

## PM 2 2016-10-12 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom geografisk etableringsbegränsning inom ramen för ett valfrihetssystem.**

*Ett landsting har uppställt krav för etablering i ett valfrihetssystem innebärande att leverantörer måste ha sin mottagning inom länet.*

Stockholms läns landsting (här nedan Landstinget) har upprättat ett valfrihetssystem för ”Specialiserad gynekologisk vård”.<sup>1</sup> I underlaget för nämnda valfrihetssystem ingår bl.a. ”Regelbok för specialiserad gynekologisk vård 2013”. Där anges under avsnittet för uppdragsbeskrivning, kapitel 4 punkten 3 ”Vårdtjänst” (sid. 27), bland annat att ”Vårdtjänsten ska erbjudas inom Stockholms län”. På fråga om detta innebär en föreskrift om geografisk begränsning av att vårdmottagning inom systemet enbart får vara belägen inom Stockholms län har av Landstinget svarat<sup>2</sup> följande.

*”Att vårdtjänsten ska erbjudas inom Stockholms län innebär att tjänsten ska tillhandahållas inom det geografiska området Stockholms län”.*

Enligt vad Landstinget upplyst<sup>3</sup> kommer det aktuella vårdvalssystemet även att kompletteras med möjlighet till reproduktionsmedicinska åtgärder (IVF)<sup>4</sup> mot ofrivillig barnlöshet. Av uppgifter Landstinget har lämnat<sup>5</sup> till en leverantör av dylika tjänster framgår bland annat följande.

*”Reproduktionsmedicin kommer enligt vårt förslag vara ett tilläggsuppdrag till vårdval gynekologi. För att kunna ansöka om detta tilläggsuppdrag måste därför vårdgivaren ha basuppdraget inom vårdval gynekologi i Stockholms läns landsting. Vi kommer att ställa krav att gymmottagningen ska vara placerad i Stockholms län. Gällande lokalisering av själva reproduktionsmedicinsåtgärderna (IVF) kommer vi göra bedömning av om det är ok att denna är placerad någon annanstans vid ansökan”.*

Inom ramarna för det befintliga vårdvalet för specialiserad gynekologisk vård betalade Landstinget under perioden 2013-2015 i genomsnitt c:a 260 miljoner kronor per år i olika ersättningar till leverantörer som antagits i systemet.<sup>6</sup>

### Gällande rätt

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende bland annat tjänster.<sup>7</sup> Karakteristiskt för ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt är således att en leverantör mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för en upphandlande myndighets räkning.

Normalt ska en upphandling inom den s.k. klassiska sektorn<sup>8</sup> genomföras med tillämpning av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Inom den sociala sektorn kan dock vissa tjänstekontrakt upphandlas genom tillämpning av lagen (2008:962) om valfrihetssystem – LOV.

<sup>1</sup> Se landstingets annons i nationella databasen ”Valfrihetswebben” den 14 juli 2012 ang. valfrihetssystem för specialiserad gynekologisk vård enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem - dnr. HSN 0706-0590.

<sup>2</sup> Se Landstingets e-postmeddelande den 1 juni 2016, från N.N, handläggare, avtalsenheten Somatisk specialistvård till Konkurrenskommissionen.

<sup>3</sup> Se bl.a. ”Vårdval och upphandlingar i Stockholms läns landsting, Vårdgivarguiden”, avsnitt ”Kommande upphandlingar”, [www.vardgivarguiden.se/avtalsuppdrag/avtalsinformation/upphandling/oversikt-upphandlingar/](http://www.vardgivarguiden.se/avtalsuppdrag/avtalsinformation/upphandling/oversikt-upphandlingar/)

<sup>4</sup> In vitro-fertilisering (IVF) eller s.k. provrörsbefruktning är en medicinskt etablerad metod för behandling mot ofrivillig barnlöshet. Metoden innebär konstgjord befruktning av kvinnans ägg utanför hennes kropp (*in vitro*). I Sverige genomförs uppskattningsvis över 13.000 IVF behandlingar per år, och som resultat av detta föds runt 3.500 barn.

<sup>5</sup> Se Landstingets e-postmeddelande den 23 mars 2016 från N.N, utredare, Somatisk specialistvård, till en leverantör av tjänster för gynekologisk sjukhusvård och IVF-behandling som hade uttryckt intresse att anmäla sig till vårdvalet.

<sup>6</sup> Enligt uppgift uppgick Landstingets utbetalade ersättningar inom Vårdval gynekologi till 300,811 Mkr. (2015) 294,141 Mkr. (2014) 250,500 Mkr. (2013) samt 194,441 Mkr. (2012). Detta ger ett genomsnittligt värde på (300,811+294,141+250,500+194,441 Mkr./4 =) 259,973 miljoner kronor per år.

<sup>7</sup> Se 2 kap. 3 § LOV.

<sup>8</sup> Med *klassiska sektorn* avses huvudsakligen offentliga myndigheter och offentligt styrda organs upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster som inte ligger inom de s.k. försörjningssektorerna, vatten, energi, transporter och posttjänster.

Med *valfrihetssystem* avses enligt 1 kap. 1 § andra stycket LOV ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten, och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Lagen, som enbart omfattar hälsovårds- och socialtjänster<sup>9</sup>, bygger ytterst på de unionsrättsliga kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster enligt artiklarna 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).<sup>10</sup>

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 7 § LOV sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som i förekommande fall har att iaktta lagens bestämmelser. De som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att ansöka om att delta i ett valfrihetssystem.<sup>11</sup>

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.<sup>12</sup> Gynekologisk sjukhusvård (CPV 85111300-3) och provrörsbefruktning (CPV 85111310-6) utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 25, hälsovård och socialtjänster) enligt Bilaga 2 till LOU som kan upphandlas som valfrihetssystem enligt LOV.

I 1 kap. 2 § LOV anges att den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett *likvärdigt och icke-diskriminerande* sätt och att den upphandlande myndigheten ska iaktta bl.a. de unionsrättsligt grundade principerna om *öppenhet* och *proportionalitet* när den tillämpar valfrihetssystem. Av kraven på *likabehandling* och *öppenhet* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de på lika villkor i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud.<sup>13</sup> Kravet på *icke-diskriminering* innebär vidare ett förbud mot nationell särbehandling på grund av geografiskt ursprung. I specialmotiveringen till 1 kap. 2 § LOV<sup>14</sup> anges bland annat följande.

*”Kravet på likabehandling och icke-diskriminering innebär att alla ansökningar om att delta ska behandlas lika i alla skeden av förfarandet. Faktorer som nationalitet eller etableringsort ska inte spela någon roll. Detta betyder att även företag från andra orter ska ges samma möjlighet att verka som de som kommer från den egna kommunen. De krav som ställs i förfrågningsunderlaget får inte heller gynna någon som kommer från orten eller visst område”.*

*Proportionalitetsprincipen* innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som framstår ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas med förfarandet.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Enligt 1 kap. 1 § LOV gäller lagen när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som är upptagna som B-tjänster i kategori 25 i bilaga 3 till LOU. Från tillämpning undantas dock tjänster för barn- och ungdomsomsorg (CPV 85311300-5).

<sup>10</sup> Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Direktivet har numera, sedan den 18 mars 2016, ersatts med Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Detta s.k. Nya klassiska direktiv har emellertid inte ännu genomförts i svensk rätt, varigenom rättsverkan av det nya direktivet inskränks till att omfatta enbart bestämmelser som har s.k. *vertikal direkt effekt*.

<sup>11</sup> Se 2 kap. 3 § LOV.

<sup>12</sup> *Common Procurement Vocabulary* är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen. CPV klassificerar i ett åttaställigt kodsystem c:a 6.000 varor och tjänster och är tänkt att ersätta olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna – se vidare 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LUF samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

<sup>13</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

<sup>14</sup> Se prop. 2008/09:29, s 137 f.

<sup>15</sup> Se bl.a. prop. 2008/09:29, s. 43 f. samt prop. 2006/07:128, s. 132.

Oavsett vilken typ av tjänst det är fråga om omfattas tilldelningen av offentliga kontrakt, av EUF-fördragets grundläggande principer om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. Detta innebär att i fråga om kontrakt av s.k. B-tjänster som är av ett *gränsöverskridande intresse* ska tilldelningen följa de grundläggande unionsrättsliga principer som framgår av fördraget.<sup>16</sup> För bedömningen om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse har EU-kommissionen angett att bland annat kontraktets föremål och värde, marknadens storlek, struktur, handelspraxis och platsen för utförande av tjänsten ska beaktas.<sup>17</sup> Enligt praxis från EU-domstolen<sup>18</sup> ska ett kontrakt anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse i de fall där leverantörer i andra medlemsstater även kan ha ett intresse av att delta i upphandlingen. EU-domstolen har vidare<sup>19</sup> konstaterat att det ska röra sig om särskilda omständigheter, som att det aktuella kontraktet ”är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende”, för att det ska anses rimligt att anta att upphandlingen skulle sakna intresse för leverantörer i andra medlemsstater.<sup>20</sup>

Bestämmelserna i LOV har, liksom övriga upphandlingslagar, utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid en offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Härigenom skyddas på sikt berörda skattebetalare eller avgiftskollektiv mot onödigt höga kostnader. Vidare motverkas korruption.

Av hänsyn till bl.a. *likabehandlingsprincipen* har det i unionsrättslig praxis inte ansetts möjligt att vid upphandling av sjukvårdstjänster uppställa krav om att den aktuella vårdinrättningen ska ligga i en viss kommun.

I målet *Gruopo Hospitalario Quirón* (C-552/13)<sup>21</sup> hade EU-domstolen att bedöma en upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster i Spanien. Den nationella offentliga hälso- och sjukvården var organiserad i ett system, inte helt olikt det svenska, med en uppdelning i geografiska områden och sjukvårdszoner där en patient som omfattas av rätt till vård ska betjäna av ett offentligt sjukhus i patientens sjukvårdszon. I samband med upphandling av kompletterande hälso- och sjukvårdstjänster uppställde en lokal upphandlande myndighet krav på att vårdinrättningarna måste ligga inom en viss namngiven kommun. Till stöd för detta anfördes bland annat att de aktuella tjänsterna måste tillhandahållas tillräckligt nära patienterna och deras närstående relativt utbudet av kollektivtrafik och restider. I sin bedömning konstaterade EU-domstolen att leverantörer i angränsande områden, som inte kan tillhandahålla de aktuella tjänsterna i en vårdinrättning just i den aktuella kommunen, därmed per automatik kommit att uteslutas från förfarandet, oberoende av om de eventuellt uppfyller de övriga villkoren i förfrågningsunderlagen och de tekniska specifikationerna för nämnda kontrakt. Detta menade domstolen strider mot *principen om likabehandling*, som anger att leverantörer ska tillåtas att delta på lika villkor.

Enligt 8 kap. 1 § LOV ska den upphandlande myndigheten i ett s.k. *tilldelningsbeslut* godkänna samtliga sökande som uppfyller de krav som angetts i annonsen och förfrågningsunderlaget och som inte har uteslutits på grund av obestånd eller fel i yrkesutövningen.<sup>22</sup> Sedan myndigheten har lämnat sitt godkännande ska den, enligt samma kapitel 3 §, utan dröjsmål teckna kontrakt.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i LOV på ett sätt som medfört skada eller riskerat medföra skada för en leverantör ska, efter ansökan enligt 10 kap. 1 § LOV, allmän förvaltningsdomstol besluta om rättelse. Ansökan kan enligt samma kapitel 1 § göras av leverantör som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot en bestämmelse i LOV. Rättelse av tilldelningsbeslut får dock sökas endast av den som inte har godkänts.

<sup>16</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Irland* (C-507/03) EU:C:2007:676 samt prop. 2008/09:29, s. 45.

<sup>17</sup> Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179, 1.8.2006, p. 1.3 andra stycket.

<sup>18</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i målen *kommissionen mot Italien* (C-412/04) EU:C:2008:102, p. 66, *kommissionen mot Irland* (C-507/03), EU:C: 2007:676, p. 30, *Coname* (C-231/03), EU:C:2005:487, p. 17 samt *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) EU:C:2000:669, p. 60-61.

<sup>19</sup> Se det ovannämnda målet *Coname* (C-231-01), p. 20, som gällde direkttilldelning av en förmodad tjänstekoncession.

<sup>20</sup> I Sverige har denna värdegräns satts till f.n. 534.890 kronor eller 28 procent av gällande tröskelvärdet – se 15 kap. 3 § LOU.

<sup>21</sup> Se EU-domstolens dom i *Gruopo Hospitalario Quirón* (C-552/13) EU:C:2015:713.

<sup>22</sup> Se 8 kap. 1 § jämförd med 7 kap. 1 § LOV.

Av samma kapitel 3 § följer även att ansökan ska ges in skriftligen till den förvaltningsrätt där den upphandlande myndigheten har sitt hemvist och i fråga om tilldelningsbeslut ha kommit in till domstolen inom tre veckor från det att en underrättelse om tilldelningen har lämnats.<sup>23</sup>

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOV kan enligt 10 kap. 5 § LOV även bli skyldig att ersätta därigenom uppkommen skada för sökande leverantör. Sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol, och i fråga om beslut om tilldelning inom ett år från det att den upphandlande myndigheten beslutat att inte godkänna sökanden.

### Yttrande

Landstinget har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Landstinget är en sådan upphandlande myndighet som i fråga om bland annat B-tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster, är underkastad regelverken i LOU och LOV.

Som framgår av utredningen har Landstinget etablerat ett valfrihetssystem enligt LOV för specialiserad gynekologisk vård, vilket även planeras utökat med reproduktionsmedicinska tjänster mot ofrivillig barnlöshet (IVS - provrörsbefruktning). Enligt ett villkor i förfrågningsunderlaget innefattar systemet dock en geografisk etableringsbegränsning, innebärande att tjänsterna ska erbjudas inom det geografiska området Stockholms län. Därmed har Landstinget per automatik kommit att utestänga leverantörer med verksamhet i angränsande regioner från möjlighet att delta i förfarandet, oberoende av om de eventuellt uppfyller villkoren i förfrågningsunderlagen och de tekniska specifikationerna för nämnda system i övrigt. Exempelvis har leverantörer med mottagning i angränsande kommuner, såsom Uppsala, Nyköping eller Västerås, uteslutits från att kunna delta i systemet, trots att det för vissa av Landstingets medlemmar skulle kunna framstå som enklare att söka vård där än på någon av de etablerade mottagningarna i Stockholms län.

Såvitt framgår av förarbetena till LOV innebär den i lagen införda principen om *likabehandling* och *icke-diskriminering* att även andra företag ska ges samma möjlighet att verka i systemet än de som de som kommer från den egna kommunen. Detta har bland annat nyligen bekräftats i unionsrättslig praxis, enligt vilken likabehandlingsprincipen ansetts medföra hinder mot att vid upphandling av sjukvårdstjänster uppställa krav på att vårdinrättningen ska ligga i en viss kommun.

Det av Landstinget nu i valfrihetssystem för specialiserad gynekologisk vård uppställda villkoret om att vårdtjänsten ska erbjudas inom Stockholms län är således olagligt och ägnat att snedvrider konkurrensen för leverantörer med mottagningsverksamhet i angränsande kommuner. Det finns därför anledning att kritisera Landstinget. Om Landstinget skulle vägra att godkänna en sökande med mottagning i ett annat län än Stockholm riskerar myndigheten även att få betala skadestånd för därigenom uppkommen skada hos sökanden.

---

<sup>23</sup> När beslut fattats om huruvida en sökande får delta i ett valfrihetssystem ska enligt 8 kap. 2 § LOV den upphandlande myndigheten snarast möjligt lämna underrättelse till sökanden om beslutet och skälen för det.