

Stockholms läns landsting

Upphandling
av akutsjukvård

JURIDISKA RAMBETINGELSER

1.	INLEDNING.....	3
1.1	BAKGRUND, SYFTE.....	3
1.2	UPPHANDLINGSOBJEKTET	3
2.	BESTÄLLARSIDAN	4
3.	LEVERANTÖRSSIDAN	4
3.1	AKUTSJUKHUS SOM DRIVS I FÖRVALTNINGSFORM (PRODUKTIONSSTYRELSEN).....	4
3.2	AKUTSJUKHUS SOM DRIVS I BOLAGSFORM (LANDSTINGSSTYRELSEN).....	5
3.3	PRIVATA AKUTSJUKHUS	5
4.	AVTALSKONSTRUKTIONEN	5
5.	UPPHANDLINGENS RÄTTSLIGA RAMAR.....	6
5.1	LAGSTIFTNING	6
	<i>5.1.1 Gällande lagstiftning.....</i>	<i>6</i>
	<i>5.1.2 Eventuell framtida lagstiftning.....</i>	<i>7</i>
5.2	BESLUT PÅ LANDSTINGSNIVÅ.....	8
	<i>5.2.1 Strategiskrivelser</i>	<i>8</i>
	<i>5.2.2 Vägvalsbeslut.....</i>	<i>8</i>
	<i>5.2.3 Övriga dokument på landstingsnivå.....</i>	<i>8</i>
6.	UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA PROBLEM.....	9
6.1	TILLÄMPLIGT REGELVERK.....	9
6.2	TILLÄMPLIG UPPHANDLINGSFORM.....	9
	<i>6.2.1 Direktupphandling.....</i>	<i>9</i>
	<i>6.2.2 Urvalsupphandling</i>	<i>10</i>
	<i>6.2.3 Förenklad upphandling.....</i>	<i>10</i>
	<i>6.2.4 Slutsats.....</i>	<i>11</i>
6.3	RAMAVTAL OCH AVROPSAVTAL	12
	<i>6.3.1 Om förhållandet mellan ramavtal och avrop från ramavtal.....</i>	<i>12</i>
	<i>6.3.2 Slutsats.....</i>	<i>13</i>
6.4	KONKURRENSUTSÄTTNING OCH EGNA ANBUD.....	13
	<i>6.4.1 Egenregiverksamhet och externa vårdgivare i samma upphandling.....</i>	<i>13</i>
	<i>6.4.2 Slutsats.....</i>	<i>14</i>
7.	AVSLUTANDE ANMÄRKNINGAR	14

1. INLEDNING

1.1 Bakgrund, syfte

Stockholms läns landsting ("Landstinget") planerar att genomföra en upphandling av all akutsjukvård inom Landstinget. Omfattningen av upphandlingen är inledningsvis en avtalstid om fem år, med förlängningsoption av två år, till en planerad kostnad av tio miljarder kronor per år. Detta gör upphandlingen till den i särklass största upphandlingen i sitt slag i Sverige. Såvitt är känt har hittills någon upphandling av den aktuella komplexiteten inte heller skett tidigare.

Syftet med detta dokument är att lämna en kort redogörelse för de rättsliga frågor som aktualiseras i samband med upphandlingen. En stor del av framställningen behandlar den renodlade upphandlingsrättsliga problematiken. Även andra rättsliga frågor beaktas i den mån de påverkar de upphandlingsrättsliga betingelserna.

Till de rättsliga frågorna kommer andra frågor som måste beaktas i upphandlingen. Dessa är bl.a. frågor rörande tillgången till lokaler för verksamhetens bedrivande och IT-samordningsfrågor. Dessa frågor, som är förhållandevis komplicerade, är under utredning och kommer att behandlas i ett annat dokument.¹

1.2 Upphandlingsobjektet

Hälso- och sjukvårdsnämnden i Stockholms läns landsting ("HSN") har beslutat att all *akutsjukvård* inom Landstingets geografiska område skall upphandlas. Inledningsvis skall konstateras att "akutsjukvård" inte är ett klart definierat begrepp. För att kunna genomföra upphandlingen korrekt är det viktigt att klargöra vad det är som skall upphandlas, och i vilken utsträckning detta kan delas upp på flera upphandlingar.

För att definiera upphandlingsobjektet har Landstinget utgått från begreppet "akutsjukhus". Akutsjukhus definieras i vårdlagstiftningen som vårdinrättning som är inrättad för slutenvård och som har särskild akutmottagning för den som behöver omedelbar hälso- och sjukvård.² Landstinget har konstaterat att den vård som erbjuds på ett akutsjukhus kan delas upp i fyra segment:

1. Sällan förekommande vård;
2. akutsjukvård som kräver sjukhusets resurser;
3. akutsjukvård som inte kräver sjukhusets resurser; och
4. akut omhändertagande.

¹ Som exempel på lokalfrågor kan nämnas att samordning måste ske mellan Landstingets fastighetsförvaltande bolag (Locum) och HSN för att säkerställa att leverantör av akutsjukvård alltid har tillgång till akut-sjukhuset. Som exempel på IT-samordningsfrågor kan nämnas att alla leverantörer måste använda samma programvaror för att säkerställa Landstingets journalhanteringsansvar.

² 2 § 2 st Lag (2000:1440) om inskränkning i landstingets rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan.

Det landstingspolitiska grundkravet är att akutsjukhusen måste vara dimensionerade så att det är möjligt att garantera att de patienter som uppsöker akutmottagningen kan erhålla vård vid sjukhuset, d.v.s. samtliga specialiteter måste finnas tillgänglig med tillräcklig volym. Detta krav omfattar segmenten (1), (2) och (4) ovan.

För att säkerställa kraven enligt (1), (2) och (4) ovan är det nödvändigt att akutsjukhusen är dimensionerade så att en viss överkapacitet, jämfört med behovet av just akutsjukvård, uppnås. Det är emellertid inte ekonomiskt försvarbart att låta överkapaciteten vara oanvänd, d.v.s. allokerad endast till akutsjukvården. Vårdgivaren behöver också utnyttja akutsjukhusets personella resurser och utrustning i övrigt i övriga kategorier sjukvård för att de investeringar som krävs för ett modernt sjukhus skall vara ekonomiskt försvarbara. Den minsta möjliga totalvolym (summan av akutsjukvård och övrig sjukvård) som behövs för att tillgodose det landstingspolitiska grundkravet har hittills i arbetet benämnts som "*en sammanhållen akutsjukvård*".

2. BESTÄLLARSIDAN

Beställarsidan utgörs av Landstinget. Med den planerade avtalskonstruktionen kommer Landstinget som beställare att sluta avtal på två nivåer, dels centralt genom HSN-staben, dels lokalt i respektive sjukvårdsområde genom sjukvårdsstyrelsen. Den planerade avtalskonstruktionen och vissa därmed sammanhängande frågor behandlas mer utförligt i avsnitt 4 och 6.3 nedan.

3. LEVERANTÖRSSIDAN

Leverantörerna skall enligt nuvarande avtalskonstruktion sluta avtal med Landstinget på två nivåer (se ovan under avsnitt 2).

Leverantörssidan utgörs av tre kategorier leverantörer: akutsjukhus som drivs direkt av Landstinget (i förvaltningsform), akutsjukhus som drivs i av Landstinget helägda bolag, samt slutligen akutsjukhus som drivs av vårdbolag utan ägarintresse av Landstinget. Dessa former genomgås nedan.

3.1 Akutsjukhus som drivs i förvaltningsform (Produktionsstyrelsen)

Fyra akutsjukhus i länet drivs för närvarande i förvaltningsform: Norrtälje sjukhus, Södertälje sjukhus, Södersjukhuset och Karolinska sjukhuset. Utmärkande för dessa akutsjukhus är att det är Landstinget direkt som genom Produktionsstyrelsen (Landstingets utförarenheters centralt samordnande styrelse) ansvarar för alla delar av driften.

3.2 Akutsjukhus som drivs i bolagsform (Landstingsstyrelsen)

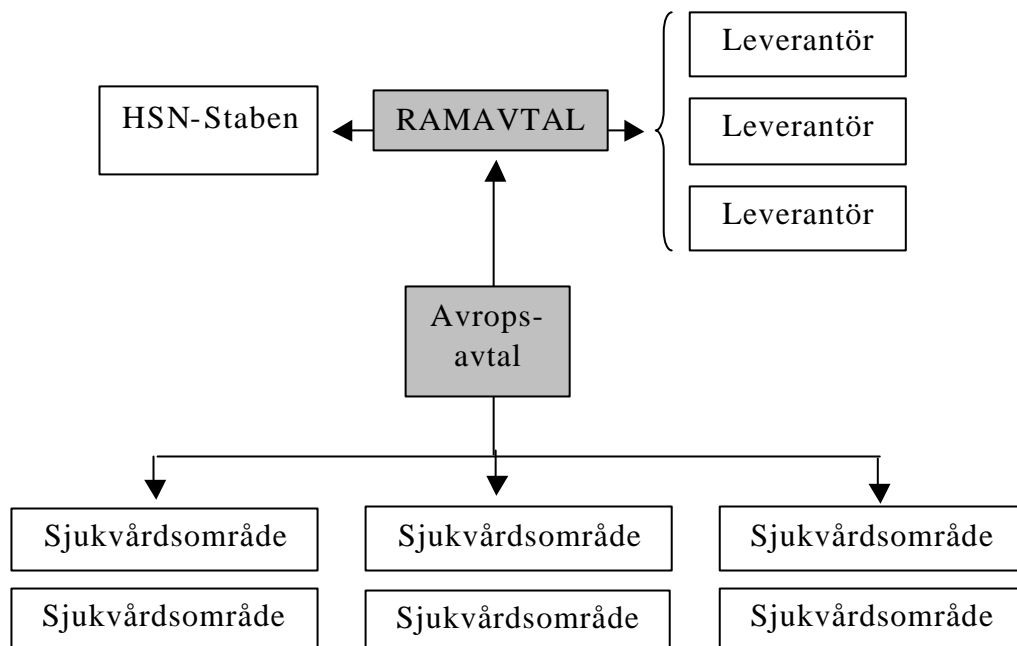
Två akutsjukhus i länet bedrivs i helägd bolagsform: Huddinge Universitetssjukhus AB (med S:t Eriks Ögon AB som helägt dotterbolag) och Danderyds sjukhus AB. Utmärkande för denna typ av drift är att det är HSN/sjukvårdsområdena som tecknat avtal med de helägda bolagen.

3.3 Privata akutsjukhus

Ett akutsjukhus, S:t Görans sjukhus, bedrivs som privat akutsjukhus, ägt av Capio AB. Även i detta fall drivs verksamheten genom ett avtal mellan HSN/sjukvårdsområdena och Capio AB.

4. AVTALSKONSTRUKTIONEN

Avsikten i den kommande upphandlingen är att avtal med leverantörerna skall slutas på två nivåer. HSN tecknar som representant för Landstinget ramavtal med de leverantörer som kommer att väljas ut. Ramavtalen skall behandla s.k. landstingsgemensamma frågor. Hit hör frågor om patientens valfrihet, pris, takvolym och objektbeskrivning.



Sjukvårdsområdena sluter sedan avropsavtal med leverantörerna. Avropsavtalen skall behandla vissa områdesspecifika aspekter i akutsjukvården. Hit hör frågor om sjukvårdsområdets särskilda behov (t.ex. särskilda vårdlösningar för invandrare, kvinnor m.m.). De upphandlingsrättsliga aspekterna på förhållandet mellan ramavtal och avropsavtal behandlas utförligare i avsnitt 6.3.

5. UPPHANDLINGENS RÄTTSLIGA RAMAR

5.1 Lagstiftning

Lagen om offentlig upphandling är inte konstruerad för så komplicerade upphandlingsobjekt som akutsjukvård. Någon upphandling av akutsjukvård av den omfattning som den nu planerade upphandlingen har inte heller tidigare företagits någonstans inom EU. Det är därför av vikt att beslutsfattandet i samband med upphandlingen, och upphandlingen i sig, sker med dessa förhållanden i beaktande. Det är också nödvändigt att bevaka och om möjligt bedöma konsekvenserna av de lagstiftningsansatser som görs på området och som kan påverka betingelserna för upphandlingen.

5.1.1 Gällande lagstiftning

Följande lagstiftning kommer att behöva beaktas i samband med upphandlingen.

1. *Lag (1992:1528) om offentlig upphandling ("LOU")*. Se avsnitt 6 nedan angående de särskilda begränsningar som följer av LOU.
2. *Lag (2000:1440) om inskränkning i Landstingets rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan* (den s.k. "Stopplagen"). Stopplagen kan karakteriseras som en utpräglat partipolitisk lagstiftning som förhindrar Landstinget att överlämna driften av akutsjukvård till den som avser att driva verksamheten i *vinstsyfte*. Stopplagen gäller till utgången av år 2002.³

Trots att "vinstsyfte" är ett centralt begrepp i Stopplagen är begreppet inte klart definierat. I propositionen till lagen diskuteras inte begreppet annat än inom ramen för frågan om risken för kringgående genom koncernbidrag och överprissättning.⁴

Vinstbegreppet, och framförallt dess förhållande till den kommunala självkostnadsprincipen, behandlas i utredningen "*Mera värde för pengarna*" (SOU 2001:31). Utredningskommittén konstaterar att det faktum att en viss kommunal verksamhet ger överskott inte behöver innebära en överträdelse av självkostnadsprincipen, förutsatt att eventuella överskott används till återinvesteringar istället för till vinstutdelningar.

Enligt övergångsbestämmelserna gäller lagen inte akutsjukhus som vid ikraftträdandet drivs enligt avtal med Landstinget. När avtalet med dessa upphör måste emellertid en ny upphandling göras. Om det i det läget visar sig att akutsjukhuset är vinstdrivande, får förnyat avtal inte slutas.

³ Genom dir. 2000:103 har en särskild utredare givits i uppdrag att utreda förutsättningarna för att införa särskilda tröghetsregler vid beslut om stora förändringar av ägar- eller driftsformer inom vården samt lämna förslag till sådana regler. Utredningen skall bl.a. omfatta en analys av behovet och möjligheterna att påföra sanktioner mot landsting som bryter mot Stopplagen. Utredningen skall enligt direktivet lämna ett delbetänkande senast den 30 september 2001.

⁴ Prop 2000/01:36 "*Sjukhus med vinstsyfte*"

3. *Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)* ("HSL") sätter gränser för det vårdkvalitetsmässiga resultatet av upphandlingen. Enligt HSL skall sjukvården bedrivas så att den uppfyller kraven på en god vård, vara lätt tillgänglig och ta hänsyn till principen om patientens fria val.

Enligt HSL ansvarar Landstinget för att de inom Landstinget bosatta personerna erbjuds vård som uppfyller kraven enligt HSL. Detta ansvar benämns ibland "huvudmannaansvaret". Landstinget får visserligen sluta avtal med annan om att utföra de uppgifter som Landstinget ansvarar för. Landstingets huvudmannaansvar påverkas dock inte av att Landstinget ingår sådana avtal. Det faktum att Landstinget trots avtal med annan kvarstår som ansvarig i förhållande till kommuninnevånarna medför stora krav på dynamik i avtalen. Bland annat är begreppet "god vård" ett flytande kvalitetsbegrepp som får sitt innehåll t.ex. genom HSN:s arbete. Avtalen måste därför ge Landstinget rätt att ställa samma krav på leverantörerna, med verkningfulla sanktionsmöjligheter, som ställs på Landstinget i dess roll som huvudman för vården.

5.1.2 *Eventuell framtida lagstiftning*

Förutom gällande lagstiftning kommer i det fortsatta arbetet också följande framtida eventuella lagstiftning att bevakas.

Ändringar i LOU. Upphandlingskommitténs slutbetänkande⁵ innehåller en rad förslag på ändringar i LOU med avseende på en förändrad hälso- och sjukvård. Betänkandet behandlar bl.a. de upphandlingsrättsliga effekterna av en konkurrensutsättning av hälso- och sjukvårdstjänster, avknoppning av tidigare kommunalt styrd verksamhet och bolagisering av verksamhet som tidigare bedrivits i förvaltningsform.

Vid samtal med företrädare för kommittén har det framkommit att det är osäkert i vilken utsträckning betänkandet kommer att leda till lagstiftning. Det är dessutom sannolikt att sådan lagstiftning ligger så långt fram i tiden att den inte kommer att påverka den nu planerade upphandlingen. Betänkandet behandlas därför inte ytterligare i denna framställning.

Ny Stopplag. I propositionen till Stopplagen anges att lagen sannolikt kommer att ersättas med ett nytt regelverk under mandatperioden.

⁵ SOU 2001:31, "*Mera värde för pengarna*".

5.2 Beslut på Landstingsnivå

5.2.1 Strategiskrivelser

HSN-stabens strategiskrivelse daterad den 7 november 2000, "Upphandling av akutsjukvård inför 2004 – strategi". I skrivelsen lanseras idén om segmentering av den totala volymen i flera mindre volymer. I skrivelsen föreslås att vissa volymer skall direktupphandlas. Någon diskussion av den lagliga grunden för detta återfinns inte i skrivelsen.

I skrivelsen definieras också vilka vårdkvalitativa grundvärden som skall beaktas vid upphandlingen. Dessa är att upphandlingen skall ske på ett sådant sätt att följande värden säkerställs: akutsjukhusens struktur, patienternas valfrihet och universitetssjukhusens oförändrade roll att fullfölja sitt forsknings-, utvecklings- och utbildningsuppdrag, att kompetent och engagerade personal bibehålls, att förutsättningar för mångfald skapas, samt att samordning mellan central och lokal nivå sker i samband med upphandlingen.

5.2.2 Vägvalsbeslut

Det finns ett diskussionsunderlag av den 13 mars 2001, upprättat av HSN-staben, som behandlar frågor av vägvalskaraktär för den kommande upphandlingen av akutsjukvård. Underlaget tar bl.a. upp frågor om framtida ersättningssystem, kvalitetsuppföljning, totalkostnadskontroll och beskrivning av vårdtjänsten. Ännu är dock inga beslut av vägvalskaraktär fattade.

5.2.3 Övriga dokument på landstingsnivå

Landstingsrevisorerna har låtit en konsult genomföra en riskanalys av den planerade upphandlingen. Analysen syftar till att ge synpunkter på vilka risker som upphandlingen innebär. Analysen tycks inte vara avsedd att i detalj redogöra för LOU, men vissa ansatser till upphandlingsrättslig analys har även inbegripits i framställningen. Värdet av analysen i de upphandlingsrättsliga delarna måste emellertid ifrågasättas.⁶

⁶ Bland annat anges i dokumentet att upphandlingen av akutsjukvård endast i begränsad omfattning omfattas av LOU:s regler om "öppen upphandling", vilket är en upphandlingsform som över huvud taget inte står till buds vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU. Vidare anges att upphandlingen istället huvudsakligen kommer att genomföras genom "direkt upphandling", vilket – såvitt kan förstås – torde vara uteslutet. I analysen anges också att LOU kan hämma möjligheten att skapa mångfald eftersom mindre aktörer kan ha svårt att leva upp till de krav och den formalia som LOU ställer. Någon möjlighet för Landstinget att underlåta att tillämpa LOU på dessa grunder finns inte.

6. UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA PROBLEM

6.1 Tillämpligt regelverk

Akutsjukvård faller inom ramen för begreppet hälso- och sjukvårdstjänster. Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster utgör enligt bilagan till LOU kategori B-tjänster. Upphandling av B-tjänster styrs av 6 kap. LOU, som är en jämförelsevis mindre långtgående upphandlingsreglering (sett i förhållande till sådana tjänster som enligt bilagan till LOU utgör kategori A-tjänster, och som regleras enligt 5 kap LOU).

6.2 Tillämplig upphandlingsform

Upphandling enligt 6 kap LOU kan sedan 1 januari 2001 ske på tre sätt: genom förenklad upphandling, genom urvalsupphandling eller genom direktupphandling. De olika upphandlingsformerna genomgås nedan.

6.2.1 Direktupphandling

Lagstiftarens avsikt har varit att upphandling av de aktuella tjänsterna huvudsakligen skall ske genom *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. Detta framgår av lagtexten.⁷ *Direktupphandling*, d.v.s. upphandling där den upphandlande enheten vänder sig direkt till en leverantör utan att infordra ett skriftligt anbud, är således endast undantagsvis tillämplig. I LOU anges de särskilda fall då direktupphandling får ske. Dessa är då upphandlingens värde är lågt eller då det finns synnerliga skäl. (Upphandling till lågt värde saknar relevans för detta dokument och lämnas därför därhän.)

Synnerliga skäl antas främst innebära synnerlig brådska på grund av omständigheter som den upphandlande enheten inte kunnat förutse eller varit skyldig till. Därför exemplifieras just detta fall i lagtexten. Utöver detta fall är undantagets tillämpbarhet oklar. Det får antas att utrymmet att använda direktupphandling är ytterst begränsat, vilket klargörs av att det måste röra sig om *synnerliga skäl*. Begreppet "synnerliga skäl" används i lagtextsammanhang för att markera att de skäl som skall vara uppfyllda för att den aktuella lagregeln skall kunna tillämpas, skall vara av närmast extrem undantagskaraktär. Det sätt som lagstiftaren använder för att markera ett ökat tillämpningsområde för den aktuella regeln är att använda i fallande ordning "särskilda skäl" eller enbart "skäl".

För att undantagets omfattning skall kunna bedömas, skall också påpekas att LOU till stora delar utgör ett införlivande av EG-direktiv. Visserligen har 6 kap. LOU tillkommit på svenskt initiativ. Huvudsakligen har dock terminologin och det sakliga innehållet i kapitlet hämtats från direktivtexterna, varför tolkningen av kapitlets stadganden inte får stå i strid mot de tolkningar av direktiven som gjorts av EG-domstolen. EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen fastslagit att eventuella undantag från gemenskapslagstiftning skall tolkas restriktivt, för att tillförsäkra största möjliga genomslagskraft för lagstiftningens syfte.

⁷ Se LOU 6 kap 2 § st 1 och 2.

Thomas Hallgren, huvudsekreterare för Upphandlingskommittén, har visserligen angivit att begreppet "synnerliga skäl" även skulle kunna omfatta situationer där annan upphandlingsform är skadlig eller kontraproduktiv. Detta skulle t.ex. kunna innebära att synnerliga skäl föreligger vid upphandlingar där kostnaderna för upphandlingsförfarandet är oproportionellt stora i förhållande till det upphandlades värde, eller där upphandlingsformen i sig riskerar att försämra kvaliteten i det som upphandlats. Uttalandet är intressant för framtida upphandlingar av vård, men bör i dagsläget inte läggas till grund för en bedömning av utrymmet för direktupphandling enligt nu gällande regler.

Till följd av EG-medlemsskapet måste Sverige dessutom effektuera principerna i de grundläggande gemenskapsrättsliga fördragsakterna och se till att dessa tillämpas vid tolkningen av kapitlets stadganden. 6 kap. LOU får således inte stå i strid med EG:s grundläggande regler om t.ex. likabehandling, transparens och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att direktupphandling endast får tillämpas i mycket begränsad omfattning. Det måste vara frågan om ett undantagsfall som uttryckligen föreskrivs i LOU. Undantaget skall i linje med EG-domstolens principer dessutom tillämpas med restriktivitet.

6.2.2 *Urvalsupphandling*

Från och med den 1 januari 2001 kan upphandling enligt 6 kap LOU ske genom en ny upphandlingsform, *urvalsupphandling*. Den innebär att alla leverantörer i en första omgång får ansöka om att få lämna anbud. I en andra omgång bjuder den upphandlande enheten in vissa av sökanden att lämna anbud.

Urvalsupphandling är främst lämplig då antalet potentiella leverantörer är stort, och en första gallring anses nödvändig för att effektivisera upphandlingsförfarandet. Ovan har nämnts att upphandlingsobjektet för den planerade upphandlingen måste definieras så att en sammanhållen akutsjukvård säkerställs. Oavsett hur upphandlingsobjektet slutligen kommer att definieras, är det klart att bedrivandet av akutsjukvård kräver så stora resurser av leverantören att antalet leverantörer är relativt begränsat.

Urvalsupphandling kan därför inte anses vara en lämplig upphandlingsform för den planerade upphandlingen.

6.2.3 *Förenklad upphandling*

Förenklad upphandling är ett skriftligt och formellt förfarande med infordran av skriftliga anbud. I de allra flesta fall måste upphandlingen annonseras. Annonsering skall ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Det är tillåtet att *utöver* annonseringen också särskilt tillfråga vissa leverantörer.⁸

Enligt LOU får den upphandlande enheten förhandla med en eller flera anbudsgivare inom ramen för förenklad upphandling. Förhandling kan principiellt sett avse alla avtalsvillkor, d.v.s. även kommersiella villkor såsom pris. Här finns dock

⁸ Särskilt tillfrågande av viss eller vissa leverantörer får alltså inte ersätta annonsering.

skäl att framhålla att förhandling har ansetts medföra viss risk för konkurrens-snedvridande särbehandling. Detta gäller i synnerhet, men inte uteslutande, om inte alla anbudsgivare ges möjlighet att förhandla.

Den upphandlande enheten kan, i fyra undantagsfall, tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande där endast en leverantör kontaktas.

1. Om det vid en annonserad förenklad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats,
2. om de produkter upphandlingen avser framställts enbart för forskning, utveckling, studier eller experiment, under förutsättning att detta inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,
3. om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl, eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en viss leverantör,
4. i vissa fall då det är fråga om tilläggsleveranser.

Förenklad upphandling där den upphandlande enheten endast vänder sig till en leverantör skall inte sammanblandas med direktupphandling. Vid förenklad upphandling fordras, till skillnad från vad som gäller vid direktupphandling, att ett skriftligt förfrågningsunderlag upprättas. På så sätt avslöjas det inte för leverantören att han är ensam anbudsgivare, vilket normalt har en positiv inverkan på dennes benägenhet att leverera ett konkurrensbaserat och därmed marknadsanpassat anbud.

Det bör understrykas att denna typ av förenklad upphandling utgör ett undantag från kravet på annonsering. I linje med vad som konstaterades ovan rörande direktupphandling är således restriktivitet påkallad i tillämpningen.

Vad gäller den planerade upphandlingen förefaller det osannolikt att något av de fyra ovan angivna undantagen skulle vara tillämpliga.

6.2.4 *Slutsats*

Landstingets upphandling av akutsjukvård bör ske enligt reglerna om *förenklad upphandling med annonsering*.

Direktupphandling är ett endast undantagsvis tillämpligt upphandlingsförfarande. Formuleringen i lagtexten talar, tillsammans med en allmän restriktivitet i tillämpningen av undantag, för att utrymmet för att tillämpa detta upphandlingsförfaranden är begränsat. Det är därför inte lämpligt att räkna med att upphandlingen av akutsjukvård skulle falla inom ramen för undantagets tillämpningsområde.

Förenklad upphandling där endast en leverantör tillfrågas är även det ett endast undantagsvis tillämpligt upphandlingsförfarande. Mot bakgrund av den princip om restriktivitet vid tillämpningen av undantag som ovan redogjorts för, och formuleringen i lagtexten är utrymmet för att tillämpa detta upphandlingsförfarande begränsat. Det är således inte lämpligt att räkna med att upphandlingen av akut-sjukvård faller inom ramen för undantagets tillämpningsområde.

Urvalsupphandling är, på grund av det relativt ringa antalet potentiella leverantörer av upphandlingsobjektet, inte en lämplig upphandlingsform för den planerade upphandlingen.

6.3 Ramavtal och avropsavtal

6.3.1 Om förhållandet mellan ramavtal och avrop från ramavtal

Som konstaterats ovan i avsnitt 4 kommer de avtal som upphandlingen resulterar i att slutas på två nivåer – ramavtal mellan HSN/sjukvårdsområdena och leverantör och avtal om avrop från ramavtalet mellan sjukvårdsområde och leverantör. Enligt de avtalsutkast som hittills framtagits är avropsavtalet till stor del att betrakta som en delegering av rätten att avropa volymer från ramavtalet. Delegeringen sker från Landstingets centrala nivå till sjukvårdsområdena. Den rättsliga analysen i denna del tar sin utgångspunkt från denna uppfattning.

Ramavtal definieras i LOU som avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa *samtliga villkor* för avrop som görs under en viss period.⁹ Om ramavtal sluts på det sätt som anges i LOU behöver den upphandlande enheten inte upphandla de enskilda avropen som görs mot ramavtalet. Man skulle kunna uttrycka det så att en avtalskonstruktion med ramavtal och underliggande avropsavtal utgör ett undantag från huvudregeln om att all offentlig konsumtion av varor och tjänster skall upphandlas.

Ovan angavs att ramavtal enligt LOU definierats som avtal i vilket *samtliga villkor* angetts. Den planerade avtalskonstruktionen med ett ramavtal innehållande landstingsgemensamma frågor såsom avtalsvillkor avseende patientens valfrihet, pris, takvolym och objektbeskrivning och avropsavtal med vissa områdesspecifika regler såsom frågor om det aktuella sjukvårdsområdets särskilda behov (t.ex. särskilda vårdlösningar för invandrare, kvinnor m.m.) kan därmed riskera att tolkas som ett avtalande om särskilda villkor som inte följer av ramavtalet. För att minska den risken är det således viktigt att ramavtalet formuleras på ett sätt som täcker in alla villkor, t.ex. genom att det däri anges vilka områdesspecifika förutsättningar som varje sjukvårdsområde har rätt att innefatta i sina avrop.

Nämnden för offentlig upphandling ("NOU") har utlåtits om ramavtal med flera anbudsgivare och delegering av avropsrätten.¹⁰ I utlåtandet ifrågasätts om tecknandet av centraliserade ramavtal för ett stort område med en senare delegering av avrop till många beställare är ett lämpligt tillvägagångssätt. NOU konsta-

⁹ LOU 1 kap 5 §.

¹⁰ NOU:s utlåtande 203/96-21

terar att avsikten med en sådan samordning främst bör vara att upphandling av stora mängder skall ske på förmånligare villkor än vad varje enhet kan åstadkomma för sig. (I kalkylen måste bl.a. den tid och de kostnader som separata upphandlingar hade fört med sig beaktas.)

6.3.2 *Slutsats*

Landstinget måste lägga sig vinn om att samtliga villkor för avrop fastställs i de ramavtal som ingås mellan HSN/sjukvårdsområdena och respektive vårdgivare. Enskilda avrop behöver i sådana fall inte upphandlas separat.

Avrop mot ramavtalet som innebär avvikelser från innehållet i ramavtalet betraktas som ett anskaffande för vilket offentlig upphandling krävs. I ramavtalet måste det således anges att upphandlingsobjektets särskilda karaktär innebär att det måste tas hänsyn till områdesspecifika förutsättningar, liksom även vilka dessa förutsättningar är.

6.4 **Konkurrensutsättning och egna anbud**

6.4.1 *Egenregiverksamhet och externa vårdgivare i samma upphandling*

Så länge all akutsjukvård inom Landstinget bedrevs i förvaltningsform var ingen upphandling enligt LOU nödvändig. Det var då enbart fråga om anskaffande inom en och samma juridiska person, vilket enligt svenska upphandlingsrättsliga principer inte är att betrakta som en upphandling.

I nuläget råder emellertid en situation där det finns tre olika kategorier av leverantörer av akutsjukvård (se ovan under avsnitt 3). Förutom fyra akutsjukhus som drivs i förvaltningsform finns också två akutsjukhus som drivs av landstingsägda bolag och ett akutsjukhus som drivs i helt privat regi.

Genom att det idag finns fler leverantörer av akutsjukvård har en situation av faktisk konkurrens uppstått. Att det idag finns konkurrens på marknaden är en förutsättning för att den planerade upphandlingen skall kunna leda fram till åsyftat resultat. Tanken är att alla leverantörer, oavsett organisationsform och ägande, skall konkurrera om akutsjukvården. Att konkurrensen om tillhandahållandet av tjänsten sker på ett rättvist sätt skall säkerställas genom upphandlingsförfarandet.

De fyra akutsjukhusen som bedrivs i förvaltningsform utgör delar av den upphandlande enheten. Det har ifrågasatts i vad mån del av en upphandlande enhet kan medverka som anbudsgivare i en upphandling som genomförs av en annan del av den upphandlande enheten (s.k. egenregi-anbud). Det skulle nämligen kunna befaras att sådan anbudsgivare till följd av sitt nära förhållande till den upphandlande enheten fick konkurrensmässigt sett bättre villkor än övriga anbudsgivare. Det kan också finnas andra förhållanden som kan påverka konkurrenssituationen på ett sätt som är negativt för de utomstående anbudsgivarna.¹¹

¹¹ Bland annat har vid något tillfälle den situationen uppkommit inom Landstinget att ett landstingsägt bolag på grund av skatteregler fått en konkurrensfördel framför andra privaträttsligt ägda aktörer.

NOU har uttalat att det inte föreligger något principiellt hinder mot egenregi-anbud så länge den upphandlande enheten är faktiskt uppdelad mellan en beställarfunktion och en utförarfunktion.¹²

Därutöver anser NOU att det är viktigt att se till att enhetens medverkan inte innebär att konkurrensen snedvrids. Egenregiverksamheten får inte särbehandlas vad gäller villkor i förfrågningsunderlag och anbudstid, och inte heller ges något inflytande på utformning av förfrågningsunderlag eller i anbudsvärderingsfasen.

6.4.2 *Slutsats*

Det är upphandlingsrättsligt möjligt att genomföra en upphandling med anbud från såväl egenregiverksamhet som externa anbudslämnare. Detta ställer dock särskilda krav på den upphandlande enheten att inte snedvrیدا konkurrensen.

7. AVSLUTANDE ANMÄRKNINGAR

Framställningen pekar på vilka fundamentala frågeställningar av upphandlingsrättslig karaktär som Landstinget måste behandla i samband med den planerade upphandlingen av akutsjukvård.

Framställningen visar också att dessa frågeställningar är komplicerade, och att det kommer att krävas mycket arbete med att samordna hänsynen till upphandlingsreglerna med de övriga rättsliga och politiska hänsyn Landstinget måste ta inom ramen för upphandlingen.

Det skall här understrykas att LOU är tvingande lag. Den självklara utgångspunkten är därför att LOU skall följas. Underlåtenhet att följa lagen kan få kända ekonomiska konsekvenser för Landstinget i form av tidsödande och kostsamma processer och dryga skadestånd. Genom att medvetandegöra de upphandlingsrättsliga problemen och den risk som en underlåtenhet att följa LOU innebär, och genom att låta den erfarenheten ligga till grund för det kommande beslutsfattandet, ökar enligt vår uppfattning Landstingets möjligheter att genomföra ett rättsligt korrekt förfarande i samband med den planerade upphandlingen av akutsjukvård väsentligt.

¹² NOU info 93-95, s 14.