

## Podcast Konkurrenten

### Avsnitt 43: Vem får välja i ett valfrihetssystem?

Textversion av Konkurrenten avsnitt 43 (publicerat 17 december 2019), vill du hellre lyssna på avsnittet kan du ta del av det på vår webbplats [www.konkurrensverket.se/konkurrenten](http://www.konkurrensverket.se/konkurrenten).

*Ann Fryksdahl:*

Hej, och välkommen till Konkurrenten, Konkurrensverkets podd, där vi pratar om konkurrens och upphandlingsfrågor. Jag heter Ann Fryksdahl och jag är chef för den allmänna upphandlingstillsynen. Jag ska tillsammans med min parhäst Malin de Jounge, chef för den andra tillsynsenheten, prata om Konkurrensverkets ställningstaganden, lite grann om vad det är för något och berätta kort om de som vi har publicerat. Men vi ska börja podden med att presentera vårt tredje ställningstagande där vi diskuterar vem som får välja i ett valfrihetssystem. Så då vill jag presentera Anders som ska få berätta litet om vår bedömning på frågan om vem som får välja i ett valfrihetssystem. Kan du presentera dig litet närmare?

*Anders Larsson:*

Ja. Jag heter Anders Larsson och jag jobbar som föredragande jurist på Enheten för allmän upphandlingstillsyn.

*Ann Fryksdahl:*

Och du har varit en av författarna till det här ställningstagandet.

*Anders Larsson:*

Ja, det stämmer bra.

*Ann Fryksdahl:*

Vad handlar ställningstagandet om?

*Anders Larsson:*

Ja, vi har ju tittat på just valfrihetssystem och kanske framför allt urvalets betydelse för valfrihetssystem, alltså vem som får välja i ett valfrihetssystem. Vi har haft som utgångspunkt de formuleringar som finns i EU-direktivet gällande

offentlig upphandling samt avgöranden från EU-domstolen och då främst domarna Falk Pharma och Tirkonen, de rör alltså betydelsen av den upphandlande myndighetens urval av anbudsgivare för att det ska bli en upphandlingssituation.

*Ann Fryksdahl:*

Vad kom ni fram till?

*Anders Larsson:*

Förenklat så kan man väl säga att vi kom fram till att den upphandlande myndighetens urval av leverantörer är avgörande för att det ska vara en upphandlingssituation, eller för att det inte ska vara det. Det grundar sig i de här domarna som jag nämnde, Falk Pharma och Tirkonen, där EU-domstolen kom fram till att själva syftet då, man utgår från syftet med upphandlingslagstiftningen, det är att undanröja risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när den upphandlande myndigheten tilldelar kontrakt. Här identifierar man då risken för att det här ska kunna hända, den är nära förknippad med den exklusivitet som följer av att ett kontrakt tilldelas en leverantör efter att den upphandlande myndigheten har gjort ett urval bland anbudsgivarna. Det framgår av direktivet att med upphandling så avses också upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt med ekonomiska aktörer som utvalts av den upphandlande myndigheten, så även här så pratar man om att välja. Det är viktigt för att det ska röra sig om offentlig upphandling. Vi har också sett att i svenska förarbeten till LOU så framgår det att det finns ett krav på ett visst slag av selektivitet för att det ska vara fråga om en upphandlingssituation.

*Ann Fryksdahl:*

Får jag bara fråga, selektivitet, det är urvalet?

*Anders Larsson:*

Ja, precis. Att den upphandlande myndigheten gör ett urval på något sätt bland de anbudsgivare som finns. Då kan man ju ställa sig frågan, vad är det om det inte finns selektivitet eller om det inte finns ett urval från den upphandlande myndighetens sida, och det är ju det som kallas för auktorisationssystem i de här domarna men som man kanske i svensk kontext kan kalla för ett valfrihetssystem. Och här har vi en särskild lag i Sverige, Lagen om valfrihetssystem, LOV och då valde vi i ställningstagandet att gräva litet djupare här och titta på hur fungerar den här lagen om valfrihetssystem LOV i förhållande till den här praxis, den nya praxis som finns, och de skrivningar som finns i direktivet kopplat till urval då. Och vi har ju identifierat att det finns situationer i valfrihetssystem idag där den upphandlande myndigheten kan gå in och göra valet åt brukaren, och det är det som kallas för ickevalsalternativ. Det man menar med ickevalsalternativ, det är att det enligt LOV finns en skyldighet för den upphandlande myndigheten att erbjuda ett alternativ för de brukare som inte kan eller vill välja leverantör, kanske

för att man inte känner att man har någon kunskap om leverantörerna eller att man tycker att det är för svårt, då ska de också få en leverantör och det kan till exempel röra sig om hemtjänst. Det här kan man göra på olika sätt, ett sätt är att den upphandlande myndigheten erbjuder tjänsten i egen regi, att man har hemtjänst i egen regi som man erbjuder de här brukarna som inte vill välja. Ett annat sätt är att man som upphandlande myndighet utanför valfrihetssystemet upphandlar en leverantör som kommer få de brukare som inte vill välja i valfrihetssystemet.

*Ann Fryksdahl:*

Har du sett några exempel på det här ickevalet? Hur brukar det upphandlas eller?

*Anders Larsson:*

Ja, vi har tittat, vi har inte gjort någon grundlig genomlysning, det kan jag inte säga, men vi har tittat litet på hur olika kommuner hanterar det här, kanske främst hemtjänst och då ser vi att man använder den här typen av exempel, att man antingen kan ha det i egen regi eller att man har en upphandlad leverantör, men man har också den här tredje varianten som är att man väljer inom valfrihetssystemet med någon form av, vad man ska kalla det, turordning eller liknande. Och det är här vi kan se att det uppstår någon problematik då kanske kopplat till det vi pratade om innan, betydelsen med urval, att det ska vara brukaren som väljer och inte den upphandlande myndigheten. Och att i de här situationerna kan det vara så att det är den upphandlande myndigheten som går in och gör valet av leverantör och det gör ju då att det i nästa led kan röra sig om en upphandlingssituation. I det här valsystemet...

*Ann Fryksdahl:*

För då har själva urvalet skett redan vid annonseringen egentligen av valfrihetssystemet.

*Anders Larsson:*

Ja, eller det man kan säga är ju att ett valfrihetssystem, då ansluter man ju alla leverantörer som uppfyller kraven. Sedan själva tilldelningen då, den sker ju när brukaren väljer. Om brukaren inte väljer och den upphandlande myndigheten går in och gör valet, om man då pratar om ickevals alternativ då blir det ju en form av tilldelning, att den upphandlande myndigheten tilldelar det här uppdraget till en av de anslutna leverantörerna i valfrihetssystemet.

*Ann Fryksdahl:*

Är det någonting nytt i det här ställningstagandet?

*Anders Larsson:*

Ja, det får man väl ändå säga, för att särskilt när vi tittar på ickevalsalternativ och vad man har skrivit om det tidigare så i förarbetena till LOV och liknande så är ju själva syftet med den regleringen att brukarna ska erbjudas likvärdiga alternativ.

Man pratar kanske mer om att ickevalsalternativet ska vara konkurrensneutralt mellan de leverantörerna som har tecknat avtal med upphandlande myndighet i ett valfrihetssystem. Och det man saknar litet är kanske den här analysen om vad som händer upphandlingsrättsligt om den upphandlande myndigheten går in och väljer i ett valfrihetssystem. Det är enligt vår bedömning att det är avgörande för att det ska kunna bli en upphandlingssituation i ett valfrihetssystem, och att den analysen har saknats litet tidigare i lagstiftningsarbetet och kanske i praxis.

*Ann Fryksdahl:*

Men vad ska man tänka på när man utformar ett valfrihetssystem?

*Anders Larsson:*

Ja, jag tänker det är väl mycket man ska tänka på men om vi pratar om urval och så, så tänker jag väl att främst så kan man ju tänka hur går det till när brukaren väljer? Hur ser valsituationen ut? Att man ger tillräcklig och korrekt information, men sedan också det här att man tänker på hur ska vi göra med de brukare som inte vill eller kan välja leverantör och enligt vår bedömning då, att det kanske är att föredra att man gör det då i egen regi eller med en upphandlad leverantör vid sidan om det här valfrihetssystemet, i stället för att en upphandlande myndighet går in och gör egna val i valfrihetssystemet.

*Ann Fryksdahl:*

Gäller ställningstagandet alla typer av kundval?

*Anders Larsson:*

Ja, det gör det ju enligt vår bedömning. Om man börjar med LOV så kan man säga att när det gäller de tjänster som omfattas av LOV då ska man följa Lagen om valfrihetssystem, det är ju till exempel hälso- och sjukvårdstjänster men också tjänster i Arbetsförmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet som omfattas av LOV. Här kan man också säga att om man utformar valfrihetssystem för andra typer av tjänster så är det här urvalet lika avgörande för gränsen mellan valfrihetssystem och upphandling, så det är väl någonting man alltid ska tänka på om man funderar på att upprätta, eller om man har den här typen av valfrihetssystem.

*Ann Fryksdahl:*

Var kan man läsa det här ställningstagandet någonstans?

*Anders Larsson:*

Ja, som alla våra ställningstaganden så finns det ju tillgängligt på vår webbplats men det går ju också utmärkt att anmäla sig till vår prenumerationstjänst så man inte missar någonting som vi uppdaterar, eller alla nyheter vi kommer med.

*Ann Fryksdahl:*

Tack så mycket Anders.

*Anders Larsson:*

Tackar.

*Ann Fryksdahl:*

Och nu tänkte jag och Malin berätta litet mer om vad ett ställningstagande från oss är och vad det innebär. Malin kommer du ihåg hur vi stängade oss blodiga när vi hade fått den här idén, innan den var genomförd?

*Malin de Jounge:*

Ja verkligen det var en intensiv vår och sommar som vi jobbade med att förklara vad är det vi vill göra för någonting. Och det är ganska uppenbart att det är rätt svårt att utveckla nya produkter, men samtidigt så är det väldigt, väldigt roligt. Det var ju någonting vi verkligen tänkte att det här kommer att bli så bra så vi bara måste få göra det här.

*Ann Fryksdahl:*

Ja, det var ju en lång historia med en önskvärd utveckling av den förebyggande tillsynen. Och det som vi försöker åstadkomma det är ju en effekt. Vi pratar ju alltid om att vår tillsyn måste ha effekt och även att det ska vara lätt att göra rätt. Det är ju över 18 000 annonserade upphandlingar, jag vet inte hur många otillåtna och tillåtna direktupphandlingar, har du någon koll?

*Malin de Jounge:*

Nej, det går inte att säga riktigt.

*Ann Fryksdahl:*

Nej, och värdet av den offentliga upphandlingen är en sjättedel av BNP och hur många tillsynsmän har vi här på Konkurrensverket?

*Malin de Jounge:*

Ja, vi brukar ju säga runt 20 stycken.

*Ann Fryksdahl:*

Att vi jagar produkter som ska kunna nå flera...

*Malin de Jounge:*

Ja.

*Ann Fryksdahl:*

...det är väl det här ställningstagandet är ett resultat på. Och vi har ju också sett en markant ökning i träffar på vår hemsida sedan vi publicerade de här, om man jämför med vanliga beslut, menar jag.

*Malin de Jounge:*

Ja, det har ju laddats ner väldigt många fler gånger. Jag tror vad var det vi såg sist, jag tror det har laddats ner 1500 gånger, vårt första ställningstagande. Det andra

ligger och tickar någonstans på 700 nu, och det är bara sedan i juni så det finns ett sug efter sådana här svar om man säger så, eller ställningstaganden. Jag tror det är många därute som vill veta, i alla fall ha någonting att hålla i handen, när man navigerar runt i det tidvis litet grumliga vattnet som är upphandlingens hav.

*Ann Fryksdahl:*

Ska du berätta litet om varför vi gjorde det här ställningstagandet?

*Malin de Jounge:*

Vi hade ju upptäckt att vi fick in en hel del frågor som gällde regelverket och de här frågorna var ibland svåra att svara på. Det var svårt att hitta ett ärende som kunde illustrera just den här frågan. Och när man tittar på ett isolerat ärende så blir det litet så att, ja det gäller ju den situationen. Det är ju svårt att dra några generella slutsatser och ibland var till och med lagreglerna eller rättspraxis inte så klara och tydliga som man skulle vilja ha det. Det var svårt för upphandlare och andra att få vägledning. Och då kände vi att nej, men här skulle vi vilja kunna göra ett klargörande så att vi verkligen kan visa vägen, hur ska man tänka i den här frågan. I alla fall enligt oss. Vi har under en ganska lång tid försökt få fram olika typer av verktyg för att just få den här effekten av vår tillsyn att det inte bara är enskilda ärenden vi tittar på, utan jobbar bredare. Vi har jobbat med rapporter, vi jobbar med det vi kallar för fördjupad upphandlingsgranskning där vi tittar mer systematiskt på en upphandlande myndighet eller en företeelse eller en typ av inköp som då vi ser som ett komplement till naturligtvis vår viktiga tillsynsverksamhet som i mer strikt mening, nämligen beslut och ansökan om upphandlingsskadeavgift. Men vi kände att det saknades något ställe, och vi har sett i undersökningar som bland annat Upphandlingsmyndigheten har gjort att det finns ett stort sug efter juridisk vägledning, klargöranden av juridiska frågor.

*Ann Fryksdahl:*

I form av ja eller nej.

*Malin de Jounge:*

Ja men precis, som är användbara. När vi satt och funderade, vad är bäst verktyg för att komma fram till och ge ett svar, ge en vägledning, så saknades någonting och då kläckte vi idén om ställningstaganden som skulle kunna ge, vara en väldigt effektiv hjälp i vårt tillsynsarbete.

*Ann Fryksdahl:*

Vårt uppdrag är ju att arbeta för en effektiv offentlig upphandling, det är ju vårt mål och om vi då kan förmedla vår syn, alltså när flera myndigheter som ser det som en osäker fråga, så tänker jag att det är en effektivitetsvinst. Och dessutom, om man kan ta till sig och lever efter våra ställningstaganden så kan man ju också känna sig trygg vid en eventuell granskning från vår sida. Vi ska inte hugga någon i ryggen även om ställningstaganden sedan ändras. Det är ju som sagt var vår bedömning av hur praxis och annat ligger idag. Nej, och på tal

om effektivitet ska jag också säga att det är djupa rättsutredningar, men det är ju inte en juridisk avhandling och vi måste ju också skära i materialet, Vi kan inte utreda varje tråd. Vi försöker avgränsa dem, och vi vill inte lämna någon fråga osäker, då kan vi ställa till mer än vad ställningstagandet ger. Vi kan till exempel skära bort, "ja men just inom det här området är det kanske osäkert" men det lilla området kanske påverkar så få så vi väljer att inte utreda den biten vidare. Men har du hunnit få någon uppfattning om vilka som läser ställningstagandena?

*Malin de Jounge:*

Nej, det är ju litet svårt, vi har inte gjort någon granskning av vilka som laddar ner. Jag vet inte, vi kanske skulle kunna göra det rent tekniskt, men vi har ju tänkt väldigt mycket på inför att vi skulle börja skriva och publicera dem, vem är det vi tänker oss ska läsa det här. Det är ju en ganska bred krets av människor som kan vara intresserad. Det är ju allt från upphandlare till andra jurister, de som jobbar till exempel i domstol eller advokater, men sedan har man ju hela den andra flocken då som kanske inte är jurister utan jobbar som inköpare, inköpschefer, ekonomiansvariga på olika myndigheter. Det finns ju många som är involverade i ett inköp och även de tänker vi ju ska kunna ta till sig vad vi säger. Vi försöker ha en bred målgrupp, om man säger så, i åtanke just för att inte bara skriva till dem som kanske redan är väldigt, väldigt insatta. Samtidigt som det kan vara svårt att svara på ett icke-juridiskt sätt när det gäller väldigt juridiska frågor, men det är en balansgång som vi försöker hitta när vi skriver våra ställningstaganden. Men vem som läser det, ja vi får väl se om vi kan få någon uppföljning på det, men jag tänker också att ju fler ställningstaganden som vi skriver desto fler kanske kommer att höra av sig till oss och då kanske vi märker vilka det är som läser. Om man spelar in att man vill ha ett svar på någon annan fråga till exempel, då kan vi ju se vilka är det som mest försöker utnyttja den möjligheten.

*Ann Fryksdahl:*

Jag har ju fått många frågor om vad det är för skillnad på det här med ställningstagande från ett vanligt ärende och vad har det för status, men vi kan väl bara säga att vi sätter ner foten, vi presenterar rättsläget, redovisar bedömningen här och nu, hur vi ser på olika frågor. Men sedan så följer vi ju rättsutvecklingen och domstolarnas arbete både i Sverige och internationellt, vi tänker ju att de kommer att justeras och då uppdaterar vi ställningstagandena och då kommer vi väl också lägga ut, nu har vi inte gjort det än, men det kommer ju bli tydligt huruvida det är reviderat eller inte. Ställningstagande är ju inte bindande för någon, vi vill vara öppna med hur vi som tillsynsmyndighet ser på rättsläget så man ska kunna rätta sig efter det.

*Malin de Jounge:*

Ja, och det där var ju en sak vi diskuterade ganska mycket om man kunde överklaga våra ställningstaganden, för det var något som vi var tvungna att fundera över väldigt mycket.



*Ann Fryksdahl:*

Ja, vi är vana att bara fatta beslut.

*Malin de Jounge:*

Var är det här för fågel som plötsligt flyger in och landar? Men vi landade väl då i själva att det inte var ett överklagbart beslut.

*Ann Fryksdahl:*

Nej, vi tror inte det. Det är ju svårt att veta innan någon har provat.

*Malin de Jounge:*

Ja men precis.

*Ann Fryksdahl:*

Det förutsätter att det skulle vara någon form av förvaltningsbeslut där en enskild myndighet verkligen påverkas. Det beror ju på vad som står i det förstås, men om svaret är ja att någon enskild påverkas, ja då är det fråga om något överklagbart beslut. Det behöver ju inte vara ett beslut. Jag minns när man läste på juristlinjen någon gång om typ Livsmedelsverket gick ut med någon varning om något ämne som fanns i en olivolja.

*Malin de Jounge:*

Ja precis.

*Ann Fryksdahl:*

Det var bara ett företag som drabbades och dessutom visade sig informationen vara fel så fast det var en typ skrivelse bara som gick ut, så det sågs ju som ett beslut. Så vi får se, men vi tror inte att det är ett förvaltningsbeslut och vi ser det ju som en serviceåtgärd, och att vi gör det inom vår ram som myndighet, som service till andra där vi ger myndighetens uppfattning i skilda frågor, så det är ju ganska oförbindande. Nej, men jag ska passa på också och berätta om andra ställningstaganden som har publicerats. Vi hörde ju Anders berätta här om valfrihet och vem som väljer i ett valfrihetssystem. Vi har ju två sedan tidigare, det ena handlar om köp inom staten om sådana köp är upphandlingspliktiga eller inte, och det andra handlar om ramavtal och olika takvärden, och annat smått och gott. Det är en dom som har kommit från EU-domstolen som heter Coop Service som vi försöker, för det första, förklara på kanske ett enklare sätt än vad som faktiskt står i domen, men också domen gäller ju enskilda företagsutövare som har hänt i just det ärendet och försöker se om vi kan lägga något större, bredare filter och tala om ja, men då gäller de här situationerna också.

*Malin de Jounge:*

Översätta litet till verkligheten.

*Ann Fryksdahl:*

Svensk kontext också. Och sedan är det ju många som undrar hur vi väljer ämnen



till ställningstaganden. Vi har ju en händelsestyrd tillsyn, och det är ju i stort den du ansvarar för här på Konkurrensverket.

*Malin de Jounge:*

Det är sådant som kommer genom tips och andra tidningsartiklar och sådant som vi upptäcker.

*Ann Fryksdahl:*

Och så planerad tillsyn där vi identifierar olika former av rättsfrågor som behöver klargöras och den planerade tillsynen förgås av en analys i syfte att skapa ett bra underlag inom vilka områden som vår tillsyn kommer att göra mest skillnad och få störst effekt. I analysen så ingår bland annat de mest vanliga frågorna som vi eller Upphandlingsmyndigheten har fått och där kan vi ju se då om vi kan ta det till ett ställningstagande, men annars har vi satt upp några utgångspunkter också för ställningstagande från Konkurrensverket. Har du lust att dra dem?

*Malin de Jounge:*

Ja, jag tänker att den viktigaste står som tur nog som nummer ett. Den vi har pratat väldigt mycket om, att det ska vara en aktuell fråga, ett aktuellt ämne som är relevant för verkligheten. Det är ju litet lätt hänt som jurist att man sitter och funderar på en fråga och tycker den är jätteintressant och man knäcker under lång tid och sedan när man väl kommer fram till ett svar så visar det sig att det var bara en väldigt, väldigt liten del av verkligheten som berördes av det här eller som var intresserad av just den här frågan, och det vore ju ett dumt användande av våra resurser att lägga mycket tid på sådant som inte berör en större del av upphandlar-Sverige till exempel. Så det är ju någonting som vi funderar mycket på, det måste vara relevanta ämnen som man verkligen efterfrågar svar på. Sedan har vi ytterligare en utgångspunkt och det är att det ska saknas tillräckligt tydlig praxis alltså avgörande från domstolar, och det kan ju vara en fråga för diskussion. Vem är det som ska tycka att praxis är otydlig, det kan ju vara att folk tycker att vi tolkar till exempel eller översätter en dom eller sätter in en dom i en svensk kontext, och så tycker andra jurister kanske att det här är ju inte så svårt det här borde ju alla förstå. Men det vi har märkt i samtal med kanske vår huvudmålgrupp som väl möjligen då kan vara upphandlare och de som arbetar med upphandling i praktiken runt om i Sverige, är att det finns liksom inte tid och man har inte möjlighet att sätta sig in i ärenden på det sättet så att då kan ju de tycka att en dom är i stort sett obegriplig för man har inte resurserna för att sitta och knäcka, Och då är det ju bättre att vi tittar på det och knäcker fram ett svar som vi tycker att vi kan stå för.

*Ann Fryksdahl:*

Vi har ju varit inne litet på det tidigare, att vi ska kunna landa i ett tydligt ställningstagande för alla frågor, ja det går ju inte. Det är jätteläskigt för oss jurister att sätta ner foten. Det är ju mycket enklare att säga att det får utmönstras i rättspraxis.

*Malin de Jounge:*

Ja, eller det beror på, som alla säger.

*Ann Fryksdahl:*

Frågan har ännu inte ställts på sin spets.

*Malin de Jounge:*

Och det är väl det vi försöker göra.

*Ann Fryksdahl:*

Vi försöker ställa frågan på sin spets.

*Malin de Jounge:*

I början hade vi väl som tanke att det skulle gå att svara ja eller nej, men jag tror att den idén har vi väl nästan släppt. Vi hoppas väl kunna nå så långt, men det är ju väldigt svårt.

*Ann Fryksdahl:*

Det ska vara ett tydligt ställningstagande som klargör situationen på ett sätt som gör att det kan tillämpas i praktiken också. Vi var ju inne på det tidigare i podden att om vi gör ett ställningstagande som är väldigt vag eller inte gör något ställningstagande för att vi tror att vi gör det så kan vi ju skapa ännu större osäkerhet, tänker jag.

Jag vill bara passa på att säga litet om vad vi har för utredningar på gång. Nästa ställningstagande tror jag kommer publiceras innan årsskiftet i alla fall och det handlar om begreppet upphandlande myndighet, en HFD-dom. Ja när kan nämnder vara upphandlande myndighet inom en kommun, eller kan de det? Och sedan har vi ett annat på gång till våren om uteslutningsgrunderna och osund konkurrens, eller överenskommelser i syfte att snedvrیدا konkurrensen och titta på det. Vi har för avsikt att publicera ett antal ställningstaganden per år och resursmässigt tror jag att det är tre, fyra stycken per år som man kan förvänta sig från oss. Jag vill faktiskt passa på att uppmana dig som lyssnar också att tipsa oss om rättsfrågor som du tycker är oklara och där du tycker att vi bör ta ställning, så hör av dig till oss, du hittar våra kontaktuppgifter på vår webbplats [Konkurrensverket.se](http://Konkurrensverket.se) och där hittar du också våra ställningstaganden, och kan anmäla dig till vår prenumerationstjänst. Känner du att det är någonting som vi har missat Malin?

*Malin de Jounge:*

Jag tror inte det, inte vad jag kan komma på just nu.

*Ann Fryksdahl:*

Men då så. Tack så jättemycket Malin de Jounge.

*Malin de Jounge:*  
Tack, tack.

*Ann Fryksdahl:*  
Jag heter Ann Fryksdahl. Tack för att du lyssnade på Konkurrenten.