

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

Socialdepartementet
s.remissvar@regeringskansliet.se
Kopia
s.fs@regeringskansliet.se

God och nära vård – En reform för ett hållbart hälso- och sjukvårdssystem (SOU 2020:19)

Upphandlingsmyndigheten har getts möjlighet att lämna ett yttrande över Utredningen Samordnad utveckling för god och nära vårds delbetänkande *God och nära vård – En reform för ett hållbart hälso- och sjukvårdssystem* (SOU 2020:19). Utredningen har lämnat tre tidigare betänkanden,¹ vilka inte har remitterats till Upphandlingsmyndigheten.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Vi ger dessutom vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter samt att stödja de leverantörer som deltar i sådan upphandling. Yttrandet avgränsas utifrån Upphandlingsmyndighetens uppdrag och fokuserar på de delar som berör upphandling och statsstöd.

1. Sammanfattning

Upphandlingsmyndighetens synpunkter begränsas i princip till bedömningarna och förslagen avseende verksamheter som bedrivs enligt lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi (kapitel 7). I valet mellan de alternativ som

¹ *God och nära vård – En gemensam färdplan och målbild* (SOU 2017:53), *God och nära vård – En primärvårdsreform* (SOU 2018:39) samt *God och nära vård – Vård i samverkan* (SOU 2019:29).

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

utredningen presenterar förordar Upphandlingsmyndigheten att dessa tjänster i framtiden tillhandahålls genom valfrihetssystem enligt lagen (2008:692) om valfrihetssystem, LOV (scenario 1). Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör det dock överlåtas till regionerna att avgöra om de aktuella tjänsterna ska tillhandahållas genom valfrihetssystem, upphandling eller på annat sätt.

Upphandlingsmyndigheten har i ett tidigare remissvar framhållit att det omfattande utredningsarbetet på vårdområdet försvårar förståelsen av utredningens uppdrag och förslag och hur dessa förhåller sig till andra förslag och pågående och kommande lagstiftningsarbete.² Samma synpunkt gör sig gällande vad gäller de bedömningar och förslag som presenteras i det nu remitterade betänkandet: såväl förutsättningarna för som innebörden och konsekvenserna av utredningens förslag är i delar beroende av om och när tidigare lagda förslag – av såväl denna som andra utredningar – kommer att genomföras. Mer allmänt uppfattar vi att det saknas en tydlig överblick och målbild för det myckna utredningsarbetet. Upphandlingsmyndighetens remissvar ska läsas mot denna bakgrund.

2. Verksamheter som bedrivs enligt lagen om läkarvårds- ersättning och lagen om ersättning för fysioterapi (avsnitt 7)

Utredningen har i enlighet med sina direktiv föreslagit att lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi (förenklat) ersätts med ett av två alternativa förslag:

- 1) Regionerna åläggs införa *obligatoriska valfrihetssystem* som inrättas enligt lagen (2008:692) om valfrihetssystem (LOV), alternativt
- 2) en ny lag, *lagen om främjande av hälso- och sjukvård i hela landet*, som ska innehålla vissa bestämmelser om upphandling av de aktuella tjänsterna som kompletterar 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Förslagen i denna del innebär i någon mening en kursändring i förhållande till förslagen i departementspromemorian *Utveckling av verksamheter som bedrivs enligt lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi* (Ds 2018:31), som remitterades i juli 2018. Förslagen i den promemorian innebär i stället att de båda lagarna skulle utvecklas i olika avseenden, även om behovet av en större förändring av området på sikt förutsågs (s. 46).

2.1 Synpunkter på den föreslagna lagen om främjande av hälso- och sjukvård i hela landet (avsnitt 7.7)

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning talar ett antal omständigheter mot införandet av en ny lag i enlighet med utredningens scenario 2.

² [Upphandlingsmyndighetens remissvar över betänkandet *Digifysiskt vårdval* \(SOU 2019:42\)](#), dnr UHM 2019_0237.

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

2.1.1 En ny lag med bestämmelser om upphandling av vissa tjänster bidrar inte till överskådligheten och enhetligheten i regelverket.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det idag finns fyra upphandlingslagar, som kompletteras med bestämmelser i en nationell förordning, upphandlingsförordningen (2016:1162), och en rad rättsakter på EU-nivå. Det finns även en omfattande rättspraxis från såväl nationella domstolar som från EU-domstolen avseende dessa regler. Därtill har upphandlande myndigheter en möjlighet att inrätta valfrihetssystem enligt LOV.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning skulle en ny lag med ytterligare bestämmelser om upphandling inte bidra till överskådligheten i ett redan omfattande och komplext regelverk – särskilt som de nya bestämmelserna enligt vår uppfattning är onödiga (se nedan). Det kan även tilläggas att en ny lag som ansluter till bestämmelserna i LOU dessutom riskerar att skapa en otydlighet i fråga om en viss upphandling formellt genomförs med stöd av den nya lagen (som i sin tur hänvisar till 19 kap. LOU) eller om upphandlingen i sin helhet genomförs enligt LOU.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att den föreslagna lagen endast ska kunna tillämpas vid upphandling av 1) legitimerade fysioterapeuter och 2) läkare med sådan specialistkompetens som i dag har möjlighet att verka med stöd av LOL, dock inte läkare med specialitet i allmänmedicin (s. 312). Detta ska anges i förordning och framgår således inte av den föreslagna lagtexten. I det fall regeringen avser gå vidare med detta förslag bör det emellertid lagtekniskt säkerställas att lagen inte utvidgas till att omfattas sådana tjänster som inte kan upphandlas med stöd av 19 kap. LOU. I annat fall riskerar upphandlingar som genomförs med stöd av den föreslagna lagen att genomföras i strid med unionsrätten.

2.1.2 Särbestämmelser om upphandling i den föreslagna lagen

Den av utredningen föreslagna lagen innehåller endast två förfarandebestämmelser om upphandling som avviker från regleringen i 19 kap. LOU:

- 1) Utvärderingsgrunden vid upphandling enligt den nya lagen ska vara "högsta kvalitet" (5 §).
- 2) Avtalstiden begränsas uttryckligen till maximalt sju år (6 §).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att ingen av dessa bestämmelser egentligen tillför något utöver förfarandereglererna i LOU. I vilket fall begränsar de endast de upphandlande myndighetens handlingsutrymme vid upphandling av de aktuella tjänsterna:

Den av utredningen föreslagna *bestämmelsen om tilldelningsgrund* vid upphandling av de tjänster som omfattas av lagen har enligt betänkandet sin grund i den omständighet att ersättningen är bestämd på förhand och att det därmed inte är aktuellt att i urvalet av vårdgivare beakta parametern pris (s. 313). Upphandlingsmyndigheten anser emellertid att upphandling till så kallat fast pris är

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

möjlig även vid upphandling enligt LOU.³ Någon särreglering därom i den föreslagna lagen är därför knappast motiverad, och Upphandlingsmyndigheten avstyrker därför den föreslagna bestämmelsen.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att en lagfäst längsta avtalstid endast finns vad gäller vissa typer av avtal, såsom vad gäller ramavtal som upphandlas enligt LOU (7 kap. 2 § LOU). Vad gäller den föreslagna *bestämmelsen om begränsning av avtalstiden* för utredningen ett resonemang kring avtalstidens förenlighet med unionsrätten (s. 314–315) som mynnar ut i den, enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning, korrekta slutsatsen att när reglering kring längsta tid saknas, får bedömningen av löptidens lämplighet göras i förhållande till vad det är som anskaffas. Konsekvensen av detta är enligt vår uppfattning svåröfrenlig med införandet av en uttrycklig lagregel därom. Tillämpningen av en sådan föreslagen bestämmelse kan nämligen i enskilda fall riska att komma i konflikt med unionsrätten: givet förhållandena i en viss upphandling av de tjänster som omfattas av den föreslagna lagen skulle EU-domstolen möjligen kunna komma till slutsatsen att redan en avtalstid på sex år vore oproportionerlig. Omvänt tillåter unionsrätten i enskilda fall även längre avtalstider, med följd att den föreslagna regeln i stället verkar begränsande på de upphandlande myndighetens handlingsfrihet i detta avseende.

I vilket fall är argumentet att bestämmelsen syftar till att tillfredsställa behovet av trygghet för utförarna svåröfrenligt. Detta eftersom avtalstiden på sju år, såsom lagen är utformad, endast utgör en *möjlighet* och inte en *skyldighet* för de upphandlande myndigheterna. Upphandlingsmyndigheten avstyrker därför den föreslagna bestämmelsen.

2.1.3 Litet behov av att göra urval av leverantörer i glesbygd

En skillnad mellan inrättande av valfrihetssystem och upphandling av kontrakt eller ramavtal är att upphandling förutsätter att den upphandlande myndigheten genom tillämpning av tilldelningskriterier gör ett urval mellan de kvalificerade leverantörer som ska tilldelas kontrakt eller ramavtal.⁴ Enligt Upphandlingsmyndighetens finns det därmed en närmast logisk motsättning mellan att förslå en särordning för glesbygd med få, eller i vissa fall till och med inga, utförare. Detta eftersom upphandling – till skillnad från vad som gäller vid inrättandet av valfrihetssystem – förutsätter ett urval mellan anbudsgivare. Detta är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning en omständighet som talar emot införandet av den föreslagna lagen och för att de aktuella tjänsterna i stället tillhandahålls inom ramen för valfrihetssystem enligt LOV.

2.1.4 Risk för bristande transparens och förutsebarhet för nya utförare

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att i vissa fall kan upphandling av de aktuella tjänsterna genomföras som direktupphandlingar med hänsyn till att värdet av upphandlingen understiger den direktupphandlingsgräns som gäller vid upphandling av dessa tjänster. Denna konsekvens är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning

³ Se artikel 67.2 andra stycket LOU-direktivet samt prop. 2015/16:195 del 2 s. 788.

⁴ Se bland annat EU-domstolens domar *Falk Pharma*, C-410/14, EU:C:2016:399, och *Tirkkonen*, C-9/17, EU:C:2018:142.

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

i sig inte negativ. Att upphandlingar inte annonseras kan emellertid få till följd att potentiella utförare inte uppmärksammas på de affärsmöjligheter som finns, vilket kan inverka negativt på deras vilja att etablera sig – särskilt i glesbygd och i mindre regioner. Detta eftersom det blir mindre förutsebart vilka möjligheter det finns att tilldelas offentliga kontrakt i sådana områden och hur sådan tilldelning går till.

En annan möjlig negativ effekt på nyetablering kan vara att utförare, om uppdrag tilldelas genom upphandling, måste "tajma" sin etablering med genomförandet av enskilda upphandlingar i syfte att kunna delta i dessa och erhålla kontrakt. Vid inrättande av ett valfrihetssystem kan en ny utförare i stället ansöka om att få ansluta sig till systemet i samband med sin etablering. Vidare framstår sannolikt möjligheten att ansluta sig till en sådant system som mer förutsebar och varaktig än möjligheten att i konkurrens med andra utförare tilldelas ett kontrakt eller ramavtal.

2.1.5 Förhållande till Förenklingsutredningens förslag om regler för upphandling av välfärdstjänster (SOU 2018:44)

Den så kallade Förenklingsutredningen presenterade i juni 2018 i enlighet med sitt uppdrag förslag till nytt regelverk för upphandling av bland annat välfärdstjänster.⁵ Förslaget bereds för närvarande på Regeringskansliet.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att om Förenklingsutredningens förslag i denna del helt eller delvis leder till lagstiftning så skulle detta få konsekvenser även för denna utrednings förslag till särbestämmelser för upphandlingar av vissa vårdtjänster. Enligt vår uppfattning bör därför regeringens ställningstagande i fråga om Förenklingsutredningens förslag avvaktas innan ställning tas till att införa särbestämmelser för vissa av de upphandlingar som genomförs med tillämpning av detta kapitel.

2.2 Upphandlingsmyndighetens slutsats

Mot denna bakgrund avstyrker Upphandlingsmyndigheten förslaget om att i en ny lag införa särbestämmelser om upphandling av vissa vårdtjänster. Vi konstaterar vidare att statens möjligheter att bidra till finansieringen av de aktuella tjänsterna i glesbygd inte har något självklar koppling till de föreslagna bestämmelserna om upphandling i lagen. Upphandlingsmyndigheten uttalar sig inte om behovet av eller utformningen av den föreslagna lagen i övrigt.

2.3 Överlåt till regionerna att välja metod för konkurrensutsättning

Utredningen synes inte närmare ha analyserat möjligheten att låta de upphandlande myndigheterna självständigt avgöra om de aktuella tjänsterna ska tillhandahållas genom inrättande av valfrihetssystem eller genom upphandling enligt LOU. Bakgrunden till detta är, såsom Upphandlingsmyndigheten förstår utredningens utgångspunkt, att det ska finnas möjlighet att verka i hälso- och sjukvårdssystemet på

⁵ Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44), särskilt kapitel 13.

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

olika sätt och att det ska vara möjligt för privata aktörer att verka i den offentligt finansierade hälso- och sjukvården och att företagandet ska kunna ske i både mindre och större bolag (s. 278).

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör det emellertid överlåtas till regionerna att avgöra om de aktuella tjänsterna ska tillhandahålls genom valfrihetssystem, upphandling eller på annat sätt. Ställningstagandet till hur de privata aktörerna involveras i sjukvården överläts därmed till varje region. En sådan ordning är lättare att förena med det kommunala självstyret och möjliggör i större utsträckning anpassning till lokala förutsättningar och behov.

2.4 Statsstödsrättsliga aspekter på förslagen

Utredningen tar upp vissa statsstödsfrågor med motiveringen att statsstödsreglerna avser statlig offentlig finansiering. Upphandlingsmyndigheten vill i linje med vårt uppdrag att informera kommuner och regioner om statsstödsfrågor påtala att statsstödsreglerna även träffar den offentliga finansiering som härrör från en kommun eller region. Vi instämmer i utredningens bedömning att statens beslut att överföra medel till en kommun eller region i princip inte omfattas av statsstödsreglerna förrän medlen betalas ut till någon som bedriver ekonomisk verksamhet och därmed utgör ett företag i statsstödsrättslig mening. Vi instämmer även i bedömningen att statsstödsfrågan aktualiseras när staten specialdestinerar medlen. Den myndighet som finansierar eller specialdestinerar medel till verksamheter som omfattas av det statsstödsrättsliga företagskriteriet måste förhålla sig till statsstödsreglerna och genomförandeförbudet som kommer till uttryck i lagen om tillämpningen av Europeiska Unionens statsstödsregler. Utifrån resonemangen som förs på s. 341 – 343 drar utredningen slutsatsen att offentlig finansiering av vårdtjänster där medlen fördelas efter konkurrensutsättning som följer upphandlingsreglerna inte är ett statsstöd då den inte ger mottagaren någon fördel i förhållande till dennes konkurrenter.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i bedömningen att inköpsförfaranden som följer de EU-rättsliga principerna normalt innebär en presumtion för att det inte är fråga om statsstöd eftersom gynnandekriteriet då inte är uppfyllt. Eftersom det är fråga om välfärdstjänster prövas gynnandekriteriet utifrån de fyra kriterier som EU-domstolen fastställt för när ersättning för allmännyttiga tjänster inte är ett statsstöd i domen i målet Altmark, C-280/00.

3. Konsekvenser för berörda aktörer

Oavsett vilket av de av utredningen presenterade alternativen som kommer ligga till grund för regeringens fortsatta reformarbete kommer förslagen medföra ett utökat behov av stöd kring konkurrensutsättning av vårdtjänster. Upphandlingsmyndigheten har ett brett uppdrag och en bred kompetens att utveckla den offentliga upphandlingen. Upphandlingsmyndigheten anser vidare att behovet av stöd inom dessa och närliggande områden bör permanentas om ambitionen i den så kallade sakpolitiska överenskommelsen från januari 2019 ska kunna förverkligas, nämligen att höga kvalitetskrav inom välfärden ska vara styrande. Upphandlingsmyndigheten anser

Ert datum:
2020-04-20

Datum:
2020-07-03

Er ref:
S2020/02841/FS

Diarienummer:
UHM 2020-0097

att det finns ett behov av ett generellt fördjupat stöd vid upphandling av vårdtjänster. Upphandlingsmyndigheten har följaktligen tillstyrkt ett tidigare förslag att myndigheten ska förstärka stödet avseende upphandling av vård och omsorg.⁶ Det skapar också förutsättningar för myndigheten att etablera långsiktig samverkan med andra aktörer.

Sammanfattningsvis bör det i den fortsatta beredningen av förslagen övervägas om Upphandlingsmyndigheten behöver tillskjutas ytterligare anslag i syfte att utöka stödet kring upphandling av vårdtjänster.

4. Övriga avsnitt

Upphandlingsmyndigheten har inga synpunkter på övriga avsnitt.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Upphandlingsjuristen Henrik Grönberg har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även strategen Maria Öhman, stadsstödsexperten Magnus Lindbäck, upphandlingsjuristen Erika Hanses och chefsjuristen Anders Asplund deltagit.

Inger Ek

Henrik Grönberg

⁶ Upphandlingsmyndighetens remissvar över Valfärdsutredningens slutbetänkande *Kvalitet i välfärden* (SOU 2017:38). Se även *Kunskapsbaserad och jämlik vård* (SOU 2017:48) s. 483. Det kan tilläggas att behovet av att utveckla bättre ersättningsmodeller inom hälso- och sjukvården framhålls även i bl.a. *Vem vårdar bäst? En ESO-rapport om svensk sjukhusvård i ett jämförande perspektiv*, rapport till Expertgruppen i offentlig ekonomi 2019:8, s. 153, och Lindgren, Peter, *Ersättningen och e-hälsan*, SNS Förlag 2019. s. 70–75. Även Vårdföretagarna har framhållit behovet av att utveckla ersättningsystemen samt kravställningen och uppföljning inom vård- och omsorgsområdet i rapporten *10 år med LOV – En historisk reform i behov av förnyelse*, 2019.