligt med ett system som medför att en upphandlande myndighet kan drabbas av såväl ett vitesföreläggande som en sanktionsavgift. Båda varianterna har sina fördelar, men ett vitesföreläggande kan som sagt vara att föredra då det många gånger kan vara ett mer framåtblickande rättsmedel än en tillbakablickande straffavgift.

## 6.2 Administrativt vite

Enligt 16 kap. 7 § LOU och 16 kap. 9 § LUF får Konkurrensverket vid sin tillsyn inhämta alla de nödvändiga upplysningar som behövs för att fullgöra tillsynen från den upphandlande myndigheten/enheten. Enligt 8 § respektive 10 § samma kapitel är den upphandlande myndigheten/enheten skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär. Det framgår av förarbetena att det har

visat sig att tillsynsmyndigheten ibland har svårigheter att få ta del av begärda upplysningar.<sup>124</sup>

Vad gäller möjligheten att förena en sådan tillsyn med en möjlighet till ett vitesföreläggande framhölls i förarbetena att en sådan möjlighet inte var nödvändig inom ramen för LOU och LUF, eftersom utgångspunkten måste vara att tillsynen kan leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om upphandlingsskadeavgift. Det skulle således föra fel att ålägga en upphandlande myndighet att lämna ut handlingar som kan leda till att de kan drabbas av en process om upphandlingsskadeavgift.<sup>125</sup>

Eftersom det saknas bestämmelser om upphandlingsskadeavgifter i LOV finns det emellertid inga principiella hinder mot att tillsynsmyndigheten ges en möjlighet att begära att en upphandlande myndighet vid vite föreläggs att lämna ut begärda handlingar. En sådan situation blir heller inte aktuell för det fall att det rör sig om ett eventuellt domstolstrots, då det i en sådan situation knappast blir aktuellt att begära ut den typ av dokument som det är fråga om inom ramen för den ordinarie tillsynsverksamheten.

Det kan i samband med överväganden om rättsmedel inom ramen för LOV finnas goda skäl för att införa en möjlighet för Konkurrensverket att förelägga upphandlande kommuner och landsting att vid ett vite inkomma med de upplysningar som Konkurrensverket i sin egenskap av tillsynsmyndigheten begär. Ett administrativt vite bör därför finnas för inhämtande av handlingar eller uppgifter i utredningar av överträdelser.

### 6.3 Finns det användbara paralleller i reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?

I samband med en analys av lämpliga sanktioner är det näraliggande att även titta på om det finns anledning att dra paralleller till den nya regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet som ett sätt att komma tillrätta med eventuella konkurrenssnedvridningar. Sedan den 1 januari 2010 gäller enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § 1 st. konkurrenslagen tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Ett förbud får dock inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. En kommun eller landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses

---

<sup>124</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 214 f. Jfr även den optimistiska syn på möjligheterna att få ta del av begärda uppgifter som framhölls i prop. 1993/94:227, s. 19 f. och s. 26 f.

<sup>125</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 215 f.

i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas om den är förenlig med lag. Ett förbud gäller omedelbart om något annat inte bestäms.

Vidare stadgas i 3 kap. 28 § konkurrenslagen att det som sägs i 27 § även gäller ett förfarande eller en verksamhet i en annan juridisk person om staten, en kommun eller landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Det som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas då på den juridiska personen.<sup>126</sup>

Reglerna syftar till att jämna ut förutsättningarna för offentliga och privata näringsverksamheters möjligheter att konkurrera med varandra. Konfliktlösningsregeln aktualiserar samma frågor om balansen och gränsdragningen mellan konkurrensintresset och andra samhällsintressen som framgår av artikel 106 EUF-fördraget, tidigare artikel 86 EG.

De förfaranden som kan förbjudas är exempelvis underprissättning, olika behandling av företag utan godtagbara skäl, eller att neka företag tillträde till så kallad strategisk nytthet – till exempel viss infrastruktur – på rimliga villkor. Det finns dock ett generellt undantag för säljverksamheter och förfaranden som inte kan förbjudas trots att de kan snedvrída eller hämma konkurrensen, till exempel säljverksamhet som är förenlig med andra lagar – bland annat kommunallagen. Förfaranden som bedöms vara försvarbara från allmän synpunkt kan inte heller förbjudas. Det betyder att konkurrensintresset vägs mot samhällets behov och intresse av säljverksamheten och hur den drivs.

Konkurrensverket har i egenskap av tillsynsmyndighet möjlighet att vända sig till domstol för att få ett åläggande för en myndighet om att upphöra med ett visst agerande eller en viss verksamhet. Åläggandet kan också kombineras med vite.

Till följd av att reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet riktar sig mot offentligt tillhandahållen verksamhet är det troligen i första hand i förhållande till tjänster som tillhandahålls inom ramen för egenregin – och därmed kanske också i vissa situationer frågan om icke-val – som regleringar skulle kunna vara av intresse för en jämförelse.

Konkurrensverket rekommenderar till exempel att alla offentliga aktörer bör utforma en egen policy om hur de ska undvika att begränsa konkurrensen genom sina säljverksamheter.<sup>127</sup> På samma sätt är det naturligt att kommuner och landsting utformar tydliga direktiv för hur valfrihetsmodellerna ska se ut och att en översyn görs med jämna mellanrum för att klarlägga att valfrihetsmodellerna är förenliga

---

<sup>126</sup> Se prop. 2008/09:231, Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m., samt bet. 2009/10:NU8, Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden.

<sup>127</sup> Konkurrensverket, Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – så fungerar reglerna i konkurrenslagen, 2010.

med de grundläggande principer som följer av EU-rätten samt att de även i övrigt är förenliga med lag.

Det ligger inom ramen för valfrihetssystem i sakens natur att privata vinstdrivande företag driver verksamheter i konkurrens med kommunala utförarenheter. Även om sådan verksamhet i förhållande till konsumenten har sådana karakteristika som utmärker en icke-ekonomisk verksamhet, kan man eventuellt isolera en konkurrenssituation mellan den offentliga och de privata utförarna i form av en marknad där ekonomiska snarare än icke-ekonomiska principer råder. Det ligger därför nära till hands att vid framtagandet av rättsmedel inom ramen för LOV använda paralleller till den aktuella konkurrenslagstiftningen för att undvika att de icke-ekonomiska målsättningarna åsidosätts.

I likhet med reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet skulle Konkurrensverket i egenskap av tillsynsmyndighet därmed ges möjlighet att vid domstol begära ett åläggande om att en upphandlande myndighet ska upphöra med ett visst agerande. Ett sådant åläggande skulle också med fördel kunna kombineras med vite. Dessa avgöranden skulle sedan bidra till en enhetlighet vad gäller utformningen av valfrihetssystem, relationen till egenregi samt vid brukarens icke-val av leverantör. Den vägledning som kommer från Konkurrensverket skulle därför i huvudsak redogöra för utfallet av de tillsynsärenden som verket haft samt slutsatser baserade på de bedömningar som gjorts i dessa ärenden.

Information i kombination med effektiva sanktioner kommer förmodligen att leda till att kommuner och landsting på ett mer systematiskt sätt kommer att se över sina verksamheter. Med andra ord kan en tillsyn i kombination med sanktioner och rättsmedel leda till en effektiv självsanering.<sup>128</sup> I likhet med bestämmelsen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet torde tillsyn enligt LOV i första hand syfta till att undanröja konkurrensproblem, inte till att driva domstolsprocesser. Det är alltså möjligt att en utformning av bestämmelser rörande en utökad talerätt för Konkurrensverket och de sanktioner som kan komma ifråga, bland annat vad gäller icke-valsalternativ eller likabehandling av egenregi i förhållande till de privata leverantörerna, bör ske mot bakgrund av de principer som gäller för konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Grundproblemet är detsamma, eftersom det ligger inbyggt i systemet att det kan förkomma en ojämlig behandling av offentliga leverantörer i förhållande till privata leverantörer. Däremot är det tveksamt om en sådan prövning bör ske i Marknadsdomstolen, av systematiska skäl bör en sådan prövning ske i förvaltningsdomstol.

Bortsett från reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är det tveksamt om övriga konkurrenslagsregler för närvarande går att använda på ett effektivt sätt avseende de eventuella konkurrensproblem som kan uppstå vid

---

<sup>128</sup> Se även [http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_6494.aspx](http://www.kkv.se/t/Page___6494.aspx).



införandet av valfrihetssystem.<sup>129</sup> Den upphandlande myndigheten anses inom ramen för egenregi vara skyldig att följa den självkostnadsprincip som följer av kommunallagen, hur den förhåller sig på det aktuella området får dock anses vara oklart. Vidare torde ett kommunalt beslut att stödja den egna verksamheten inte kunna angripas med stöd av konkurrenslagen.<sup>130</sup>

#### 6.4 Finns det utrymme för kommunalrättsliga sanktioner?

En fråga som uppkommer är om det finns tillfällen där kommunallagen i dess nuvarande lydelse skulle kunna aktualiseras och tillämpas mot verksamheter som drivs inom ramen för valfrihetsmodeller enligt LOV, och vilka problem som eventuellt kan finnas med detta.

Kommunernas stöd för att fatta beslut och att använda sig av avtalslösningar vilar på den kompetens som följer av det grundlagsfästa kommunala självstyret, kommunens befogenhet att rättshandla till följd av att den utgör en juridisk person med rättskapacitet. Själva rättshandlingsförmågan följer av den kompetens som följer av kommunallagen. Vid till exempel försäljningar och köp av varor och tjänster är kommuner och landsting skyldiga att följa kommunallagens regler om bland annat kompetens, vari ingår ett förbud att ge understöd åt enskild utan stöd av lag, 2 kap. 1 § kommunallagen, KL, likställighetsprincipen, 2 kap. 2 § KL samt förbudet att ge individuellt inriktat näringslivsstöd om det inte föreligger synnerliga skäl för det, 2 kap. 8 § 2 st. KL. Till följd av reglernas allmänna karaktär har kommuner och landsting enligt de kommunalrättsliga reglerna i praktiken haft en avsevärd frihet att i sin verksamhet köpa och sälja varor och tjänster, så länge det sker inom ramen för en god medelsförvaltning. Av förarbetena framgår därför också att den kommunala självkostnadsprincipen, 8 kap. 3 c § KL, inte är tillämplig vid kommunens medelsförvaltning eller vid förvaltning av kommunal egendom, exempelvis köp och försäljning av fast egendom.<sup>131</sup>

Som nämntes ovan i avsnitt 2.1 kan ett beslut av en kommun eller ett landsting om att införa ett valfrihetssystem kan endast angripas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen. Sålunda har till exempel ett beslut av landstingsfullmäktige i ett landsting om att införa valfrihetssystem blivit föremål för en laglighetsprövning med hänvisning till bland annat att omfattningen av det basuppdrag som landstinget fastslagit stred mot proportionalitetsprincipen enligt LOV, och att detta hindrade etablering av nya vårdgivare, mångfald och effektiv konkurrens. Domstolen konstaterade att landstinget har ett huvudansvar för primärvården och

<sup>129</sup> Se den argumentation som förs i SOU 1995:105, Konkurrens i balans, och SOU 2000:117 samt Ds 2001:17, Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor.

<sup>130</sup> Se till exempel Tobias Indén, Konkurrensrätten och den offentliga säljverksamheten – en ny konfliktlösningsregel, JT 2009–10, s. 286–294.

<sup>131</sup> Se prop. 1993/94:188, s. 83. Se även Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 31 f., samt Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 352 f.

därför, i egenskap av sjukvårdshuvudman, har att bestämma den närmare utformningen av vårdvalssystemet med beaktande av de lokala förutsättningarna. Enligt förvaltningsrätten framgår det av förarbetena till LOV att landstingen ges relativt stor frihet vid utformningen av valfrihetssystemen. Kraven ska dock utformas så att de är sakliga, står i proportion till ändamålet samt inte leder till att leverantörer behandlas olika. Domstolen konstaterade vidare att landstinget utnyttjat sin stora frihet vid utformningen av vad som ska ingå i basuppdraget i aktuellt valfrihetssystem, och bedömde att basuppdragets omfattning kunde anses nödvändig för att i tillräcklig mån säkerställa en bra vård för patienterna.<sup>132</sup> Inte heller har differentierade patientavgifter ansetts strida mot kommunallagens likställighetsprincip.<sup>133</sup>

En upphandlande myndighet, ett landsting, hade i ett annat fall beslutat att inte godkänna en leverantör, såvitt avsåg en viss vårdenhet eftersom denna inte ansågs de krav som angetts i den upphandlande myndighetens krav- och kvalitetsbok. En medlem i landstinget överklagade beslutet och yrkade att landstingets rätt att vara både operatör och granskande myndighet skulle prövas. Han yrkade även att landstingets beslut skulle inhiberas till dess att nämnda rätt fastställts av förvaltningsrätten. Landstinget anförde att beslut enligt LOV inte får överklagas genom laglighetsprövning och att endast en leverantör som inte godkänts har rätt att klaga på beslutet. Förvaltningsrätten fann att den sökande inte var behörig att överklaga landstingets beslut och att hans talan därför skulle avvisas.<sup>134</sup>

Frågan är då i vilken omfattning valfrihetssystem skulle kunna bli föremål för en kontroll enligt kommunallagen. En för vårt vidkommande central regel är den kommunala likställighetsprincipen.<sup>135</sup> I 2 kap. 2 § KL fastslås att kommunen, om det inte finns sakliga skäl för annan bedömning, ska behandla sina medlemmar lika när dessa befinner sig i samma situation. Principen anses grundläggande för all kommunal verksamhet och innebär att vissa kommunmedlemmar inte får gynnas eller missgynnas i förhållande till andra. Lika avgift ska alltså utgå för lika prestation. Förutom att likställighetsprincipen bara gäller de egna medlemmarna, krävs även att kommunen träder i direkt kontakt med sina medlemmar i sin egenskap av övergripande organ. Detta kan ske genom tillhandahållande av olika prestationer eller genom uttag av ekonomiska bidrag från kommunmedlemmarna. Varje kommunmedlem har då rätt att komma i åtnjutande av den aktuella prestationen, medan kommunen har en skyldighet att prestera.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Se Förvaltningsrätten i Luleå, mål nr 173-10.

<sup>133</sup> Se Länsrätten i Skåne, mål nr 12045-08.

<sup>134</sup> Se Förvaltningsrätten i Karlstad, mål nr 1-10.

<sup>135</sup> För en allmän redogörelse av likställighetsprincipen och förbudet att ge understöd till enskilda, se till exempel Ulf Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 55–64, samt Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 2007, s. 94–97 och s. 113–120.

<sup>136</sup> Se prop. 1990/91:117, s. 149 f. Se även Tom Madell, *Avtal mellan kommuner och enskilda – avtalsslut och rättsverkningar*, 2000, s. 56 f.

Särbehandling anses inte vara tillåten annat än på rent objektiva grunder. I relationen till kommunmedlemmarna inskränker principen möjligheterna till individuella avtalslösningar eller särbehandlingar. Även när en kommun köper eller säljer fastigheter eller vidtar andra åtgärder för att sköta sin förmögensförvaltning är den inte bara skyldig att se till vad som är bäst för effektiviteten och ekonomin i den egna organisationen, även här aktualiseras likställighetsprincipen indirekt; för att det inte ska vara fråga om en särbehandling är huvudregeln att kommunen måste överlåta kommunal egendom till marknadspris. Endast vid rena internttransaktioner – exempelvis till ett helägt kommunalt bolag – medges undantag från kravet på att en försäljning ska göras till marknadspris.<sup>137</sup>

Även om särbehandling inte anses vara tillåten annat än på rent objektiva grunder har likställighetsprincipen ett mer begränsat tillämpningsområde än de i Regeringsformen stadgade objektivitets- och likhetsprinciperna, eftersom kommunen för andra än kommunmedlemmar har möjlighet att kräva en högre avgift för en viss prestation.<sup>138</sup> I relationen till kommunmedlemmarna inskränker alltså principen möjligheterna till individuella lösningar eller särbehandlingar.<sup>139</sup> När en kommun å andra sidan anställer personal, gör upphandlingar, köper eller säljer fastigheter eller vidtar andra åtgärder för att sköta sin förmögensförvaltning är den dock skyldig att se till vad som är bäst för effektiviteten och ekonomin i den egna organisationen.

Likställighetsprincipen aktualiseras alltså om det finns ett nyttjandekollektiv, annars är kommunen skyldig att tillgodose kommunens ekonomiska intressen. Som en generell förutsättning för den kommunala verksamheten följer av 8 kap. 1 § KL att kommunerna ska ha en god ekonomisk hushållning i sin verksamhet, oavsett om den bedrivs i förvaltningsform eller i form av kommunala bolag. Kommunerna ska enligt 8 kap. 2 § KL också förvalta sina medel på ett sådant sätt att kraven på god avkastning och betryggande säkerhet tillgodoses. Kraven på god ekonomisk hushållning medför också att en kommun vid en fastighetsförsäljning ur kommunallagens perspektiv är skyldig att försöka få ut ett så bra pris som möjligt.

Av 2 kap. 8 § 1 st. KL framgår dock att kommuner får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen.<sup>140</sup> Frågan om en åtgärd ska anses främja kommunens näringsliv får i princip bedömas utifrån en rimlighetsbedömning mellan kommunens bidrag och det förväntade slutresultatet. Sådant främjande anses i regel tillåtet när det gäller allmänt näringsbefrämjande upplåtelser av

---

<sup>137</sup> Se även Boverket, Markpolitik och kommunala markpriser – En undersökning av hur 13 kommuner arbetar med markprissättning och markanvisning vid överlåtelse av mark för bostadsändamål, 2005, s. 9 f. och s. 25 f., samt Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 64 ff.

<sup>138</sup> Se till exempel RÅ 1987 ref. 17, som rörde plats i småbåtshamn. Kommunen ansågs här ha befogenhet att differentiera avgift med hänsyn till om båtplatsinnehavaren var kommunmedlem eller inte.

<sup>139</sup> Se till exempel Kommunallagen; Kommentarer och praxis, 2006, s. 76 f.

<sup>140</sup> Se bet. 1990/91:KU38, s. 23.

lokaler för småindustri, anordnande av mark och tillhandahållande av rådgivning.<sup>141</sup> Samtidigt måste kommunen hela tiden tillgodose kravet på god ekonomisk hushållning och i enlighet härmed framgår också av 2 kap. 8 § 2 st. KL att ett individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare endast får lämnas om det finns synnerliga skäl för det. Vad som ska anses utgöra synnerliga skäl anges i förarbetena vara beroende av samhällsutvecklingen.<sup>142</sup> Som exempel på stöd som godkänts i praxis kan nämnas olika ekonomiska bidrag till enskilda för att motverka bortfall av enskild service i glesbygden, till exempel livsmedel och bensin, eller för att trygga tillgången på hotellplatser i kommunen.<sup>143</sup> Såväl förbudet mot individuellt riktade stöd som det generella kravet på god ekonomisk hushållning medför att en kommun vid en fastighetsöverlåtelse måste agera på ett sätt som gör att den uppnår en marknadsmässig prissättning och att inte någon näringsidkare gynnas på bekostnad av någon annan.

Vid sådana beslut kan den som är medlem i kommunen inom överklagandefristen begära laglighetsprövning av beslutet i förvaltningsdomstol enligt 10 kap. KL. Ett konkurrerande företag som inte är kommunmedlem saknar dock möjlighet att begära överprövning.<sup>144</sup>

Det är därför mycket tveksamt om kommunallagens regler skulle kunna bli ett effektivt verktyg på området, inte minst mot bakgrund av vad som anfördes ovan i avsnitt 5.1 om kommunallagens tillkortakommanden vid kommunalt lag och domstolstrots.

Samtidigt går det inte helt att bortse från att det kan uppstå svårigheter med att dra en exakt skiljelinje mellan var överklagandemöjligheterna inom ramen för kommunallagen slutar och vilka frågor som ska överprövas enligt LOV. Eftersom frågor om icke-valsalternativ och information inte kan prövas enligt LOV går det inte att utesluta att en laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen är möjlig. Även om den kommunala likställighetsprincipen riktar sig mot kommunmedlemmarna och därigenom inte går att åberopa omfattar den kommunala laglighetsprövningen även brott mot andra lagar, exempelvis de regler i hälso- och sjukvårdslagen som

---

<sup>141</sup> Se närmare Ulf Lindquist, *Kommunala befogenheter*, 2005, s. 262–275, samt Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 2007, s. 101 f.

<sup>142</sup> Se prop. 1990/91:117, s. 153.

<sup>143</sup> Se prop. 1990/91:117, s. 116 f. För äldre praxis se till exempel RÅ 1980 Ab 56, där en kommun ansågs haft rätt att efterskänka hyresanspråk mot stadshotell för att tillgodose behovet av hotell och restauranger, RÅ 1981 Ab 60, där kommunen för att uppfylla ett tidigare ingånget avtal om markbyte mellan kommun och Kooperativa Förbundet ansågs ha rätt att genom avtal skänka mark till SJ samt bekosta spårläggning på marken, och RÅ 1981 Ab 393, där kommuns engagemang i hotell- och restaurangrörelse ansågs vara en kommunal angelägenhet. Inte i något av fallen ansågs stödet innebära olaglig subvention till enskild. Se även den praxisgenomgång som görs i Wiweka Warnling-Nerep, *Kommuners lag- och domstolstrots*, 1995, s. 219–225.

<sup>144</sup> Se även Värda och skapa konkurrens; Vad krävs för ökad konsumentnytta? Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, s. 202 ff.

stadgar att landstinget ska utforma vårdvalssystemet så att alla utförare behandlas lika.<sup>145</sup>

Problemet är bara att den klagande måste vara medlem i kommunen. Skulle det vara så att en leverantör inte är medlem i kommunen skulle denne således sakna talerätt vid en kommunal laglighetsprövning. Leverantören skulle i så fall behöva be en kommunmedlem överklaga förfarandet. Ett annat problem är de tidsfrister som gäller för överklagande av kommunala beslut. Strukturella fel i ett förfrågningsunderlag skulle därför inte gå att överklaga när de relativt korta tidsfrister som gäller för överklagande av kommunala beslut löpt ut. Även ur den här aspekten är därför ett överklagande enligt 10 kap. kommunallagen ett allt för trubbigt rättsmedel för att vara effektivt inom ramen för LOV. Däremot skulle det eventuellt kunna finnas öppningar vad gäller frågan om icke-valsalternativ och likabehandling om överklagandet görs av en kommunmedlem och om agerandet strider mot lag, men den kommunala laglighetsprövningen måste ändå anses vara ett otympligt och slumpmässigt alternativ vad gäller att få dessa frågor prövade.

## 6.5 Bör Konkurrensverket ges en tydligare medlarroll?

Konkurrensverket är inte bara en tillsynsmyndighet för LOV som ska verka för en enhetlig tillämpning av lagen. Konkurrensverket har även uppdraget att sprida information om LOV till upphandlande myndigheter och ge generell vägledning om tillämpningen av LOV.

Samtidigt går det inte att komma ifrån det faktum att Konkurrensverket i det här fallet får dubbla roller. Dels ska man ge vägledning om hur valfrihetsmodellerna ska utformas, dels ska man vara tillsynsmyndighet. Kanske borde det vägledande uppdraget snarast ligga på Kammarkollegiet medan Konkurrensverket ges en mer renodlad tillsynsroll. Eftersom Kammarkollegiet är den myndighet som tillhåller valfrihetswebben skulle det eventuellt vara logiskt att den vägledande rollen om hur valfrihetssystem, förfrågningsunderlag med mera ska utformas också låg hos Kammarkollegiet. Vidare ger Sveriges Kommuner och Landsting råd och stöd till de kommuner och landsting som överväger eller som har beslutat att införa valfrihetssystem inom äldre- eller handikappomsorgen. Även Tillväxtverket och Socialstyrelsen har utarbetat rapporter om tillskapandet av valfrihetssystem. Det finns alltså en mängd aktörer som bidrar till utformningen av valfrihetssystem och frågan är om också Konkurrensverket behöver ha en sådan roll. Däremot finns det skäl att fråga sig om det inte finns ett annat sätt på vilket Konkurrensverket kan få en betydelsefull uppgift.

Även om EU-rätten kräver att det ska finnas effektiva rättsmedel och även om Konkurrensverket skulle ges en talerätt och möjligheter att kräva sanktioner mot upphandlande myndigheter som agerat på ett regelvidrigt sätt finns det skäl att

---

<sup>145</sup> Se även prop. 2008/09:74, Vårdval i primärvården, s. 45.

peka på en annan viktig funktion – medlarrollen. Även om det skulle finnas effektiva rättsmedel är det långt ifrån säkert att dessa skulle behöva användas. De flesta upphandlande myndigheter kan förutsättas ha en önskan om att agera på ett så korrekt sätt som möjligt. Om Konkurrensverket i sin tillsyn upptäcker eventuella felaktigheter skulle det troligen vara en för alla inblandade parter bra lösning om Konkurrensverket också gavs en medlande roll. Genom den här typen av samverkan skulle eventuella konflikter kunna lösas på ett tidigare plan än vad som är fallet om en leverantör eller Konkurrensverket skulle välja att ta frågan till domstol. Många gånger räcker det säkert att Konkurrensverket påpekar ett missförhållande för att den upphandlande myndigheten ska rätta till det, men det vore kanske en bra lösning om medlarrollen eller möjligheterna till samverkan formaliserades.

En sådan funktion finns exempelvis vad gäller offentlig upphandling hos den danska Konkurrencestyrelsen.<sup>146</sup> Om en leverantör vänder sig till Konkurrencestyrelsen med ett klagomål har tillsynsmyndigheten möjlighet att ta kontakt med mot den upphandlande myndigheten för att såväl undersöka saken som att komma med förslag till hur problemet kan lösas. Har ett kontrakt redan slutits återstår i regel bara att vända sig till Klagenævnet for Udbud.<sup>147</sup>

Flera myndigheter har redan olika typer av medlarroller, framför allt kanske Hyresnämnden som medlar i hyres- och bostadsrättsliga tvister och som också kan avgöra flertalet av dessa tvister genom beslut. Konkurrensverket har redan i uppdrag att såväl sprida information som att vara tillsynsmyndighet inom LOV-området. Dessa uppgifter främjar med största sannolikhet utvecklingen av kvaliteten i de valfrihetssystem som inrättas. Dessa funktioner skulle också kunna kombineras med en medlarroll. Det är oklart hur stort behovet är av medling är inom ramen för LOV och hur stora kostnaderna för en sådan skulle vara, men inte desto mindre skulle det kunna vara ett smidigt och effektivt sätt att på ett tidigt plan få till stånd en efterlevnad av regelverket. Troligen skulle ett medlingsförfarande kunna åstadkomma en positiv lösning utan att Konkurrensverket uttryckligen behöver ges någon formell eller beslutsfattande roll.

---

<sup>146</sup> Se <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/udbudsomraadet/saadan-klager-du/>.

<sup>147</sup> Se <http://www.klfu.dk/>.

## 7 Slutsatser

LOV trädde i kraft den 1 januari 2009 och utgör ett alternativ till LOU. När det gäller primärvård är landstingen skyldiga att införa ett vårdvalssystem som ger allmänheten rätt att välja privat eller offentlig vårdcentral. Av 5 § 2 st. HSL följer sedan den 1 januari 2010 att landstinget ska organisera primärvården inom ramen för ett vårdvalssystem så att alla som är bosatta inom landstinget kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster samt få tillgång till och välja en fast läkarkontakt. Tillämpningen av LOV har även utvidgats till att omfatta delar av Arbetsförmedlingens verksamhet.

Fritt val inom vård och omsorg innebär i korthet att den enskilde har rätt att välja den leverantör som utför tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten ska därför löpande annonsera på den för ändamålet upprättade nationella webbplatsen som drivs av Kammarkollegiet. Såväl annonsen och förfrågningsunderlaget ska finnas tillgängligt på webbplatsen. Alla leverantörer, eller grupper av leverantörer, som önskar delta i ett valfrihetssystem ska ha rätt att ansöka.

Samtliga sökande som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, och inte uteslutits med stöd av bestämmelserna i 7 kap. 1 § LOV, ska godkännas av den upphandlande myndigheten. I förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten ange samtliga de krav som sökande ska uppfylla för att bli godkända samt övriga avtalsvillkor. Det ska i förfrågningsunderlaget finnas en kravspecifikation, kontaktuppgifter, uppgifter om avtalstider, regler för avtalets tecknande samt regler för uppföljning och kontroll, vilka villkor som ska gälla samt hur uppdraget ska fullföljas under kontraktstiden. Kraven ska vara proportionerliga och relevanta i förhållande till målen. Eftersom tjänsternas art och omfattning kan variera framgår det inte av LOV vilka krav som ska ställas. Alla leverantörer måste emellertid uppfylla de krav som uppställs i svensk lagstiftning och som därmed också sätter gränserna för de tjänster som kan omfattas av ett valfrihetssystem, bland annat SoL, HSL, LSS, skattelagstiftning, arbetsrättslagstiftning och andra föreskrifter.

Det står alltså inom vissa områden de upphandlande myndigheterna fritt att inom de områden som omfattas av LOV välja att införa ett valfrihetssystem som ett alternativ till att upphandla tjänsterna enligt LOU, medan det är tvingande i andra. Utgångspunkten är i båda fallen att den enskilde kan fritt välja bland de utförare som deltar i valfrihetssystemet, vilket kan innefatta såväl egenregiverksamhet, verksamhet som är upphandlad enligt LOU som verksamhet anskaffad enligt LOV. Det är i en sådan situation av central betydelse att de leverantörer som finns i systemet behandlas på ett likvärdigt sätt.

Ett valfrihetssystem uppvisar i vissa fall betydande skillnader i förhållande till de motiv som ligger bakom reglerna om offentlig upphandling. Samtidigt finns också

likheter. De upphandlande myndigheterna måste såväl vid LOV som vid LOU följa de allmänna EU-rättsliga principer som följer av EUF-fördraget.

## 7.1 Tillsyn

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för LOV och ska verka för en enhetlig tillämpning av lagen. Konkurrensverket har även uppdraget att sprida information om LOV till upphandlande myndigheter och ge generell vägledning om tillämpningen av LOV.

Med ett ökat antal upphandlande myndigheter som kommer att tillämpa LOV finns det också en risk för att även valfrihetssystem utformade i strid med LOV ökar. Med ett sådant resonemang kan betydelsen av tillsynsrollen således också väntas öka.

## 7.2 Finns det ett behov av talerätt och utökade sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten?

För att tillgodose de krav och grundläggande principer som följer av EU-rätten är det av central betydelse att det – i likhet med vad som gäller för offentlig upphandling – finns funktionella sanktioner och rättsmedel i LOV. Konkurrensverket har i sin roll som tillsynsmyndighet för närvarande inga sanktionsmöjligheter om ett landsting eller en kommun i något fall på ett eller annat sätt skulle agera på ett sätt som snedvrider konkurrensen. De tillsynsbeslut som Konkurrensverket fattar syftar därför för närvarande i huvudsak till att klargöra viktiga och principiella frågor. För det fall en upphandlande myndighet bryter mot lagen måste leverantör som vill ha rättelse av ett förfrågningsunderlag eller som vill kräva skadestånd enligt LOV vända sig till domstol. Väsentliga delar av lagen – frågor om information och icke-valsalternativ – är dessutom undantagna från överklagandemöjligheten.

De drivkrafter som finns inom ramen för ett LOV-system skiljer sig givetvis från de som finns vid offentlig upphandling. Det kan därför också misstänkas att det – bland annat på grund av att alla de leverantörer som uppfyller uppställda kvalificeringskrav kan ansluta sig till ett valfrihetssystem – kommer att uppstå mindre konflikter inom ramen för LOV än vad som är fallet enligt LOU.

Samtidigt går det inte att komma ifrån att det kan finnas en poäng med att tillsynsmyndigheten skulle ges en generell talerätt i kombination med utökade rättsmedel. Ett skäl kan vara leverantörernas ovilja mot att gå vidare med eventuella klagomål mot sin uppdragsgivare, vare sig i domstol, medierna eller till Konkurrensverket.



Ett annat skäl varför tillsynsmyndigheten borde få en starkare roll är de kostnader som är förknippade med att driva en rättslig process. En liten leverantör kan göra bedömningen att denne såväl saknar de ekonomiska medel som krävs för att inleda en rättslig prövning som att den negativa publicitet som ett sådant förfarande kan innebära inte uppväger den vinst som ett positivt beslut kan medföra.

Ett tredje skäl är den praxis från andra områden som tydligt visar att det finns en risk för lag- eller domstolstrots om det inom ett område saknas effektiva rättsmedel.

Ett fjärde skäl är de skyldigheter som följer av de EU-rättsliga grundprinciperna – inte minst för att säkerställa att de privata tjänsteleverantörerna väljs ut inom ramen för ett konkurrensutsatt och förutsebart förfarande. Skulle förfrågningsunderlag och avtalsvillkor i något fall vara utformade på ett sätt som åsidosätter de grundläggande principerna är det av stor vikt att det också finns effektiva rättsmedel för att kunna angripa eventuella felaktigheter. Det är i sammanhanget viktigt att framhålla att EU-domstolens praxis visar en tydlig linje vad gäller medlemsstaternas skyldigheter att tillhandahålla erforderliga rättsmedel.<sup>148</sup>

Det finns därför ett antal skäl att ge en utomstående part, Konkurrensverket, en starkare roll inom de valfrihetssystem som regleras av LOV. I jämförelse med de rättsliga prövningar som görs inom reglerna om offentlig upphandling finns det en risk för att korrigerande åtgärder kan komma att dröja eller helt utebli till följd av de begränsade möjligheter som för närvarande finns vad gäller tillsynen över LOV i kombination med avsaknaden av sanktioner.

### 7.3 Vilka sanktioner är lämpliga och i vilka fall bör de kunna användas?

#### 7.3.1 Administrativt vite

Enligt 16 kap. 7 § LOU och 16 kap. 9 § LUF får Konkurrensverket vid sin tillsyn inhämta alla de nödvändiga upplysningar som behövs för att fullgöra tillsynen från den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten. Enligt 8 § respektive 10 § samma kapitel är den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär. Det framgår också av förarbetena att tillsynsmyndigheten ibland har svårigheter att få ta del av begärda upplysningar.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> Se exempelvis mål C-91/08, Wall, men även mål C-337/98, kommissionen mot Frankrike, samt mål C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur.

<sup>149</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 214 f. Jfr även den optimistiska syn på möjligheterna att få ta del av begärda uppgifter som framhölls i prop. 1993/94:227, s. 19 f. och s. 26 f.

Vad gäller möjligheten att förena en tillsyn med en möjlighet till ett vitesföreläggande framhölls i förarbetena att en sådan möjlighet inte var nödvändig inom ramen för LOU och LUF, eftersom utgångspunkten måste vara att tillsynen kan leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om upphandlingsskadeavgift. Det skulle således föra fel att ålägga en upphandlande myndighet att lämna ut handlingar som kan leda till att de kan drabbas av en process om upphandlingsskadeavgift.<sup>150</sup> Eftersom det saknas bestämmelser om upphandlingsskadeavgifter i LOV finns det emellertid inga principiella hinder mot att tillsynsmyndigheten skulle ges en möjlighet om att begära att en upphandlande myndighet vid vite föreläggs att lämna ut begärda handlingar.

Det kan därför vara på sin plats att införa en möjlighet för verket att förelägga upphandlande kommuner och landsting att vid ett vite inkomma med de upplysningar som Konkurrensverket begär i sin egenskap av tillsynsmyndighet.

### 7.3.2 En generell talerätt i kombination med en vitessanktion

Då den upphandlingsskadeavgift som införts inom ramen för LOU och LUF har helt andra syften – det vill säga att motverka ett uppenbart åsidosättande av lagen – än de problem som kan uppstå inom ramen för felaktigheter begångna inom ramen för LOV är det en rimligare och mer funktionell lösning att kunna sanktionera ett föreläggande med ett vite. De överträdelser som kan inträffa inom ramen för ett valfrihetssystem är av en helt annan karaktär än otillåtna direktupphandlingar. En lösning som går ut på att vid vite förbjuda en aktör att fortsätta med ett otillåtet beteende träffar bara en upphandlande myndighet som eventuellt väljer att trotsa ett domstolsutslag och är på så sätt mera framåtblickande än en upphandlingsskadeavgift som snarast är att se som ett straff för begångna missgärningar. En talerätt för Konkurrensverket i kombination med en möjlighet att vid domstol begära ett vitesföreläggande skulle alltså dels ha ett preventivt syfte, dels vara ett effektivt rättsmedel för att förebygga ett eventuellt trotsande av ett domstolsutslag.

Ett sådant förfarande skulle vara lämpligt om det visar sig att ett förfrågningsunderlag innehåller krav som strider mot de grundläggande principer om lika-behandling och proportionalitet som följer av EU-rätten. En parallell till en sådan reglering kan också hittas i den nya regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen får staten, en kommun eller ett landsting förbjudas att tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Bestämmelsen syftar till att jämna ut förutsättningarna för offentliga och privata näringsverksamheters möjligheter att konkurrera med varandra.

---

<sup>150</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 215 f.

De förfaranden som kan förbjudas är till exempel underprissättning, olika behandling av olika företag utan godtagbara skäl, eller att neka företag tillträde till så kallad strategisk nytthet, exempelvis viss infrastruktur, på rimliga villkor. Konkurrensverket har i egenskap av tillsynsmyndighet möjlighet att gå till domstol för att få ett åläggande för en myndighet om att upphöra med ett visst agerande eller en viss verksamhet. Åläggandet kan också kombineras med vite.

Till följd av att reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet riktar sig mot offentlig tillhandahållen verksamhet är det troligen i första hand i förhållande till tjänster som tillhandahålls inom ramen för egenregin – och därmed kanske också frågan om icke-valsalternativ – som regelverket skulle kunna vara av intresse för en jämförelse.

I likhet med reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet skulle Konkurrensverket i egenskap av renodlad tillsynsmyndighet därmed ges möjlighet att väcka talan vid domstol om ett åläggande att en upphandlande myndighet ska upphöra med ett visst agerande. Samtidigt torde en sådan tillsyn med lämpliga sanktioner kunna leda till en effektiv självsanering. I likhet med bestämmelsen om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet torde tillsyn enligt LOV i första hand syfta till att undanröja konkurrensproblem, inte till att driva domstolsprocesser. Det är alltså möjligt att en utformning av bestämmelser rörande en utökad talerätt för Konkurrensverket och de sanktioner som kan komma ifråga, bland annat vad gäller icke-valsalternativ eller likabehandling av egenregi i förhållande till de privata leverantörerna, bör ske mot bakgrund av de principer som gäller för konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Grundproblemet är detsamma, eftersom det ligger inbyggt i systemet att det kan förkomma en ojämlig behandling av offentliga leverantörer i förhållande till privata leverantörer.

### 7.3.3 Sanktioner vid domstolstrots

Ett alternativ till en talerätt i kombination med vite skulle kunna vara att enbart fokusera på sanktioner vid brott mot LOV samt vid ett eventuellt domstolstrots införa en möjlighet för en domstol att på talan av Konkurrensverket döma ut en sanktionsavgift. Situationerna ser dock olika ut inom ramen för LOU och LOV. Det kan inom ramen för ett valfrihetssystem inte bli fråga om en otillåten direktupphandling. Därför är också en analogi med den typen av rättsmedel vid domstolstrots inom ramen LOV inte fullt ut möjlig att göra. De sanktionsavgifter som kan bli aktuella inom ramen för LOV måste därför också bygga på andra argument än vad som är fallet inom ramen för LOU och LUF.

En situation som skulle kunna aktualisera en sanktionsavgift är om en upphandlande myndighet trotsar ett domstolutslag. Konkurrensverket skulle i dessa fall kunna ha en möjlighet att vid domstol väcka talan om domstolstrots mot en upphandlande myndighet. Domstolen skulle vid en sådan prövning kunna döma ut en kännbar sanktionsavgift. Vid en sådan lösning skulle Konkurrensverket utöva

en liknande kontroll som JO, men med mer kraftfulla sanktioner där en domstol i slutändan kommer att avgöra om en sanktionsavgift ska dömas ut eller inte.

Samtidigt skulle samma effekt uppnås om Konkurrensverket dels gavs en generell talerätt, dels gavs möjlighet att begära ett vitesföreläggande. En sådan lösning skulle troligen leda till en bättre regelefterlevnad och en bättre följsamhet av domstolarnas utslag än en sanktionsavgift som i efterhand drabbar den upphandlande myndigheten. En talerätt i kombination med en möjlighet till vitesföreläggande kan därmed vara att föredra då det många gånger kan vara ett mer framåtblickande rättsmedel än en tillbakablickande straffavgift.

## 7.4 Slutord

Som nämdes inledningsvis finns det flera problem med att ta fram en rapport inom det nu aktuella området. Valfrihetsmodeller är en relativt ny företeelse i Sverige och det finns än så länge begränsat med exempel på hur lagstiftningen fungerar och vilka eventuella problem som kan uppstå inom ramen för den. Någon egentlig rättspraxis har inte hunnit utvecklas på området och inte heller går det att göra några djupare jämförelser med andra rättsordningar då de valfrihetssystem som finns i andra länder inte fullt ut omfattar samma verksamhetsområden som det svenska systemet. Det kan komma att visa sig att de egentliga behoven av rättsmedel inom LOV kommer att bero på något helt annat än de eventuella behov som vi i dag kan överblicka. Dessa oklarheter inverkar givetvis också på de slutsatser som för närvarande kan dras.

Oavsett de olika drivkrafter som ligger bakom valfrihetssystem i förhållande till de som ligger bakom offentlig upphandling går det inte att komma ifrån att båda områdena kräver tillsyn. Samtidigt står det klart att det numer finns starka rättsmedel inom offentlig upphandling medan sådana fortfarande saknas inom ramen för LOV. Att använda det argumentet som ett skäl för att införa sanktioner även inom ramen för LOV leder dock ingenstans. Däremot visar den föreliggande rapporten att det finns flera tunga skäl för varför tillsynsmyndigheten borde ges utökade befogenheter på området, framförallt bestående i en generell talerätt samt möjlighet att driva talan i domstol. Ett sådant system i kombination med en tydligare medlarroll torde kunna leda till en självsanering, där få fall borde komma så långt som till domstol.

Om nya rättsmedel skulle införas inom LOV finns emellertid ingen anledning att göra olika bedömningar beroende på att landstingen är skyldiga att tillämpa LOV inom primärvården eller om det rör sig om ett frivilligt användande av LOV. I och med att LOV utgör ett alternativ till att använda LOU har man därmed också förbundit sig att följa de rättsliga förutsättningar som gäller vid valfrihetssystem – det är därför också naturligt att de eventuella sanktioner som föreskrivs i lagen blir tillämpliga. Ett parallellt system med olika möjligheter till talerätt och sanktioner skulle vidare riskera att bli förvirrande för alla inblandade parter. De eventuella

rättsmedel som införs inom ramen för LOV bör därför vara de samma oavsett om det rör sig om ett obligatoriskt användande av ett valfrihetssystem inom primärvården eller ett frivilligt användande av LOV.