

Samnyttjande av välfärdsteknik

En juridisk vägledning



Förord

Kompetenscenter välfärdsteknik vid SKR är en nationell stödfunktion med syfte att ge kommuner bättre förutsättningar att verksamhetsutveckla genom digitalisering inom den kommunala vården och omsorgen. Som ett led i det arbetet har kompetenscentret tagit fram denna vägledning om de juridiska aspekterna för gemensam användning av välfärdsteknik mellan kommuner och regioner. Både integritetsaspekter, estetik och samhällsekonomi talar för att regioner och kommuner bör sträva efter att samverka med varandra vid användning av välfärdsteknik eller annan teknik för att effektivt, på ett hållbart sätt för miljön och med hänsyn till den enskildes bästa minimera antalet produkter i bostaden.

Vägledningen uppmärksammar olika rättsliga aspekter för att samnyttja välfärdsteknik eller annan teknik som innehåller inbyggda multipla funktioner som kan nyttjas av både regioner och kommuner för sina respektive verksamheter.

I vägledningen används begreppen digital tillsyn och distanssjukvård för att bland annat beskriva hälso- och sjukvårdens respektive socialtjänstens åtgärder och insatser. Trygghetskamera används som begrepp för de tekniska lösningar som ger omsorgspersonalen en rörlig bild att betrakta vid tillsynstillfället. Digital tillsyn som insats kan också verkställas med annan teknik, såsom olika typer av sensorer.

I arbetet med vägledningen har följande personer medverkat: samordnaren Eva Sahlén (SKR), juristen Manólis Nymark (SKR), förbundsjuristen Elin Person (SKR), förbundsjuristen Magnus Ljung (SKR) och bolagsjuristen Hannes Härfast (ADDA).

Frågor om vägledningen kan mejlas till SKR på e-post info@skr.se

Stockholm april 2023

Fredrik Lennartsson

Avdelningen för vård och omsorg

Innehåll

1.	Inledning	3
2.	Finns det rättsliga förutsättningar för samnyttjande?	4
3.	Samnyttjande med enskilda samtycke ska undvikas	5
4.	Sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation	6
4.1	Insatser inom socialtjänsten som får ingå i sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation	6
5.	Samnyttjande med stöd av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation	8
6.	Samnyttjande av multipel välfärdsteknik och annan teknik	10
7.	Kommunal samverkan vid samnyttjande av välfärdsteknik och annan teknik med inbyggda multipla funktioner	11
8.	Inköp av samnyttjad välfärdsteknik eller annan teknik	13
8.2	Undantag från fördragen som kan avse myndighetssamverkan	14
8.3	Köp från inköpscentraler	16
8.4	Upphandling mellan upphandlande myndigheter	16
9.	Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet	18
10.	SKR:s bedömning	19

1. Inledning

Vård- och omsorgsområdet använder i allt högre grad stöd av digitalisering och teknikanvändning. Inom hälso- och sjukvården är inriktningen digital vård i första hand samt att bedriva avancerad vård och egenvård i större utsträckning på distans med hjälp av tekniska hjälpmedel. Inom hälso- och sjukvården används ofta medicintekniska produkter som hjälpmedel. Det beror på att hälso- och sjukvård ställer höga krav på utrustning, apparater, engångsartiklar, instrument och informationssystem. Sådana produkter ska CE-märkas efter en rigorös utvärdering enligt krav i lagstiftning.

Inom äldreomsorgen ökar också användningen av digital teknik bland annat med hjälp av trygghetskameror och sensorer. Digital teknik som används inom socialtjänsten kallas ofta för välfärdsteknik. Enligt Socialstyrelsens termbank är välfärdsteknik ”digital teknik som syftar till att bibehålla eller öka trygghet, aktivitet, delaktighet eller självständighet för en person som har eller löper förhöjd risk att få en funktionsnedsättning”.

Digitaliseringen inom vård- och omsorgsområdet handlar inte enbart om att köpa in vissa tekniska produkter. Den tekniska produkten är beroende av digitala tjänster och kräver i många fall nya arbetssätt för att tillgodose den enskildes behov. Lägg därtill att till exempel en kamera, ett hjälpmedel för ett medicinskt syfte eller en sensor är ett fysiskt föremål som kräver en installation i den enskildes hem eller särskilda boende. Installationen kräver således någon form av ingrepp i den enskildes boende. Även om trenden går mot allt mindre produkter, kan dessa vara iögonfallande och kräva en fast installation.

Regeringen har tydligt uttalat att Sverige ska ta en ledande roll i genomförandet av FN:s 17 globala mål för hållbar utveckling (Agenda 2030). Hållbarhet ingår idag i målsättningar och visioner för många offentliga organisationer. Målen rör sig kring tre dimensioner av hållbarhet – ekonomiska, sociala och miljömässiga – vilka ska beaktas i verksamheten. Kommuners och regioners användning av välfärdsteknik och annan teknik, till exempel medicinteknik, berör alla tre hållbarhetsdimensioner. Elektroniska apparater är tillverkade av olika råvaror. Dessa råvaror är bland annat metaller, plaster, sällsynta jordartsmetaller, mineraler och farliga ämnen, såsom tungmetaller (kvicksilver, bly, krom, kadmium), ftalater och bromerade flamskyddsmedel. Råvaruutvinningen och tillverkningsprocessen har ofta en negativ inverkan på både miljö och människor. Det är ett gemensamt ansvar för regioner och kommuner att bedriva en hållbar utveckling som tillfredsställer verksamheternas behov utan att äventyra kommande generationers möjligheter att tillgodose sina behov. SKR stödjer kommunerna och regionerna i arbetet med hållbarhet och genomförandet av Agenda 2030.

När hälso- och sjukvården och socialtjänsten går mot en alltmer utbredd användning av teknik för bedrivande av vård och omsorg på distans finns en risk för kluster av apparater i den enskildes hem. Risker är som störst för

enskilda som är föremål för insatser från både den regionala hälso- och sjukvården, den kommunala hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Ju fler apparater som varje aktör installerar för att tillmötesgå den enskildes behov, desto större ingrepp i estetiken i bostaden. Flera apparater röjer också lättare att den enskilde är föremål för insatser av antingen hälso- och sjukvården eller socialtjänsten. Det kan också ifrågasättas om installation av teknik av varje aktör är förenlig med en hållbar utveckling enligt Agenda 2030 och FN:s globala mål.

2. Finns det rättsliga förutsättningar för samnyttjande?

Den beskrivna bakgrunden och problembilden väcker frågan om de enskilda aktörerna kan samnyttja välfärdsteknik och annan teknik. I stället för att var och en installerar egen teknik för att övervaka eller monitorera en enskild vård- och omsorgstagare, kan man överväga att dela på en och samma produkt, både tekniskt och finansiellt.

Samnyttjande av välfärdsteknik och annan teknik ska emellertid förhålla sig till tillämplig lagstiftning om sekretess och dataskydd. Komplexiteten ökar genom att produkten som samnyttjas ska kunna beakta eller konfigureras att beakta regulatoriska krav på behandling av personuppgifter både inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Sekretess mellan båda dessa verksamheter måste också kunna upprätthållas i samnyttjandet.

Utöver integritetsrelaterade frågor är det en förutsättning att samnyttjande sker med beaktande av den kommunala kompetensen och upphandlingsreglerna. Det finns numera goda förutsättningar i kommunallagen för kommuner och regioner till privaträttslig samverkan (avtalsamverkan) på olika områden och att få utsträcka det kommunala uppdraget längre än vad den så kallade lokaliseringprincipen medger. Upphandlingslagstiftningen innehåller vissa undantag från kravet på regioner och kommuner att upphandla tjänster och produkter. Kommunal samverkan om enskilda tekniska produkter kräver särskilda överväganden utifrån dessa lagar.

Det finns ytterst lite vägledning på området. Domstolspraxis saknas. Kunskapen om den rättsliga reglering som tillåter, men också begränsar samnyttjande är knapphändig inom det kommunala området.

Kompetenscenter välfärdsteknik kan konstatera att rättsläget är otydligt och att det krävs en nationell ansats för att skapa klarhet om samnyttjande är tillåtet eller inte. Det finns en stor besparingspotential både för miljö, samhällsekonomi och människor om samnyttjande är genomförbart med bibehållet integritetsskydd för den enskilde.

3. Samnyttjande med enskilds samtycke ska undvikas

Man kan tro att samtycke från den enskilda personen som är föremål för insatser och åtgärder från både en region och en kommun är en framkomlig väg för att åstadkomma samnyttjande av välfärdsteknik och annan teknik. Samtycke är en accepterad rättslig grund både för att lämna ut sekretessbelagda uppgifter hos en myndighet till en tredje part och för att behandla personuppgifter, även känsliga sådana. Både hälso- och sjukvården och socialtjänsten ska respektera den enskildes självbestämmande.

Ett tänkbart scenario är att en region vill samnyttja en trygghetskamera som inkluderar olika funktioner som installerats av socialtjänsten i den enskildes bostad. Produkten kan även registrera puls och andning hos den enskilde via analys av bilddataströmmen. Genom samtycke av den enskilde får kommunen elektronisk tillgång till puls- och andningsfunktionaliteten i kameran. Den enskildes samtycke omfattar således både ett utlämnande av sekretessbelagda uppgifter inom socialtjänsten och behandling av den enskildes personuppgifter i syfte att lämna ut dessa till en vårdverksamhet inom regionen.

En sådan modell stöter emellertid på ett flertal rättsliga hinder. Socialnämnden är personuppgiftsansvarig för kameraanvändningen och videoupptagningen. Emellertid får socialtjänsten inte samla in och behandla personuppgifter åt en vårdgivare. Det följer av ändamålsbestämningarna i lagen och förordningen om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten. Det följer också av de grundläggande dataskyddsprinciperna i GDPR, artikel 5.1. Det är främst två principer som begränsar ett sådant samnyttjande, nämligen principen om ändamålsbegränsning och principen om uppgiftsminimering. Hälso- och sjukvård är inte ett berättigat ändamål för socialtjänsten, och socialtjänstens insamling av uppgifter kan bara anses relevanta för socialtjänstens behov. Finalitetsprincipen, som också kommer till uttryck i artikel 5.1 och som innebär att en verksamhet får behandla personuppgifter för andra ändamål än de ursprungliga, så länge de båda ändamålen är förenliga med varandra, är knappast tillämplig – socialtjänst och hälso- och sjukvård är två skilda verksamheter som regleras i olika lagstiftningar.

Ett annat scenario är samnyttjande av avancerade digitala klockor mellan den regionala och kommunala hälso- och sjukvården. Klockan, som förskrivs av den kommunala hälso- och sjukvården, kan påminna den enskilde om till exempel mediciner, att ta ett glas vatten eller besök av hemsjukvården, men kan också innehålla CE-märkta funktioner med ett medicinskt syfte för distansmonitorering av den enskilde som den regionala hälso- och sjukvården kan nyttja. Samma rättsliga hinder föreligger även i denna form av samnyttjande. Den kommunala hälso- och sjukvården får inte samla in och behandla personuppgifter för en regions räkning. Och tvärtom.

Poängen med de grundläggande dataskyddsprinciperna är att dessa inte kan ”släckas” med ett samtycke. De standardkrav som principerna i kombination

med GDPR:s bestämmelser och domstolspraxis ger uttryck för får inte undergrävas med stöd av ett samtycke.

4. Sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation

Med stöd av lagen (2022:913) om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation får vårdgivare respektive vissa verksamheter inom socialtjänsten (äldreomsorgs- och funktionshinderområdet) ge eller få tillgång, genom direktåtkomst eller annat elektroniskt utlämnande, till varandras vård- respektive omsorgsdokumentation om en och samma individ. De tidigare bestämmelserna i patientdatalagen om sammanhållen journalföring inom hälso- och sjukvården har genom lagen breddats till att omfatta även vissa verksamheter inom socialtjänsten. Ett flertal förutsättningar ska dock vara uppfyllda. En förutsättning är att uppgifterna antingen behövs för individnära vård och behandling alternativt för utfärdande av intyg om vård inom hälso- och sjukvården eller kan antas ha betydelse för insatser eller utredning av sådana insatser inom socialtjänsten. En annan förutsättning är att den enskilde samtycker till direktåtkomst eller annat elektroniskt utlämnande och inte motsätter sig sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation.

Bestämmelserna i lagen får tillämpas på vårdgivares behandling av personuppgifter enligt patientdatalagen. Lagen får också tillämpas på socialtjänstens behandling av personuppgifter enligt lagen om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten. Lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation omfattar emellertid endast personuppgifter som behandlas av socialtjänsten i verksamheter som rör äldre personer och personer med funktionsnedsättning (se nedan).

Inom hälso- och sjukvården är lagen tillämplig på all slags vårddokumentation hos offentliga och privata vårdgivare. Inom socialtjänsten är lagen tillämplig på dokumentation som finns hos nämnder som både handlägger ärenden och följer upp beslut om insatser, samt hos privata och kommunala utförare vid genomförandet av de beslutade insatserna.

4.1 Insatser inom socialtjänsten som får ingå i sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation

Äldre personer kan enligt socialtjänstlagen få ett antal insatser inom den individinriktade omsorgsverksamheten. I 5 kap. 5 § socialtjänstlagen finns särskilda bestämmelser om biståndsinsatser för äldre personer i form av stöd och hjälp i hemmet och annan lättåtkomlig service. Sådan hjälp ges oftast i form av hemtjänst. Begreppet hemtjänst finns inte definierat i socialtjänstlagen, men det rör sig om till exempel personlig omvårdnad som hjälp att äta, förflytta sig eller sköta personliga hygien, serviceuppgifter som till exempel städning, tvätt, hjälp med inköp, men också sociala insatser som samtal med omsorgsmottagaren. I begreppet hemtjänst ingår också avlösning av anhörigvårdare i hemmet, samtalsstöd och rådgivning samt tillsyn i form av

trygghetslarm, kamera eller sensorer. Samtliga dessa insatser och dokumentation av desamma omfattas av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation. Uppräkningen är inte uttömmande och utvecklingen av äldreomsorgen kan innebära att kommunerna utvecklar nya hemtjänstinsatser medan nu vanliga insatser avvecklas.

Därutöver är lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation tillämplig på dagverksamhet och särskilda boendeformer för äldre med omsorgsbehov. Lagen omfattar även hemtjänst till äldre personer utan föregående behovsprövning. Personer med funktionsnedsättning omfattas också av lagen. I 5 kap. 7 § socialtjänstlagen finns särskilda bestämmelser om biståndsinsatser för personer med funktionsnedsättningar i form av medverkan till att den enskilde får en meningsfull sysselsättning och får bo på ett sätt som är anpassat efter hans eller hennes behov av särskilt stöd. Exempel på sådana insatser är boendestöd och hemtjänst. Personer som till följd av funktionsnedsättning behöver ett boende med särskild service enligt lagen om stöd och service för vissa funktionshindrade kan med stöd av 5 kap. 7 § socialtjänstlagen också få bistånd i form av särskilt boende. Bistånd till dessa insatser beviljas efter behovsprövning med stöd av 4 kap. 1 § socialtjänstlagen. Dokumentation av sådana insatser som avses i 5 kap. 7 § socialtjänstlagen och som lämnas som bistånd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen omfattas av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation.

Personer med funktionsnedsättning har även rätt att få insatser från region och kommun enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Den sammanhållna vård- och omsorgsdokumentationen får även omfatta verksamheter som avser personer med funktionsnedsättning som har insatser enligt denna lag. Personer med funktionsnedsättningar kan även beviljas de insatser som avses i 3 kap. 6 § första stycket socialtjänstlagen, till exempel hemtjänst och dagverksamhet. Även dessa insatser beviljas efter behovsprövning med stöd av 4 kap. 1 § socialtjänstlagen. Bestämmelsen i 3 kap. 6 § första stycket socialtjänstlagen beskriver till skillnad från bestämmelserna i 5 kap. 7 § inte insatser som uteslutande ska tillgodose behov som uppstått till följd av den enskildes funktionsnedsättning, utan insatserna kan lämnas även på grund av behov som uppstått av andra skäl. Exempel på detta kan vara att en enskild på grund av missbruk eller en olyckshändelse har behov av insats för att kunna bo hemma och ha kontakt med andra. Endast dokumentation av insatser som avses i 3 kap. 6 § socialtjänstlagen och som lämnas till personer med funktionsnedsättningar omfattas av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation.

Äldre personer och personer med funktionsnedsättning kan i många fall få andra individinriktade insatser inom socialtjänsten. Det gäller insatser som exempelvis är kopplade till missbruk, vid utsatthet för våld i nära relation, vid skuldsättning, inom barnavårdsutredningar, vid behov av försörjningsstöd eller vid en utredning på kommunens familjerättsenhet på grund en vårdnadstvist. Dokumentation av sådana insatser får inte ingå i sammanhållen vård- och

omsorgsdokumentation. Bara undantagsvis får sådan dokumentation ingå i en sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation, till exempel om den är nödvändig för att ansvara för eller utföra insatser för äldre personer eller personer med funktionsnedsättning.

Servicetjänster enligt 2 kap. 7 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter, den s.k. befogenhetslagen, omfattas inte av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation eftersom sådana insatser inte dokumenteras. Inte heller turbundna resor, det vill säga resor till och från dagverksamhet och korttidstillsyn, omfattas av lagen.

5. Samnyttjande med stöd av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation

Som nämns ovan omfattar lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation behandling av personuppgifter med stöd av lagen om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten. Enligt 6 § första stycket i lagen om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten får personuppgifter behandlas om behandlingen är nödvändig för att arbetsuppgifter inom socialtjänsten ska kunna utföras. Utöver handläggning av ärenden får även behandling med stöd av lagen ske av sådant rent faktiskt handlande som utgör genomförande av beslut om stödinsatser, vård och behandling. Om anteckningar inte förs om sådana åtgärder, eller om dessa anteckningar är otillräckliga, finns inget underlag för att bedöma om en insats kan upphöra eller om nya insatser kan bli aktuella.

Enligt 7 § lagen om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten får även känsliga personuppgifter behandlas om uppgifterna har lämnats i ett ärende ”eller är nödvändiga för verksamheten.” Med ordalydelsen ”nödvändig för verksamheten” avses socialtjänstens faktiska verksamhet eller faktiska handlande. Exempel på faktisk handlande inom socialtjänsten kan vara uppsökande verksamhet, rådgivning och kunskapsinhämtning av olika slag, till exempel genom enkäter. Även digital tillsyn får betraktas som faktiskt handlande.

Personuppgifter som samlas in och behandlas med stöd av trygghetskameror eller annan teknik inom hemtjänst eller vid särskilda boenden omfattas således av tillämpningsområdet för lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation. Om en vård- och omsorgstagare inte har motsatt sig sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation, får en vårdgivare med stöd av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation elektroniskt ta del av sådan dokumentation inom verksamheter som rör äldre personer och personer med funktionsnedsättning hos socialtjänsten som samlats in eller registrerats genom trygghetstekniker med stöd av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation. Förutsättningarna för sådan elektronisk tillgång, antingen genom direktåtkomst eller annat elektroniskt utlämnande, är dock att vårdgivaren har en aktuell patientrelation med vård- och omsorgstagaren, att

vård- och omsorgstagaren samtycker till det och att uppgifterna kan antas ha betydelse

- a. för att inom hälso- och sjukvården förebygga, utreda eller behandla sjukdomar och skador hos patienten, utföra insatser enligt lagen om koordineringsinsatser för sjukskrivna patienter eller bedöma behovet av sådana insatser, eller
- b. vid utfärdande av ett sådant intyg som avses i 3 kap. 16 § patientdatalagen (2008:355).

Vårdgivaren får i en sådan situation också ta del av samma uppgifter om vård- och omsorgstagaren har en permanent nedsatt kognitiv förmåga, om

1. vårdgivaren bedömer att dessa kan antas ha betydelse för den vård som är nödvändig med hänsyn till vård- och omsorgstagaren hälsotillstånd,
2. vård- och omsorgstagarens inställning till sådan behandling av personuppgifter så långt som möjligt har klarlagts, och
3. det inte finns anledning att anta att vård- och omsorgstagaren skulle ha motsatt sig behandlingen av personuppgifterna.

En ytterligare förutsättning är givetvis är att regionen och kommunen i fråga har skapat ett system som möjliggör sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation.

Det finns dock rättsliga begränsningar för ett dylikt samnyttjande. Vid digital tillsyn ska socialtjänsten inte spara några bilder, videoupptagningar eller annan sensordata. Syftet med digital tillsyn är att se om den enskilde ligger i sin säng eller på annan viloplats samt för att förhindra fall eller andra olyckor. Det innebär att mervärdet av samnyttjande av välfärdsteknik med stöd av lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation är begränsat eller obefintligt för vårdgivare.

Mervärdet med möjligheten till samnyttjande enligt den aktuella lagen finns inom den hälso- och sjukvård som bedrivs av kommunen vid särskilda boenden och i enskildas hem. Med stöd av lagen kan läkare inom regionens primärvård, det vill säga vård- och omsorgstagarens fasta läkarkontakt, elektroniskt ta del av data från monitorering av vitalparametrar som samlas in av medicinteknisk utrustning inom den kommunala hälso- och sjukvården enligt läkares ordination. Vitalparametrarna avläses av kommunens sjuksköterskor och dokumenteras automatiskt (eller manuellt) i kommunens vårdinformationssystem och finns tillgänglig där för regionens läkare. Den positiva effekten för vård- och omsorgstagare är att avancerad undersökning och vård vid insjuknande kan bedrivas i hemmet eller i särskilt boende, utan behov av inskrivning i slutenvård, om inte hälsotillståndet så påkallar.

En ytterligare nytta med lagen om sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation är upprättande av en samordnad individuell plan (SIP) mellan hälso- och sjukvården, såväl regional som kommunal, och socialtjänsten. Lagen medger att aktörerna kan skapa en sammanhållen SIP genom att upprätta

var sin del av planen och därefter tillgängliggöra, och få tillgång till den elektroniskt.

6. Samnyttjande av multipel välfärdsteknik och annan teknik

Det finns idag välfärdsteknik som har multipla funktionsområden. Sådana produkter marknadsförs med en grundfunktion som inte har ett medicinskt syfte och utgör därmed inte en medicinteknisk produkt, till exempel digital tillsyn genom blurrad kamera så att vård- och omsorgstagaren inte kan identifieras. Samma produkt kan dock ha tillval som innebär att den får ett tydligt medicinskt syfte, till exempel övervakning av puls eller andning. Tillgång till den latent funktionsområdet kan vara en så enkel sak som att aktivera eller låsa upp viss mjukvara. Produktens grundfunktionalitet kräver inte CE-märkning medan tillvalet kräver det.

Sådana produkter är ändamålsenliga för samnyttjande mellan hälso- och sjukvården och socialtjänsten. De möter både socialtjänstens och hälso- och sjukvårdens behov. De kan också vara ändamålsenliga för samnyttjande mellan den regionala och kommunala hälso- och sjukvården. I det följande berörs enbart samnyttjande av välfärdsteknik mellan regional hälso- och sjukvård och socialtjänst, men förutsättningarna och begränsningarna är analogt tillämpliga på samnyttjande av teknik mellan regional och kommunal hälso- och sjukvård.

En grundförutsättning för samnyttjande är att produkten kan konfigureras för att användas av två aktörer med helt åtskilda ändamål för insamlingen av data och olika typer av data. Den optimala grundförutsättningen är att dataströmmen från produkten, i den stund den skapas i produkten, delas och strömmas till vardera aktörens mottagarsystem. Dagens trygghetskameror utför inte analysen av data i servrar utan direkt i kameran av integritets- och säkerhetsskäl. Det innebär att data inte behöver bearbetas först hos någon av aktörerna utan kan strömmas direkt till vardera aktören under förutsättning att mjukvaran kan hantera och separera produktens olika funktioner och genererade data, till exempel data för digital tillsyn respektive data för monitorering av andning eller puls.

Det behöver inte nödvändigtvis innebära att data strömmas till två olika systemmiljöer på fysiskt olika platser. Av praktiska och ekonomiska skäl är det rimligt att de olika mottagarna av data använder samma systemmiljö eller så kallad back-end. Rör det sig om välfärdsteknik är det lämpligt att kommunen ansvarar för systemmiljön, men upplåter en logiskt eller fysiskt separerad lagrings- och åtkomstytta åt övriga aktörer, till exempel en klinik vid ett sjukhus. Kommunen behandlar i sådana fall klinikens personuppgifter i rollen som personuppgiftsbiträde åt ansvarig nämnd inom regionen. Samverkan kräver ett personuppgiftsbiträdesavtal och att kommunens åtkomst till klinikens personuppgifter begränsas till felsökning och support. Sådan elektronisk tillgång innebär att klinikens uppgifter och handlingar inte utgör allmänna handlingar hos kommunen, trots den tekniska åtkomsten. Det råder vidare absolut sekretess hos kommunen för klinikens uppgifter.

Att köpa och äga en produkt är skilt från ansvaret för att behandla personuppgifter. Att socialtjänsten köper in och installerar välfärdsteknik med multipla funktioner innebär inte med automatik att socialnämnden är personuppgiftsansvarig för all behandling av personuppgifter som samlas in genom produkten. Om en region förfogar över ett gränssnitt i produkten som ger total kontroll över vissa delar av produktens funktioner, har inte socialnämnden den faktiska kontrollen. Man har tillhandahållit medlet för personuppgiftsbehandlingen, men bara det. Det förutsätter att socialtjänstens personal inte får ha någon som helst behörighet till den andra aktörens nyttjade funktioner eller systemmiljö. Rekommendationen är att bara leverantören av produkten har behörighet att ta del av vardera aktörens respektive funktioner i produkten och logiska eller fysiska lagring- eller systemmiljöer. Agerar kommunen som personuppgiftsbiträde åt en region, bör inte personal inom socialtjänsten ges någon administratörsbehörighet utan sådan behörighet bör enbart ges till personal inom it-supporten i kommunen eller till anlitad leverantör. Vad gäller inköp, se nedan.

Något gemensamt personuppgiftsansvar uppstår inte genom samnyttjande av välfärdsteknik. Det beror på att personuppgiftsansvaret är tydligt reglerat i patientdatalagen respektive lagen om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten och lämnar inget utrymme för aktörer att ta ett gemensamt personuppgiftsansvar för de ändamål för personuppgiftsbehandling som finns i båda lagarna. Vardera aktören är personuppgiftsansvarig för sin behandling av personuppgifter i produkten.

I den stund bitar av data skapas i produkten genom optisk-elektroniska instrument anses de förvarade hos den aktör som besitter kontrollen över dessa i produkten och eventuell lagringsyta där de sparas. Begreppet förvaring är central för allmänna handlingars uppkomst. Enligt tryckfrihetsförordningen anses en upptagning förvarad hos en myndighet, om upptagningen är tillgänglig för myndigheten med tekniskt hjälpmedel som myndigheten själv utnyttjar för överföring i sådan form att den kan läsas eller avlyssnas eller uppfattas på annat sätt. En sammanställning av uppgifter ur en upptagning för automatiserad behandling anses dock förvarad hos myndigheten endast om myndigheten kan göra sammanställningen tillgänglig med rutinbetonade åtgärder. En sammanställning av uppgifter anses inte förvarad hos myndigheten om sammanställningen innehåller personuppgifter och myndigheten enligt lag eller förordning saknar befogenhet att göra sammanställningen tillgänglig.

7. Kommunal samverkan vid samnyttjande av välfärdsteknik och annan teknik med inbyggda multipla funktioner

Som utgångspunkt gäller enligt kommunallagen att kommuner och regioner får ha hand om angelägenheter som är av allmänt intresse. Detta intresse ska dessutom ha anknytning till kommunens eller regionens geografiska område eller dess medlemmar (lokaliseringsprincipen). Utgångspunkten är alltså att

kommuner och regioner får utföra uppgifter inom den egna kommunen eller regionen och för sina medlemmar.

Det är dock inte uteslutet att en kommun kan få utföra uppgifter utanför den egna kommunens gräns om det ligger i kommunmedlemmarnas intresse. Kommuner har enligt rättspraxis ansetts kunna engagera sig i verksamheter inom en annan kommuns område, bland annat för vägbygge. Normalt sett är det däremot inte en angelägenhet för en kommun att utföra uppgifter för andra kommuners räkning.

I korthet kan kommunal verksamhet organiseras och utföras på en rad olika sätt. Den kommunalrättsliga utgångspunkten är att det ska finnas en ansvarig nämnd för all verksamhet och att verksamheten bedrivs i egen regi. Enligt kommunallagen kan detta ansvar även fullgöras av en gemensam nämnd. Vidare kan verksamheten på flera områden, enligt kommunallagen utföras av en annan kommun med stöd av en överenskommelse om avtalssamverkan, eller med privata utförare eller kommunala bolag. Huvudregeln är att nämndens ansvar kvarstår när samverkan sker i någon av dessa former. På några områden kan emellertid även själva ansvaret överföras till en annan kommun. Detta är fallet när samverkan sker i ett kommunalförbund.

Kommunal avtalssamverkan är en enklare form av samverkan i jämförelse med en gemensam nämnd eller kommunalförbund. Genom regleringen i 9 kap. 37 § kommunallagen framgår att avtalssamverkan inte hindras av kravet i 2 kap. 1 § på anknytning till kommunens eller regionens område eller dess medlemmar.

Övriga kommunalrättsliga principer gäller alltså för en avtalssamverkan. Nyttan som en samverkan medför måste även stå i rimlig proportion till uppkomna kostnader.

Vid avtalssamverkan får regioner och kommuner också komma överens om att uppdra åt en anställd i den andra regionen eller kommunen att besluta på regionens eller kommunens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden (extern delegering). Vidaredelegering är tillåten. Arbetsuppgifter som innefattar myndighetsutövning får överlåtas. Avtalssamverkan får förekomma inom både hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Vid extern delegering är regleringen i 6 kap. 38 § kommunallagen om delegationsförbud för vissa ärenden tillämplig. I 6 kap. 38 § första stycket 5 kommunallagen anges att det även i andra lagar eller författningar kan finnas inskränkningar i rätten att delegera ärenden. Sådana inskränkningar finns för socialtjänstens del i 10 kap. 3–6 §§ socialtjänstlagen.

Vid samnyttjande av välfärdsteknik eller annan teknik som innefattar multipla inbyggda funktioner är avtalssamverkan en lämplig samverkansform för att bland annat reglera gemensamma mål, produkters tekniska gränssnitt och funktioner (vem använder vad), ansvarsfrågor (såsom personuppgiftsansvar), upplåtelse av it-system och lagringsytor när en aktör behandlar personuppgifter eller bedriver it-support för den andra aktören, kontaktpersoner, ansvariga

förvaltningar, informationssäkerhet, avvikelsehantering, uppföljning och upphörande av avtalssamverkan. SKR beskriver närmare vad ett avtal om kommunal samverkan ska innehålla i vägledningen *Kommunal avtalssamverkan II – Socialtjänst*.

Vid upplåtelse av it-stöd av en aktör till en annan aktör som innefattar behandling av personuppgifter kan överenskommelsen om avtalssamverkan behöva kompletteras med ett personuppgiftsbiträdesavtal, lämpligen SKR-koncernens framtagna avtal som kan laddas ner på SKR:s hemsida. Det erinras att denna form av samverkan inte innefattar någon handläggning av ärenden eller myndighetsutövning utan hör hemma inom verksamheternas faktiska handlande, det vill säga den operativa verksamheten.

Aktörerna bör vidare göra en gemensam dataskyddskonsekvensbedömning enligt artikel 35 i dataskyddsförordningen i samband med inköp eller samnyttjad av en produkt. Mer information om sådana konsekvensbedömningar samt mallar finns på SKR:s hemsida.

8. Inköp av samnyttjad välfärdsteknik eller annan teknik

Avtal med ekonomiska villkor som innebär en anskaffning faller enligt huvudregeln inom tillämpningsområdet för upphandlingslagstiftningen, om anskaffningen görs av det offentliga. Detta gäller även när avtalet ingås mellan två eller fler upphandlande myndigheter. Från denna huvudregel finns emellertid en rad undantag som gör det möjligt att i vissa situationer ingå till exempel överenskommelser om avtalssamverkan mellan kommuner och regioner utan annonserad konkurrensutsättning

Beträffande inköp av välfärdsteknik eller annan teknik från en leverantör står det klart att varan ska upphandlas. Skyldigheten infaller när en upphandlande myndighet ingår ett avtal som uppfyller kriterierna för ett ”kontrakt”, såsom det definieras enligt upphandlingsdirektiven. Ett ”kontrakt” i detta sammanhang är ett unionsrättsligt begrepp som inte nödvändigtvis överensstämmer med hur begreppet förstås i de olika medlemsstaternas interna rättsordningar. Hur ett visst avtal betecknas i ett enskilt fall eller enligt svensk rätt påverkar sannolikt inte i sig frågan om det omfattas av upphandlingsreglerna eller inte. Ett avtal kan till exempel betecknas som ett kontrakt, ett avtal, en överenskommelse eller liknande. Detta gäller även kommunala samverkansavtal.

Det saknar betydelse vad anledningen är till att den upphandlande myndigheten vill köpa de aktuella varorna eller tjänsterna så länge avtalet utgör ett kontrakt enligt upphandlingsreglerna. Inte heller spelar det någon roll vem eller vilka som i slutändan är mottagare av de nyttigheter som omfattas av avtalet (med undantag för upphandling i försörjningssektorn som inte är relevant här): det som köps kan med andra ord vara avsett för den upphandlande myndigheten själv (till exempel dess personal), medborgarna (i egenskap av brukare av en upphandlad tjänst), eller en annan upphandlande myndighet.

Upphandlingslagstiftningen gör inte åtskillnad på kontrakt som ingås med en ”vanlig” leverantör och en leverantör som är en upphandlande myndighet. Att även upphandlande myndigheter kan vara att beteckna som leverantörer i upphandlingsrättslig mening har bland annat betydelse vid bedömningen av om en avtalssamverkan faller under upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.

Även en kommun som inom ramen för en avtalssamverkan utför en upphandlingspliktig tjänst åt en annan kommun är alltså att beteckna som ”leverantör” i upphandlingslagstiftningens mening. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att även aktörer som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, eller inte stadigvarande är verksamma på den aktuella marknaden, kan vara att beteckna som leverantörer.

Från huvudregeln att upphandlingsreglerna är tillämpliga även på köp mellan upphandlande myndigheter finns en rad undantag. I följande situationer kan en upphandlande myndighet ingå ett annars upphandlingspliktigt avtal med en annan upphandlande myndighet utan annonserad konkurrensutsättning:

- Avtal som är undantagna fördragen
- Köp av tjänster från en upphandlande myndighet som har en ensamrätt att leverera tjänsten
- Köp från inköpscentraler
- Intern upphandling
- Upphandling mellan upphandlande myndigheter

Bestämmelserna i kommunallagen om avtalssamverkan avser avtal mellan olika upphandlande myndigheter. Av det skälet är reglerna om intern upphandling inte relevanta i detta sammanhang. Någon ensamrätt i fråga om tillhandahållande av välfärdsteknik finns inte, varför inte heller den frågan behandlas vidare. Övriga undantag kommenteras kort i det följande.

8.2 Undantag från fördragen som kan avse myndighetssamverkan

De olika undantag som har beskrivits i såväl fördragen som i EU-domstolens praxis, liksom de sätt på vilka de kommer till uttryck i upphandlingsdirektivet och lagen om offentlig upphandling, är delvis överlappande. Vad gäller möjligheten att ingå kommunala överenskommelser om avtalssamverkan utan annonserad konkurrensutsättning är det främst två sådana uttryckliga undantag som är av intresse:

- Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse
- Tjänster som innefattar utövandet av offentlig makt

Dessa undantag har inte angetts i lagen om offentlig upphandling. Motivet till detta synes vara att regeringen som utgångspunkt vid införlivandet av upphandlingsdirektiven har ansett att bestämmelser som riktar sig till

medlemsstaten i egenskap av lagstiftare, och inte till de upphandlande myndigheterna, inte ska komma till uttryck i upphandlingslagstiftningen.

8.2.1. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse

Utförandet av vissa typer av tjänster har fått en särskild reglering i fördragen. Detta gäller sådana offentliga tjänster som inom EU-rätten betecknas tjänster av allmänt intresse. Med tjänster av allmänt intresse avses tjänster som medlemsstater anser är av grundläggande intresse att tillhandahålla sina medborgare, till exempel olika former av välfärdstjänster.

Varje medlemsstat avgör själv vilka tjänster som är av allmänt intresse. Kommissionen kan dock rättsligt angripa ett beslut om att en tjänst är av allmänt intresse om en nationell klassificering är uppenbart fel. Tjänster av icke-ekonomiskt allmänt intresse faller utanför EU-fördragen. Den här typen av tjänster, till exempel traditionellt statliga åligganden som polis, domstolar och obligatoriska system för socialskydd, lyder inte under några särskilda EU-rättsliga bestämmelser och omfattas inte heller av unionsfördragets bestämmelser i fråga om den inre marknaden och konkurrens.

8.2.2. Utövandet av offentlig makt

Enligt artiklarna 51 och 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget) ska bestämmelserna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Detta undantag kan sägas omfatta en viss typ av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.

Generellt sett är verksamheter som i sig utgör en del av befogenheterna att utöva offentlig makt och utförs av staten inte ekonomisk verksamhet. Undantaget omfattar inte verksamheter som har en rent stödjande och förberedande karaktär i förhållande till utövandet av offentlig makt. Om själva maktutövandet kan särskiljas från annan verksamhet så omfattar inte undantaget denna övriga verksamhet. Undantaget förutsätter vidare att det är fråga om ett tillräckligt kvalificerat utövande av till exempel befogenheter att vidta tvångsåtgärder.

Det innebär att undantaget om offentlig makt kan åberopas vid all kommunal avtalssamverkan som innefattar myndighetsutövning, till exempel beslutsfattande som innebär ett ensidigt bestämmande av enskildas rättigheter och skyldigheter enligt socialtjänstlagen eller lagen om stöd och service för vissa funktionshindrade, utan att upphandling behöver ske. Även en författningsreglerad uppföljning av beslut torde innefattas av undantaget för offentlig makt.

Kommuner som saknar erforderlig beslutskompetens rörande ett sällan förekommande ärendeslag kan således genom avtalssamverkan utnyttja

kompetens som finns tillgänglig inom andra kommuner och regioner varhelst i landet eftersom det utgör myndighetsutövning.

8.3 Köp från inköpscentraler

En situation där en upphandlande myndighet kan ingå avtal med en annan myndighet utan annonserad konkurrensutsättning är vid användandet av inköpscentraler. Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

- anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller
- tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter.

En inköpscentral kan alltså uppträda i olika roller. Upphandlande myndigheter kan således använda en inköpscentralens ramavtal för att köpa varor och tjänster, under förutsättning att inköpscentralen har upphandlat dessa ramavtal i enlighet med tillämplig upphandlingslagstiftning. En kommun eller en region får enligt 6 kap. 4 § lagen om vissa kommunala befogenheter uppdra åt anställda i en inköpscentral att i en upphandling besluta på nämndens vägnar.

8.4 Upphandling mellan upphandlande myndigheter

Av särskilt intresse för möjligheten att ingå kommunal avtalssamverkan är det undantag som i någon mening skapades genom den så kallade Hamburgdomen från EU-domstolen. Av domen följer att avtal genom vilka upphandlande myndigheter förbinder sig att samverka för att lösa gemensamma uppgifter under vissa förutsättningar inte omfattas av upphandlingsdirektiven.

Den grundläggande skillnaden mellan intern upphandling (Teckal-undantaget) och upphandling mellan upphandlande myndigheter är att vid upphandling mellan upphandlande myndigheter ingås inte avtalet med en avtalspart som kontrolleras av den upphandlande myndigheten. Avtalet (horisontella samarbetsavtal) ingås i stället direkt mellan två eller fler samverkande aktörer (till exempel mellan två kommuner).

Undantaget för upphandling mellan upphandlande myndigheter har i lagen om offentlig upphandling införts som en bestämmelse om undantag från tillämpningsområdet från upphandlingsreglerna. Bestämmelserna har införts i 3 kap. 17 - 18 §§ i lagen.

För att ett visst samverkansavtal inte ska omfattas av upphandlingslagstiftningen ska ett antal förutsättningar – kriterier – vara uppfyllda. Kriterierna för att ett samverkansavtal mellan upphandlande myndigheter inte ska omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingslagstiftningen är följande:

- Avtalet ska ingås endast mellan upphandlande myndigheter.
- Avtalet ska avse ett samarbete och inte köp av tjänst
- Avtalet ska upprätta eller reglera formerna för detta samarbete.
- Samarbetet ska avse offentliga tjänster och /eller stödtjänster.
- Samarbetet ska avse myndigheternas gemensamma mål.
- Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset.
- Myndigheterna ska uppfylla ett verksamhetskriterium som innebär att mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet får utövas på den öppna marknaden.

Samtliga kriterier måste vara uppfyllda för att ingående av avtalet inte ska omfattas av upphandlingsreglerna.

Beträffande kriteriet ”offentliga tjänster” (eller allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag) avses sådana tjänster som utförs för att nå operativa mål (till exempel trygg och säker omsorg eller en god och säker vård). En offentlig tjänst är en tjänst som kan härledas till ett offentlighetsrättsligt åliggande för en myndighet att tillhandahålla den, eller åtminstone att se till att så sker.

Administrativa tjänster är inte offentliga tjänster. En samverkan som avser offentliga tjänster i sig kan dock innehålla inslag av samarbete kring stödverksamhet som sammanhänger med de offentliga tjänsterna. Det har slagits fast av EU-domstolen i rättsfallet Stadt Köln, C 796/18. Enligt domstolen behöver ett samarbete inte avse de offentliga tjänsterna i sig utan kan omfatta viss verksamhet som är underordnad offentliga tjänster, så kallade stödtjänster eller stödverksamhet. I den aktuella domen skedde en kommunal avtalssamverkan om en programvara som används för att leda räddningstjänstens insatser. Domstolen ansåg att samarbetet inte nödvändigtvis behövde avse räddningstjänsten i sig. Det viktiga är att verksamheten bidrar till att det uppdrag myndigheterna tilldelats faktiskt utförs. I detta fall ansåg domstolen att programvaran föreföll vara oundgänglig för att myndigheterna skulle kunna utföra sina uppdrag.

Domen innebär en möjlighet för kommuner och regioner att samarbeta kring andra avtal än enbart sådana avtal som tar sikte på myndigheternas operativa mål, till exempel avtal om ekonomitjänster, systemutveckling och möjligen även avtal om gemensam it-drift. I sådana fall ska alla samverkande kommuner och regioner bidra med naturaförpliktelser. Att ingå i en avtalssamverkan enbart som mottagande part riskerar att bedömas som en otillåten avtalssamverkan.

Samarbetet kan avse såväl obligatoriska som frivilliga uppgifter hos kommuner och regioner. Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bland annat att privata leverantörer inte får gynnas. Om samarbetet till exempel för med sig att anskaffningar ska göras från privata leverantörer ska de upphandlingarna genomföras enligt lagen om offentlig upphandling.

Samverkansavtalet får inte ha sitt ursprung enbart i den ena partens behov. Då är det inte fråga om ett samarbete för att uppnå parternas gemensamma mål, utan om ett köp. Det är inte uteslutet med ekonomisk kompensation mellan parterna, så länge det rör sig om kostnadstäckning, såsom faktiska kostnader. Däremot krävs det, som framhållits, att samtliga parter verkligen bidrar till samarbetet. Alla parter behöver dock inte bidra med lika mycket.

9. Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

I konkurrenslagen (2008:579) finns bestämmelser om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen får staten, en kommun eller en region förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket i lagen tillämpa ett visst förfarande, om detta 1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller 2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

Av tredje stycket i paragrafen framgår att en kommun eller en region får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

Bestämmelsen i 3 kap. 27 § konkurrenslagen benämns konfliktlösningsregeln eftersom den reglerar konflikten mellan det allmännas bästa och snedvriden konkurrens. Det är inte bara det allmännas *agerande eller förfarande* på marknaden som kan förbjudas. Även konkurrenssnedvridande *verksamheter* (viss säljverksamhet) kan förbjudas. Denna möjlighet är dock begränsad till sådan verksamhet som bedrivs av kommun eller region. Statlig verksamhet omfattas inte av denna regel. Förbud får heller inte meddelas om verksamheten är förenlig med lag.

Bakgrunden till införandet av konfliktlösningsregeln är att offentliga aktörer har helt andra förutsättningar att bedriva vissa verksamheter. Offentliga aktörer behöver exempelvis inte ha samma avkastningskrav som privata företag och riskerar inte heller att gå i konkurs. En fungerande marknad bygger på att företag som inte är tillräckligt effektiva slås ut till förmån för företag med bättre effektivitet. Offentliga företag behöver dock inte i grunden vara särskilt effektiva för att kunna stanna kvar på en marknad. Vidare kan offentliga företag i sin säljverksamhet tillämpa metoder som kan bidra till att privata företag som kanske egentligen är mer effektiva slås ut eller inte ens kan ta sig in på marknaden. Genom konfliktlösningsregeln ska en effektivare konkurrens tillförsäkras, vilket antas bidra till rationell produktion, effektiv resursfördelning samt att gynna etablering av nya företag, vilket i sin tur gynnar konsumenterna.

Med ”offentlig säljverksamhet” menas sådan verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som statliga myndigheter, kommuner eller regioner bedriver. Det är inte avgörande om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller

inte, utan det avgörande är att någon form av ekonomisk verksamhet bedrivs. I och med att 1 kap. 5 § konkurrenslagen redan anger att konkurrenslagen inte är tillämplig i förhållande till myndighetsutövning görs motsvarande avgränsning för konfliktlösningens tillämplighet. Förbud ska kunna meddelas om förfarandet snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens (3 kap. 27 § 1 stycket konkurrenslagen). Ett förbud ska inte meddelas om förfarandet är försvarbart från allmän synpunkt (3 kap. 27 § 2 stycket konkurrenslagen). Med begreppet förfarande avses såväl ett faktiskt handlande som en underlåtenhet att vidta en viss åtgärd.

En central fråga är hur bestämmelsen ska tolkas och tillämpas vid samnyttjande av välfärdsteknik med multipla funktioner. Det rör sig om offentlig säljverksamhet eftersom kommunen kan behöva begära kostnadstäckning för regionens utnyttjande av tekniken. Någon snedvridning av konkurrensen föreligger knappast vid kommunal avtalssamverkan som uppfyller kriterierna för en sådan samverkan. Att beakta i sammanhanget är att en leverantör som tillhandahåller välfärdsteknik eller annan teknik med multipla funktioner, inte missgynnas vid samnyttjande. Det är inte heller en offentlig säljverksamhet som erbjuder en marknad utan specifikt till regioner med syfte att bedriva hälso- och sjukvård. Produkten har vidare ursprungligen upphandlats av kommunen eller av en inköpscentral med beaktande av hela vidden av funktioner som leverantören kommersiellt är kompenserad för.

10. SKR:s bedömning

Genom lagen om offentlig upphandling och det bakomliggande direktivet regleras möjligheterna för upphandlande myndigheter att träffa samarbetsavtal med varandra utan att genomföra en upphandling enligt lagen. Regleringen bygger på praxis från EU-domstolen. Genom regleringen tydliggörs vissa av förutsättningarna för undantaget kommunal avtalssamverkan.

SKR gör följande bedömning.

Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse

Som redovisats finns det undantag från upphandlingsskyldighet för verksamhet som enligt ett EU-rättsligt synsätt är förenad med offentlig makt eller annars är att karaktärisera som icke-ekonomisk. Vilka verksamheter som kan anses vara icke-ekonomiska är emellertid svårt att säga säkert eftersom det saknas en fördragsbaserad definition av vad som utgör ekonomisk verksamhet. Distinktionen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster beror helt på politiska och ekonomiska särdrag i en viss medlemsstat. Inte heller har EU-domstolen i sin praxis uttalat några generella hållpunkter för vad som utgör ekonomisk verksamhet.

Av domstolens praxis framgår dock att frågan om system på områdena social trygghet, hälso- och sjukvård och utbildning kan betraktas som ekonomisk verksamhet eller ej beror på hur de är inrättade och strukturerade. Av betydelse vid denna bedömning är bland annat om systemen är att betrakta som ”ekonomiska system” eller som ”system som bygger på solidaritetsprincipen”. Domstolen har vidare angett en mängd faktorer som kan vara viktiga vid denna bedömning:

- Om medlemskap i systemet är obligatoriskt.
- Om stödordningen har ett rent socialt syfte.
- Huruvida systemet drivs utan vinstsyfte.
- Om de förmåner som betalas inte nödvändigtvis står i proportion till den försäkrades inkomster.
- Om systemet övervakas av staten

Det har fastställts i EU-domstolens rättspraxis att allmän utbildning som anordnas inom ett nationellt utbildningssystem som finansieras och övervakas av staten får betraktas som icke-ekonomisk verksamhet. I detta avseende har domstolen påpekat att staten, genom att upprätta och upprätthålla ett sådant system för offentlig undervisning som i regel finansieras med medel ur den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar, inte avser att bedriva verksamhet i vinstsyfte utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare (se bland annat EU-domstolens mål C-318/05, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-6957, punkt 68).

Det ska i sammanhanget framhållas att välfärdstjänster (social trygghet, sjukvård och utbildning) utgöra medlemsstaternas egna angelägenheter. De omfattas därmed inte av EU-rättens tillämpningsområde, såvida inte medlemsstaten har valt att bedriva verksamheten på marknadsekonomiska villkor.

Svensk socialtjänst och hälso- och sjukvård uppfyller i många delar kriterierna för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Merparten av tjänsterna utförs enligt en solidaritetsprincip, det vill säga en princip som innebär att välfärd ges till alla efter behov och inte efter betalningsförmåga eller risk. I Sverige står utförarna dessutom under statlig tillsyn och i många fall gäller tillståndsplikt. Högsta förvaltningsdomstolen har emellertid i en dom från 2020 som avsåg en kommuns köp av äldreboenden av en stiftelse ansett att köpet utgjorde ett kontrakt enligt lagen om offentlig upphandling (11 mars 2020, mål nr 3165-19). Att köpet av parterna betecknades som ett idéburet offentligt partnerskap föranledde ingen annan bedömning. Köp av tjänst i form av särskilda boenden utgjorde således inte en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. (Sedan den 1 januari 2023 finns nya regler i lagen om offentlig upphandling om möjligheten att positivt särbehandla (reservera) idéburna organisationer vid upphandlingar, men något absolut undantag från upphandlingsregelverket rör det sig inte om.) Vidare har EU-domstolen i en dom från 2022 ansett att anlitande av icke-vinstdrivande organisationer för sociala tjänster utan krav på upphandling enligt

nationell lagstiftning kan till sin natur utgöra ekonomiska tjänster av allmänt intresse, även om några långtgående slutsatser inte kan dras av detta (C436/20 ASADE).

Vid en sammantagen bedömning finns inte utrymme idag för att med säkerhet anse att hälso- och sjukvård och socialtjänst i allmänhet, och samnyttjande av välfärdsteknik i synnerhet, är undantagen upphandlingsregelverket. Vad som erbjuds som ett alternativ enligt kommunallagen och lagen om offentlig upphandling är kommunal avtalssamverkan såvida den syftar till att gemensamt utföra en allmännyttig uppgift som alla samarbetsparter har ålagts.

Offentlig makt

Ett annat sätt att kvalificera en viss verksamhet som icke-ekonomisk är att granska i vilken mån den innefattar myndighetsutövning eller offentlig makt. Även sådan verksamhet är undantagen upphandlingsreglerna. Det EU-rättsliga begreppet ”offentlig makt” anses i stort sett sammanfalla med den svenska termen myndighetsutövning. Något likhetstecken kan dock inte sättas mellan begreppen eftersom ”offentlig makt” är en autonom EU-rättslig term vars innebörd är beroende även av EU-domstolens framtida rättspraxis. Undantaget är tillämpligt således på kommunal samverkan som innefattar myndighetsutövning så länge privata aktörer inte involveras.

SKR:s bedömning är emellertid att undantaget inte kan åberopas vid samverkan för samnyttjande av multipel välfärdsteknik eller annan teknik eftersom övervakningen, det vill säga den digitala tillsynen och den bedrivna hälso- och sjukvården genom en teknikprodukt, inte utgör myndighetsutövning med den innebörd begreppet har idag. Sådan verksamhet faller under vad man kallar faktiskt handlande, operativ, löpande verksamhet eller verkställighet av beslut.

Inköpscentral med grossistverksamhet

Med stöd av lagen om offentlig upphandling får inköpscentraler möjlighet att köpa varor och tjänster i eget namn för vidareförsäljning till upphandlande myndigheter. Detta innebär att upphandlande myndigheter kan köpa varor och tjänster direkt från en inköpscentral under förutsättning att inköpscentralen har upphandlat dessa varor och tjänster i enlighet med gällande upphandlingslagstiftning. Samverkan mellan kommuner och regioner kan ske exempelvis i bolagsform eller i en gemensam nämnd.

SKR:s bedömning är att förutsättningarna för samnyttjande av välfärdsteknik eller annan teknik med inbyggda multipla funktioner ökar väsentligt om regioner och kommuner gör gemensamma inköp genom inköpscentral. Inköpscentralen kan krävställa funktioner i produkten som möter både regionens och kommunernas behov av digital tillsyn och distanssjukvård i en och samma produkt, till skillnad från att vardera parten gör sina egna inköp. Förvisso kan kommunen i en och samma produkt ta höjd för funktioner som är förenliga med både socialtjänsten och den kommunala hälso- och sjukvårdens verksamheter. Men den kommunala hälso- och sjukvården får inte innefatta

diagnostik eller vård som kräver läkarkompetens, det vill säga avancerad hälso- och sjukvård. Inköp av vissa CE-märkta medicintekniska produkter kan alltså inte motiveras av kommunen på grund av begränsningar i den kommunala kompetensen. Det hindrar dock inte regionens läkare från att i realtid ta del av data om vitalparametrar om en enskild person via kommunens utrustning inom exempelvis den kommunala hälso- och sjukvården, med stöd av lagen som sammanhållen vård- och omsorgsdokumentation (se avsnitt 5).

Inköpscentraler är ett sätt att säkra efterfrågan på välfärdsteknik eller annan teknik med inbyggda multipla funktioner *genom att samla behovet hos både hälso- och sjukvården och socialtjänsten*. Det kan skapa bättre marknadsförutsättningar för den typen av produkter på den regionala marknaden. En annan fördel är att inköpscentralens kostnader kan på olika vis fördelas mellan de samverkande upphandlande myndigheterna. Om den samordnade upphandlingen involverar en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet kan detta ytterligare bidra till en enklare och mer flexibel process för såväl inblandade leverantörer som de upphandlande myndigheterna. Utmaningen är att kunna garantera vissa volymer av välfärdsteknik från potentiella anbudsgivare i en upphandling. Grossistverksamhet är sällan förekommande i inköpscentraler. Det beror på att grossistverksamhet innebär större administrativa kostnader och ett större ansvar för inköpscentraler

Hamburg-undantaget (horisontell samverkan)

Som redovisat får numera regioner och kommuner enligt kommunallagen överlåta arbetsuppgifter eller dela på arbetsuppgifter genom överenskommelser om avtalssamverkan. Lokaliseringsprincipen utgör ingen begränsning. För att en viss avtalssamverkan inte ska omfattas av upphandlingslagstiftningen ska ett antal förutsättningar – kriterier – vara uppfyllda. Dessa redovisas i avsnitt 8.4.

En avtalssamverkan är undantagen upphandlingslagstiftningen om den syftar till att gemensamt utföra en allmännyttig uppgift som alla samarbetsparter har ålagts. Ett sådant gemensamt utförande kännetecknas av att alla parter deltar och har ömsesidiga skyldigheter, vilket leder till ömsesidiga synergieffekter. Alla parter behöver dock inte delta i samma utsträckning, utan samarbetet kan grundas på uppgiftsdelning eller på ett visst mått av specialisering. Avtalet ska emellertid avse ett gemensamt mål.

Vid samnyttjande av välfärdsteknik eller annan teknik med inbyggda multipla funktioner avses en situation där den regionala hälso- och sjukvården tar i anspråk latent funktioner i en produkt som en eller flera kommuner upphandlat från en leverantör. I stället för att regionen själv genomför en upphandling och själv installerar produkter avsedda för hälso- och sjukvård i den enskildes boende, är den avsedda synergieffekten att reducera antalet produkter i den enskildes boende hushåll med allmänna medel och uppfylla FN:s globala mål för hållbar utveckling (Agenda 2030). Eftersom kommuner också bedriver hälso- och sjukvård, är förutsättningarna för sådant samnyttjande av välfärdsteknik eller annan teknik goda.

Av både hälso- och sjukvårdslagen och socialtjänstlagen framgår att regioner och kommuner ska samverka om enskilda individer som är föremål för insatser från båda huvudmännen. Av 2 kap. socialtjänstlagen framgår exempelvis att kommuner får träffa överenskommelse med bland annat regionen om att, inom ramen för socialtjänstens uppgifter, samverka i syfte att uppnå en effektivare användning av tillgängliga resurser. Av samma kapitel framgår att samverkan får ske genom kommunallagens bestämmelser om avtalssamverkan. Av 16 kap. hälso- och sjukvårdslagen framgår att regioner ska med kommunerna inom regionerna sluta avtal om omfattningen av och formerna för läkarmedverkan för enskilda i egna och särskilda boenden. Vidare ska regionen ingå en överenskommelse med kommunen om ett samarbete i fråga om personer med psykisk funktionsnedsättning, personer som missbrukar alkohol, narkotika, andra beroendeframkallande medel, läkemedel, dopningsmedel eller spel om pengar, och barn och unga som vårdas utanför det egna hemmet. Bestämmelser om samverkan mellan region och kommun finns även i lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Det råder ingen tvekan om att regioner och kommuner har ett gemensamt åtagande för enskilda som är föremål för insatser från dessa huvudmän. Det gemensamma åtagandet ska i vissa fall ske genom avtalssamverkan. Det gemensamma målet med samnyttjande av välfärdsteknik eller annan teknik är att tillhandahålla en god och säker samt sömlös vård- och omsorg åt enskilda. Synergieffekterna är tydliga både för den enskilda individen, huvudmännen och miljön.

Som redovisas förutsätter avtalssamverkan att alla aktörer bidrar med någon form av naturaförpliktelse för det gemensamma målet. Regionens kostnadsersättning till berörd kommun inom ramen för en överenskommelse om avtalssamverkan uppfyller inte det kriteriet. Regionen måste bidra med någon form av prestation. Prestationen behöver inte nödvändigtvis bestå av hälso- och sjukvårdsåtgärder utan kan avse andra åtaganden inom ramen för avtalssamverkan. Regionens bidrag behöver inte heller vara i paritet med kommunernas utföranden. En lämplig prestation i sammanhanget är att regionen bidrar med resurser och kompetens beträffande kommunens upphandlingsunderlag. Det är kommunen som genomför upphandlingen av välfärdsteknik, men vissa specialkunskaper kan regionen bidra med avseende specifika inbyggda funktioner. Det gäller särskilt kravspecifikationen för de multipla funktioner som regionens hälso- och sjukvård avser att dra nytta av efter genomförd upphandling av kommunen.

Det finnas således goda möjligheter att etablera samnyttjande mellan regioner och kommuner av välfärdsteknik på ett sätt som är förenligt med kommunallagen och upphandlingslagstiftningen, om parterna är omsorgsfulla vid utformningen av sin överenskommelse och ser till att kriterierna för Hamburgsamarbete är uppfyllda. Det rör sig om ett samarbete med individen, samhället och miljön i fokus. Att den kostnadsersättning som regionen ska utge för samnyttjandet överförs till en upphandlad leverantör av tekniken gör inte

upphandlingsreglerna tillämpliga. Det väsentliga i ett sådant samnyttjande är att samarbetet inte ger upphov till några andra ekonomiska transaktioner mellan parterna än kostnadsersättning. Beträffande samverkansavtalets innehåll, se avsnitt 7.

Konkurrenslagstiftningen

I konkurrenslagen finns ett förbud mot konkurrerande offentlig säljverksamhet. Det ska röra sig om faktiskt säljverksamhet som på något sätt är ägnad att snedvrیدا marknaden. Några sådana omständigheter föreligger inte vid samnyttjande av välfärdsteknik om kriterierna för Hamburgundantaget är uppfyllda, verksamheten är kompetenslig enligt kommunallagen och ingen underprissättning förekommer. Enligt SKR:s bedömning är samnyttjande av välfärdsteknik och annan teknik försvarbar ur allmän synpunkt av de skäl som tidigare anförts, såsom att minska mängden tekniska produkter i enskildas hem, bedriva en sammanhållen vård- och omsorg om enskilda och att uppnå FN:s klimatmål.

Samnyttjande av välfärdsteknik

En vägledning framtagen av SKR Kompetenscenter välfärdsteknik för samnyttjande av välfärdsteknik vid omsorg om äldre och personer med funktionsnedsättning

Upplysningar om innehållet

Eva Sahlén, e-post: eva.sahlen@skr.se

© Sveriges Kommuner och Regioner, 2023

ISBN: 978-91-8047-145-9

ISBN 978-91-8047-145-9

Beställ eller ladda ner på webbutik.skr.se

Post: 118 82 Stockholm | **Besök:** Hornsgatan 20

Telefon: 08-452 70 00 | www.skr.se