

Ert datum:  
2021-10-19

Datum:  
2022-01-31

Er ref:  
S2021/06996

Diarienummer:  
UHM-2021-0214

Socialdepartementet  
s.remissvar@regeringskansliet.se

# Reglering av privata sjukvårdsförsäkringar (SOU 2021:80)

Upphandlingsmyndigheten har getts möjlighet att lämna ett yttrande över betänkandet *Reglering av privata sjukvårdsförsäkringar (SOU 2021:80)*.

Upphandlingsmyndigheten har det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter. Upphandlingsstödet ska bland annat inriktas på att bidra till att upphandlingar planeras, genomförs, följs upp och utvärderas på ett ändamålsenligt sätt. Myndigheten ska även ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Upphandlingsmyndighetens synpunkter inriktas sig i första hand på de övervägningar och förslag som avser regionernas avtal med privata vårdgivare (särskilt avsnitt 13.4).

## 1. Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten anser att det remitterade betänkandet är välskrivet, välstrukturerat och välmotiverat. Upphandlingsmyndigheten instämmer på ett övergripande plan i utredningens ambition att skapa ett regelverk som möjliggör kontroll av att privata vårdgivare inte prioriterar patienter med privat finansiering framför patienter vars vårdtjänster finansieras med offentliga medel.

Upphandlingsmyndigheten vill dock framhålla att utredningens uppdrag och förslag inte syftar till att motverka orsaken till att så många medborgare upplever ett behov av privata sjukvårdsförsäkringar. Förslagen syftar närmast till att komma till rätta med ett symptom på att många medborgare upplever en bristande tillgång till vård, och inte själva grundorsaken. De regionala skillnaderna i tillgången till vård är sannolikt av större betydelse för medborgarna än risken att vissa privata vårdgivare prioriterar patienter med privat sjukvårdsförsäkring.

Ert datum:  
2021-10-19

Datum:  
2022-01-31

Er ref:  
S2021/06996

Diarienummer:  
UHM-2021-0214

Upphandlingsmyndighetens huvudsakliga synpunkt gäller hur uppföljning och kontroll av att privata vårdgivare efterlever behovs-solidaritetsprincipen bör regleras. Som upphandlingsrättslig utgångspunkt gäller att det inte finns något generellt hinder mot att ställa krav på att vårdgivare lever upp till offentligrättslig lagstiftning – inklusive hälso- och sjukvårdslagen – vid kontraktets utförande. Detta är ofta lämpligt och upphandlande organisationer bör därför säkerställa att de har möjlighet att vidta avtalsrättsliga sanktioner mot leverantörer som inte lever upp till sådana krav. Inte heller finns det något principiellt hinder mot att vårdgivarna ska lämna information om även andra uppdragstagare så länge behovet av informationen har en tydlig koppling till de krav som ställs på vårdgivaren i upphandlingen. Att utforma sådana krav så att de kopplar till föremålet för kontraktet och är förenliga med principen om proportionalitet kan dock innebära svåra avvägningar. Förhållanden i enskilda upphandlingar kan avgöra om regionernas avtalsvillkor i detta avseende är förenliga med proportionalitetsprincipen eller inte. Det tycks också vara möjligt för privata vårdgivare att genom organisatoriska åtgärder minska den möjlighet till insyn som förslagen syftar till, till exempel genom att dela upp sin verksamhet i olika bolag.

Förslaget innebär en tung utredningsbörda på upphandlande myndigheter. Det kan ifrågasättas om inte privata aktörers efterlevnad av offentligrättslig lagstiftning som utgångspunkt ska säkerställas genom tillsyn av de myndigheter som utövar tillsyn över dessa regelverk. Förutom att statlig tillsyn inte aktualiserar samma upphandlingsrättsliga frågeställningar ger den större möjligheter att säkerställa en enhetlig tillämpning av behovs-solidaritetsprincipen över landet. Upphandlingsmyndigheten framhåller att ett alternativ är att privata vårdgivares efterlevnaden av den hälso- och sjukvårdsrättsliga behovs-solidaritetsprincipen säkerställs genom statlig tillsyn.

## **2. Upphandlingsmyndighetens huvudsakliga synpunkter på betänkandet**

### **2.1 Krav om flera uppdragsgivare (avsnitt 6.6.2 och 13.4)**

#### **2.1.1 Utredningens bedömning och förslag**

Utredningen föreslår att regionerna i sina avtal med vårdgivare ska ange hur det säkerställs att vårdgivarens övriga uppdrag inte påverkar de uppgifter som har överlämnats, och att det i avtalet ska anges hur detta följs upp är förenligt med proportionalitetsprincipen (s. 408). Utredningen konstaterar att flera regioner upplever att det finns en rättslig osäkerhet avseende vilka krav som regionerna kan ställa på privata vårdgivare som har koppling till vårdgivarens övriga uppdrag. Flera regioner ställer därför inte krav i relation den privata vårdgivarens andra uppdrag, till exempel i fråga om hur de olika uppdragen får påverka varandra (s. 231). Utredningen bedömer att förslaget är förenligt med den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen (s. 422–423).

Ert datum:  
2021-10-19

Datum:  
2022-01-31

Er ref:  
S2021/06996

Diarienummer:  
UHM-2021-0214

### **2.1.2 Utredningens tolkning av behovs-solidaritetsprincipens betydelse i vissa fall**

Utredningens förslag i denna del utgår från en tolkning av den så kallade behovs-solidaritetsprincipen i hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL. Innebörden av principen är enligt utredningen att både den författningsreglerade vårdgarantin och andra avtalade tidsgränser är underordnade behovs-solidaritetsprincipen, som enligt utredningens innebär att en vårdgivare som bedriver både offentligfinansierad och privatfinansierad vård ska göra en medicinsk bedömning av patientens behov oavsett hur patientens vård är finansierad. Vårdgivarna får alltså inte ge patienter med försäkring vård före offentligt finansierade patienter med större medicinskt behov (se bl.a. s. 411 och 413). Regionen måste således enligt utredningens förslag i avtalen med de privata vårdgivarna säkerställa att de följer den bestämmelsen och inte bara avtalade tidsgränser.

### **2.1.3 Proportionalitetsprincipen och kravet på koppling till kontraktsföremålet**

Upphandlingsmyndighetens konstaterar att rättsläget om hur avtalsföremålet upphandlingsrättslig avgränsas i denna kontext får betraktas som oklart. Att kräva att leverantörer lever upp till offentligrättslig lagstiftning – inklusive till exempel hälso- och sjukvårdslagen – vid utförandet av offentliga kontrakt finns det inte något hinder mot utan framstår tvärtom som lämpligt. Detta kan och bör ofta förtydligas genom att regionen kopplar avtalsrättsliga sanktioner till sådana överträdelser och kan följa upp att några överträdelser inte har skett, till exempel genom att inhämta information från tillsynsmyndigheter eller offentliga register. Inte heller finns det något principiellt upphandlingsrättsligt hinder mot att regionerna ställer krav på att privata vårdgivare ska lämna information om även andra uppdragstagare så länge behovet av informationen har en tydlig koppling till de krav som ställs på vårdgivaren i upphandlingen. Utformningen av kravet som möjliggör uppföljning kan dock inte vara för långtgående eller svepande och kan därmed innebära svåra avvägningar och utmaningar för de upphandlande organisationerna. Någon reglering av de uppgifter om vårdgivarnas verksamhet som regionerna på avtalsrättslig väg ska tillförsäkra sig framgår inte av utredningens författningsförslag, även om den för ett resonemang i frågan (s. 415–419). EU-domstolen har uttalat att ett tilldelningskriterium som inte avser den tjänst som är föremål för kontraktet, utan avser leveranser till andra kunder än den upphandlande myndigheten, inte har en koppling till föremålet för kontraktet.<sup>1</sup> Uttalandet rör utformningen av utvärderingsmodeller men torde även vara vägledande för andra krav i upphandlingar: I förarbetena till upphandlingslagstiftningen har till exempel framhållits att ett särskilt kontraktsvillkor endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Ett mer svepande krav som skulle avse även andra delar av verksamheten skulle enligt regeringen kunna ifrågasättas stå i strid med proportionalitetsprincipen, eftersom det inte har tillräcklig anknytning till det som upphandlats.<sup>2</sup> Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att det överlämnas till regionerna att utforma framtida kontrakt så att de av

<sup>1</sup> Målet *Wienstrom*, C-448/01, punkt 67.

<sup>2</sup> Prop. 2006/07:128 s. 200, se även prop. 2015/16:195 del 2 s. 806.

Ert datum:  
2021-10-19

Datum:  
2022-01-31

Er ref:  
S2021/06996

Diarienummer:  
UHM-2021-0214

utredningen föreslagna kraven uppfylls (s. 408 och s. 424). De svåra upphandlingsrättsliga gränsdragningsfrågor som förslaget ger upphov till, liksom risken för överprövning av enskilda upphandlingar, ligger därmed kvar på regionerna (se även utredningens konsekvensanalys s. 498–500). Förhållanden i enskilda upphandlingar kan därmed så att kravet uppfylls eller inte uppfylls.

Vidare kan givetvis regionerna i upphandlingar endast ställa krav som avtalsparten kan uppfylla. Avtalsparten är en juridisk person, normalt ett aktiebolag, som kan ingå i en koncern. Hypotetiskt skulle då det aktuella kravet kunna kringgå om vårdgivarna väljer att organisera sin verksamhet så att andra uppdragsgivare får sina tjänster utförda av en annan juridisk person inom samma koncern. I sådant fall kan i princip inte kraven i kontraktet avse sådana andra juridiska personer (se nedan under rubriken "Vårdgivares organisationsformer").

Det bör avslutningsvis även framhållas att även om det kanske i praktiken inte är vanligt förekommande så ska de krav som regionerna ställer även kunna uppfyllas av vårdgivare från andra medlemsstater i EU. Det kan inte uteslutas att lagstiftningen i dessa vårdgivares etableringsländer begränsar dessa företags möjligheter att lämna ut information avseende annan verksamhet än den som omfattas av det upphandlande uppdraget.

#### **2.1.4 Vårdgivares organisationsformer (avsnitt 6.6.1)**

Utredningen diskuterar privata vårdgivares olika organisationsformer, och betänkandet rymmer även inledningsvis en definition av "vårdgivare" (s. 83f.).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att en följd av utredningens förslag kan bli att vissa vårdgivare organiserar om sin verksamhet i olika bolag där man skiljer på privat respektive offentligt organiserad vård. Personal, lokaler och andra resurser kan även med en sådan organisation delas mellan de olika bolagen och verksamheterna, vilket utredningens genomgång utvisar förekommer redan idag (s. 223). Ett exempel skulle kunna vara två systerbolag inom en vårdkoncern som tillämpar olika väntetider för offentligt respektive privatfinansierade patienter (jämför utredningens resonemang på s. 293). Detta skulle, såsom Upphandlingsmyndigheten förstår utredningens resonemang, vara förenligt med behovs-solidaritetsprincipen så länge respektive bolag inom varje patientkategori tillhandahåller vård utifrån en medicinsk prioritering. Med andra ord uppkommer inte frågeställning om det i stället är fråga om *olika* vårdgivare som tillhandahåller vården, till exempel två systerbolag i samma koncern. Detta påverkar sannolikt i praktiken innebörden av behovs-solidaritetsprincipen i HSL i dessa situationer (problematiken berörs helt kort på s. 416f.). Som framgår ovan är det Upphandlingsmyndighetens uppfattning att det är möjligt för upphandlande organisationer att begära att vårdgivare lämnar övergripande information om sin organisation. Att i upphandlingar ställa krav på att privata vårdgivare lämnar ut information även om andra vårdgivare, till exempel systerbolag, än det som man ingår avtal med är däremot knappast möjligt. Sådana krav skulle sannolikt vara att betrakta som oproportionerliga i upphandlingsrättslig mening, men även rent faktiskt vara

Ert datum:  
2021-10-19

Datum:  
2022-01-31

Er ref:  
S2021/06996

Diarienummer:  
UHM-2021-0214

svåra för många vårdgivare att leva upp till: att två bolag ingår i samma koncern eller har samma ägare ger inte automatiskt bolagen rätt till insyn i varandras verksamhet.

Mot denna bakgrund uppfattar Upphandlingsmyndigheten att det åtminstone i vissa fall kan bli svårt att följa upp de aspekter som utredningens förslag syftar till att säkerställa.

### **2.1.5 En alternativ reglering**

Mot denna bakgrund kan ett alternativt sätt att säkerställa privata vårdgivares efterlevnad av den hälso- och sjukvårdsrättsliga behovs-solidaritetsprincipen vara att tillsynsmyndigheten får i uppdrag att säkerställa att de privata vårdgivarna lever upp till behovs-solidaritetsprincipen. Ett sådant uppdrag bör i så fall förenas med en offentligrättslig möjlighet för tillsynsmyndigheten att ta del av motsvarande information om vårdgivarnas verksamhet. Något hinder för regionerna att lägga besluten i sådana tillsynsärenden till grund för eventuella avtalsrättsliga sanktioner finns inte under förutsättning att de har förbehållit sig denna möjlighet i avtalen med de privata vårdgivarna. Regionernas uppföljning kan i så fall inriktas på att säkerställa att vårdtagarna erhåller den upphandlade vården på de villkor som avtalats mellan regionerna och vårdgivarna, utan att omfatta de offentligrättsliga krav på vården som följer av HSL. Som utredningen också framhåller är det redan idag många regioner som upplever utmaningar med den befintliga avtalsuppföljningen, samtidigt som de generellt är nöjda med de tjänster som tillhandahålls av de privata vårdgivarna. En sådan ordning skulle också minska risken att krav på information i enskilda upphandlingar befinner sig oförenliga med proportionalitetsprincipen, men sannolikt även bidra till en enhetlig tolkning och tillämpning av behovs-solidaritetsprincipen i dessa situationer.

## **2.2 Ikraftträdande och övergångsbestämmelser (avsnitt 15)**

Utredningen föreslår att lagändringarna ska träda i kraft den 1 januari 2023. Bestämmelsen om avtalsvillkor ska inte gälla för avtal som har ingåtts för lagens ikraftträdande, inklusive sådana avtal som förlängs efter ikraftträdandet (s. 483–484).

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget i den del som innebär att de nya kraven inte ska tillämpas för redan ingångna kontrakt. Det bör dock påpekas att vid ändringar av upphandlingslagstiftningen tillämpas normalt övergångsbestämmelser som innebär att äldre regler ska tillämpas på *upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet*.<sup>3</sup> Upphandlingsmyndigheten understryker vidare att regionerna måste ges tillräcklig tid att utarbeta de nya avtalsvillkoren från den tidpunkt där riksdagen beslutar de nya lagkraven, eftersom förberedelserna av dessa upphandlingar även kan behöva inbegripa marknadsdialog med vårdgivarna.

<sup>3</sup> Se till exempel prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk s. 183 f.

Ert datum:  
2021-10-19

Datum:  
2022-01-31

Er ref:  
S2021/06996

Diarienummer:  
UHM-2021-0214

### 2.3 Vårdvalssystem enligt hälso- och sjukvården (avsnitt 3.7.3)

Avsnittet innehåller en hänvisning till förarbetena till LOV (prop. 2008/09:74 s. 52), enligt vilka regionen inte kan ange några volymgarantier i en LOU-upphandling av primärvård (s. 115). Ett liknande formulering finns i avsnitt 6 där utredningen konstaterar det vid upphandlingar enligt LOU förekommer att regionen anger en uppskattad volym.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att den efterföljande rättsutvecklingen har medfört att det i vissa fall finns en skyldighet för regionerna att vid inrättande av ramavtal fastställa en takvolym för avropen från ramavtalet.<sup>4</sup> Detta är i någon mening motsatsen till en volymgaranti men påverkar likväl vilka krav som regionerna måste ställa i fråga om volym vid upphandling av ramavtal enligt LOU (vilket även utredningen noterar på s. 216).

## 3. 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 chefsjuristen Anders Asplund deltagit.

---

Inger Ek

---

Henrik Grönberg

---

<sup>4</sup> Se EU-domstolens domar i målen *Coopservice* (mål C-216/17) och *Simonsen & Weel* (C-23/20).