

Rättsliga förutsättningar för att dela material på den nationella plattformen för Stöd och Behandling (SoB)

Frågeställning

Inera tillhandahåller den nationella plattformen stöd och behandling (SoB). Plattformen ger vårdgivare möjlighet att erbjuda stöd, behandlingar och utbildningar till invånare på ett säkert sätt via webben. Plattformen är endast en teknisk lösning där vårdgivare kan lägga upphandlade eller egna framtagna stöd- och behandlingsprogram. Det är vårdgivaren som själv har ansvar för att uppdateringar av programmen sker. Det finns en önskan från flera regioner och verksamheter att vårdgivare ska kunna dela med sig av egna framtagna stöd- och behandlingsprogram till andra vårdgivare. I något fall har SKR erhållit program från forskare på universitet och fått rätt att sprida program för användning till sina medlemmar. Fråga har uppkommit om vilka juridiska möjligheter det finns för vårdgivare att dela stöd- och behandlingsprogram mellan varandra. SKR har fokuserat på nedanstående frågor som rör uppläggets möjligheter utifrån ett kommunalrättsligt, upphandlingsrättsligt, konkurrensrättsligt och immaterialrättsligt perspektiv. Om en region behandlar personuppgifter för andra regioners räkning behövs personuppgiftsbiträdesavtal.

Sammanfattning

- Bestämmelsen i 9 kap 37 § kommunallagen (KL) ger regioner och kommuner en möjlighet till avtalssamverkan. Bestämmelsen ger en region/kommun möjlighet att ingå avtal med en annan region/kommun med innebörden att någon av dess uppgifter helt eller delvis ska utföras av en annan kommun eller region.
- Innebörden av bestämmelsen i 9 kap 37 § KL är inte rättsligt prövad men vissa skrivningar i förarbetena indikerar att bestämmelsen inte ska användas för att låta regioner/kommuner lämna anbud i andra regioner/kommuners upphandlingar. Det är därför lämpligt att endast använda sig av möjligheten att köpa ett stöd- och behandlingsprogram av en annan region/kommun när det inte finns några konkurrerande produkter som tillhandahålls av privata företag.
- Möjligen skulle regioner/kommuner kunna samverka och dela program utan upphandling med stöd av det s.k. Hamburgundantaget. En tillämpning av Hamburgundantaget kräver dock bl.a. att det är fråga om en verklig samverkan mellan regioner eller kommuner. Det får inte vara fråga om att en region eller kommun endast utger ekonomisk kompensation till en region/kommun för drift av ett program. Om regionerna/kommunerna vill tillämpa undantaget rekommenderas att det etableras en organisation med exempelvis en styrgrupp för samverkan som fördelar uppgifter mellan regioner eller kommuner och som tillser att kriterierna för Hamburgundantaget är uppfyllda.
- Innan program delas mellan regioner/kommuner är det viktigt att klargöra vem som har upphovsrätten till verket och säkerställa att verket får delas. SKR har tagit fram en promemoria samt en avtalsmall för hur detta kan gå till:
<https://skr.se/halsasjukvard/ehalsa/internetbaseratstodochbehandling/upphandlingupphovsratt.5253.html>

Får en region/kommun tillhandahålla tjänster för andra regioner/kommuner enligt kommunallagen?

Bestämmelserna om kommunal samverkan finns samlade i 9 kap kommunallagen (2017:725), KL. Hittills har regioner eller kommuner främst kunnat samverka i kommunalförbund och gemensam nämnd men sedan den 1 juli 2018 finns ett uttryckligt stadgande om avtalssamverkan i 9 kap 37 § KL.

En grundläggande regel i KL är den s.k. lokaliseringsprincipen. Den stadgar att kommuner och regioner får ha hand om angelägenheter som är av allmänt intresse. Detta intresse ska dessutom *”ha en anknytning till kommunens eller regionens område eller deras medlemmar”*. I 2 kap 2 § KL föreskrivs att kommuner och regioner inte får *”ha hand om sådana angelägenheter som enbart staten, en annan kommun, en annan region eller någon annan ska ha hand om.”* Kommuner och regioner har länge efterfrågat utökade möjligheter till samverkan och i den nya bestämmelsen i 9 kap 37 § KL framgår följande under rubriken avtalssamverkan:

”En kommun eller en region får ingå avtal om att någon av dess uppgifter helt eller delvis ska utföras av en annan kommun eller en annan region (avtalssamverkan). Sådan avtalssamverkan hindras inte av kravet i 2 kap. 1 § på anknytning till kommunens eller regionens område eller dess medlemmar.

Kommuner och regioner får inom ramen för avtalssamverkan, med de begränsningar som följer av 6 kap. 38 §, komma överens om att uppdra åt en anställd i den andra kommunen eller i den andra regionen att besluta på kommunens eller regionens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden. I så fall tillämpas 7 kap. 4-8 §§.
Om det i annan lag eller författning finns bestämmelser som avviker från denna paragraf, tillämpas de bestämmelserna.”

Bestämmelsen medger alltså att regioner och kommuner kan samverka med andra regioner och kommuner i en utsträckning som inte varit möjlig förut. En första fråga som bör besvaras är vad som menas med *avtalssamverkan*. I förarbetena uppges att utredningens definition av avtalssamverkan innebär att en eller flera kommuner eller landsting genom ett civilrättsligt avtal förpliktar sig att utföra frivilliga eller obligatoriska kommunala uppgifter åt en eller flera kommuner eller landsting.¹

En förutsättning för avtalssamverkan mellan kommuner och regioner är dock fortfarande att det är fråga om en uppgift som faller inom de befogenheter som samtliga samverkande parter har (2 kap 2 § KL). Den nya bestämmelsen innebär inte någon ändrad uppgiftsfördelning mellan kommuner och regioner och en region får inte med stöd av den nya bestämmelsen utföra uppgifter som bara ankommer på en kommun eller vice versa. Detta begränsar i praktiken möjligheten att ingå

¹Prop. 2017/18:151 s. 24. I propositionen talas om landsting men begreppet omfattar i detta sammanhang även Regioner.

samverkansavtal mellan kommuner och regioner. I föreliggande fall tycks det dock som att det i huvudsak är regioner som ska tillhandahålla och förvalta stöd- och behandlingsprogram för andra regioner. Att tillhandahålla stöd- och behandlingsprogram för sina egna medborgare faller inom en regions kompetens. Den nya bestämmelsen öppnar alltså upp för samverkan mellan regioner och lagtexten är språkligt sett tillåtande. En fråga som har diskuterats är om den nya bestämmelsen möjliggör för en region att utveckla en tjänst eller vara som sedan kan komma andra regioner till del genom att regionen lämnar anbud i andra regioners upphandlingar. Det finns inget i lagen om offentligt upphandling (2016:1145), LOU, som hindrar regioner från att lämna anbud i andra regioners upphandlingar så länge ett sådant förfarande är förenligt med andra lagar. Av förarbetena till bestämmelsen i 9 kap 37 KL framgår dock följande.

”Syftet med regeringens förslag om en generell möjlighet till avtalssamverkan är inte att öka möjligheterna för kommuner och landsting att i konkurrens med privata företag delta i upphandlingar.”²

Det är oklart vad skrivningen i förarbetena egentligen innebär och vad som skulle hända om en region eller kommun lämnade anbud i en annan regions eller kommuns upphandling. För säkerhets skull bör dock ett sådant förfarande begränsas till upphandling av varor och tjänster där det saknas konkurrens från privata aktörer.

Offentlig säljverksamhet

Enligt 3 kap 27 § och 28 §§ konkurrenslagen (2008:579) får staten, en kommun eller en region förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap 5 § första stycket konkurrenslagen tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Enligt 3 kap 27 § andra stycket konkurrenslagen får förbud inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Enligt tredje stycket i samma paragraf får en kommun eller en region 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. Att en kommun eller en region får ingå avtal om att någon av dess uppgifter helt eller delvis ska utföras av en annan kommun eller en annan region (avtalssamverkan) framgår numera direkt av lag. Ett tillhandahållande av ett program till ett korrekt självkostnadspris torde därför inte stå i strid med de ovan beskrivna reglerna (de s.k. KOS-reglerna).

Vad gäller för samverkan och upphandling?

Om de övriga regionerna måste betala för att få del av lösningen är det något som normalt ska upphandlas. I LOU finns vissa undantag från upphandling när det är fråga

² Prop. 2017/18:151 s. 30

om interna köp, dvs. där en upphandlande myndighet (exempelvis en region) köper och säljer till egna bolag. Om exempelvis en organisation som alla regioner tillhör skulle förvalta programmen skulle det kunna vara fråga om ett internt köp för regionerna och därmed skulle undantagen i 3 kap 11 § LOU kunna aktualiseras.

Det finns också en bestämmelse som reglerar vad som gäller om exempelvis en region tillhandhåller tjänster till andra kommuner eller regioner (3 kap 17 § LOU, Hamburgundantaget). För att undantaget ska vara tillämpligt krävs:

- 1) att upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheten ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas mål,
- 2) samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
- 3) myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

En första förutsättning är alltså att samverkan rör *offentliga tjänster*. Troligt är att tjänster som utförs för att uppnå operativa mål (exempelvis avfallshantering) utgör offentliga tjänster. Enligt Upphandlingsmyndighetens tidigare tolkning kan undantaget inte tillämpas för samarbeten som enbart avser stödverksamhet (exempelvis ekonomitjänster och städning).³ Genom EU-domstolens dom i mål C-796/18 ISE som meddelades den 28 maj 2020 har dock rättsläget blivit något klarare.

Målet rörde ett samarbete mellan tyska upphandlande myndigheter kring en programvara som användes för att leda brandmäns insatser. Delstaten Berlin hade köpt in programvaran från ett privat företag och enligt avtalet fick Berlin kostnadsfritt överföra programvaran till andra myndigheter. Berlin och staden Köln slöt sedan ett avtal med innebörden att Köln skulle få använda programvaran permanent utan kostnad. Myndigheterna ingick även ett samarbetsavtal som innebar att de ömsesidigt skulle låta den andra parten få ta del av eventuell framtida utveckling av programvaran kostnadsfritt.

I målet klargjorde EU-domstolen att det inte krävs att samarbetet avser offentliga tjänster som de upphandlande myndigheterna ska tillhandahålla gemensamt. Det räcker att samarbetet gör det möjligt att uppnå myndigheternas gemensamma mål. Domstolen klargjorde vidare att ett samarbete inte behöver avse offentliga tjänster som sådana, utan kan omfatta verksamhet som är underordnad en offentlig tjänst, exempelvis en IT-tjänst. En förutsättning är dock att den underordnade verksamheten bidrar till att det uppdrag avseende offentliga tjänster som är föremål för samarbetet faktiskt utförs. Domen öppnar således för att det kan anses vara en samverkan kring

³ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/ny-lagstiftning/nya-lagarna---en-overblick/nya-lagen-om-offentlig-upphandling-nya-lou/samarbetsavtal/>

offentliga tjänster när regioner eller kommuner delar med sig av program till andra regioner eller kommuner.

En andra förutsättning är att samverkan sker för att nå myndigheternas gemensamma mål. Avtalet får alltså inte ha sitt ursprung enbart i den ena partens behov. Alla samarbetspartners ska också bidra till utförandet av uppdraget. Det krävs dock inte att alla parter bidrar med samma sak eller med lika mycket. Det får också ske en ekonomisk kompensation mellan parterna men den får inte avse mer än kostnadstäckning.

Samarbetet ska endast styras av överbäganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bland annat att privata leverantörer inte får gynnas. Om samarbetet exempelvis innebär att köp ska ske från privata leverantörer ska de upphandlingarna genomföras enligt LOU. I den ovan refererade domen påpekade EU-domstolen också att om framtida underhåll och utveckling av programvaran bara kan tilldelas den leverantör som utvecklat den, exempelvis för att ingen annan leverantör har tillgång till källkoden, skulle det kunna innebära att leverantören gynnas på ett sätt som medför att undantaget för samarbetsavtal inte kan tillämpas.⁴

Slutligen måste den verksamhet som berörs av samarbetet understiga 20 procent på den öppna marknaden. Vad som avses med den öppna marknaden framgår varken av LOU eller det underliggande direktivet. Tanken bakom bestämmelsen är troligen att verksamheten endast i begränsad omfattning (20 procent) bedrivs på den öppna marknaden. En rimlig i tolkning i denna kontext är att regioner som samverkar kring stöd- och behandlingsprogram och som inte alls eller i liten skala (understigande 20 procent) riktar sig mot den privata marknaden uppfyller kriteriet.

Under förutsättning att samarbetet sker för att 1) nå myndigheternas gemensamma mål, 2) som bidrar till utförandet av en offentlig tjänst 3) myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet så skulle undantaget kunna tillämpas. Upphandlingsmyndigheten har i en rapport angett att digitala tjänster till medborgare skulle kunna anses utgöra offentliga tjänster⁵ och är det operativa målet att exempelvis förbättra den psykiska hälsan hos medborgarna skulle kriterierna ovan kunna anses uppfyllda.⁶ Rättsläget är emellertid fortfarande oklart och det är viktigt att komma ihåg att undantag från LOU ska tillämpas restriktivt.

Om värdet av tjänsten understiger direktupphandlingsgränsen om 615 312 kr (ex moms)⁷ så kan de regioner som vill ha hjälp av en region/kommun direktupphandla

⁴ EU-domstolens beslut i mål C-796/18 ISE p. 73-76

⁵ https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/upphandla/nya-upphandlingsregler/offentlig-avtalssamverkan-2017-04-v4_01.pdf, s. 83

⁶ Jmf också EU-domstolens beslut i mål C-796/18 ISE som refereras ovan

⁷ Tröskelvärdet ändras vartannat år. Från och med den 1 januari 2020 är direktupphandlingsgränsen 615 312 kr.

tjänsten. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten gjort under räkenskapsåret. Det kan vara svårt att avgöra vad som är tjänster av samma slag, men om man köper förvaltning och drift av olika internetbaserade behandlingsmetoder för ett belopp som sammanlagt överstiger direktupphandlingsgränsen under räkenskapsåret finns risk för att det inte går att direktupphandla denna tjänst. Det är också viktigt att komma ihåg att en upphandlande myndighet ska ha riktlinjer för hur direktupphandlingar ska ske (19 kap 30 § LOU) och att en upphandlande myndighet måste dokumentera upphandlingar över 100 000 kr (19 kap 30 § LOU).

Upphovsrätt

Enligt 1 § i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk ("URL") tillkommer upphovsrätten den som har skapat ett litterärt eller konstnärligt verk. Upphovsrätten ger upphovsmannen en rätt att ensam bestämma över verket och hur det ska användas. Den som vill använda verket måste därför söka tillstånd hos upphovsmannen för att få göra det. Om det finns flera personer som har tagit fram ett verk kan en gemensam upphovsrätt uppstå.

För att konstatera om upphovsrätt föreligger måste det först klarläggas att det som har framtagits är ett verk i URLs mening. Med konstnärligt och litterära verk menas enligt 1 § URL *"skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal, datorprogram, musikaliskt eller sceniskt verk, filmverk, fotografiska verk eller något annat alster av bildkonst, byggnadskonst eller brukskonst, eller verk som har kommit till uttryck på annat sätt"*. De uppräknade formerna som verket kan komma till uttryck i är endast exemplifierande. För att ett alster ska anses vara ett *"verk"* krävs att det är resultatet av en upphovsmans eget personliga kreativa skapande.

Verket måste alltså på något sätt vara unikt. Det som upphovsrätten skyddar är verkets personliga prägel, som kan ta sitt uttryck genom exempelvis utformning, språket, sammansättningen etc. Idéer, fakta eller metoder skyddas dock inte av upphovsrätt. Om det endast är en idé eller en metod som ska delas behövs alltså inget tillstånd från den som har fått idén eller tagit fram metoden. Om ett stöd- eller behandlingsprogram har en sådan särprägel vad gäller språk, utformning eller dylikt att det är att anse som ett *"verk"* skyddas det av upphovsrätten och tillstånd måste inhämtas från upphovsmannen.

Om en kommun eller region låter någon utomstående ta fram ett material med en så speciell utformning att det ska bedömas som ett litterärt eller konstnärligt verk enligt 1 § URL är det viktigt att i uppdragsavtal reglera att materialet kan komma att spridas och hur det i övrigt får användas.

För det fall det upphovsrättsskyddade materialet tas fram i tjänsten av anställda och anställningsavtalet inte reglerat vad som ska gälla avseende immaterialrätter, är en tumregel att arbetsgivaren inom sitt verksamhetsområde och för sin normala

verksamhet får utnyttja sådana verk som uppkommer som ett resultat av tjänsteåligganden och särskilda åtaganden gentemot arbetsgivaren. Arbetsgivarens rätt avser utnyttjanden för de ändamål som kan förutses när verket tillkommer. För det fall texter tas fram tillsammans med flera regioner, eller där regionerna tar fram olika texter som sedan är tänkta att delas är det klokt att redan innan framtagandet informera den anställde om detta och säkerställa att arbetsgivaren får nyttja texten på avsett vis. Vad gäller datorprogram övergår upphovsrätten automatiskt till arbetsgivaren om det har skapats av en arbetstagare som ett led i hans/hennes arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren (40 a § URL). Upphovsrätten tycks i dessa sammanhang avse källkod, objektкод och gränssnitt.⁸

Det finns även ett undantag för material som har upprättats hos svenska myndigheter, exempelvis kommuner och regioner, och som innehåller upphovsrättsligt skyddat material. Sådant material får spridas utan upphovsmannens tillstånd men upphovsmannen måste namnges enligt god sed. Undantaget gäller dock inte när det är fråga om bl.a. verk som är resultat av vetenskaplig forskning och verk som skapats för undervisning.⁹

Tumregeln för anställda gäller som huvudregel även för lärare och forskare inom universitet och högskola. För att upprätthålla den akademiska friheten har det ansetts viktigt att forskare själva får bestämma när, var och hur deras resultat ska publiceras. Det hör därför inte till högskolans normala verksamhet att kommersiellt exploatera anställdas immaterialrätter. Om det är fråga om ett behandlingsprogram som har tagits fram av en forskare eller lärare vid exempelvis ett universitetssjukhus torde därför forskarens eller lärarens samtycke krävas för att materialet ska få delas.

Om en kommun eller region vill dela ett stöd- eller behandlingsprogram är det sammanfattningsvis viktigt att först utreda om programmet överhuvudtaget skyddas av upphovsrätt, dvs. om utformningen har en tillräcklig originalitet. Om svaret är ja, ska det klarläggas vem eller vilka som har upphovsrätten till programmet. Därefter måste klarläggas om materialet får delas utan ytterligare tillstånd från upphovsmän. SKR har tidigare låtit ta fram en promemoria angående upphovsrätt samt en avtalsmall för hur överlåtelse av upphovsrätten kan gå till:

<https://skl.se/halsasjukvard/ehalsa/internetbaseratstodochbehandling/upphandlingupphovsratt.5253.html>.

⁸ Se Olsson, Henry: Copyright, upplaga 9:1, 2015 s. 50.

⁹ Se 26 a § URL

GDPR

För det fall en region eller kommun ska hantera personuppgifter åt en annan region eller kommun är det viktigt att det finns ett personuppgiftsbiträdesavtal som uppfyller kraven i dataskyddsförordningen.¹⁰

Slutsats

Den nya bestämmelsen i 9 kap 37 § KL möjliggör för regioner och kommuner att uppdra åt andra regioner och kommuner att utföra tjänster åt dem enligt de kriterier som ställs upp i bestämmelsen. En förutsättning för att bestämmelsen ska vara tillämplig är dock att upphandlingsregelverket iakttas. I LOU finns möjlighet att tillämpa det s.k. Hamburgundantaget om vissa rekvisit är uppfyllda. Om det inte är möjligt att tillämpa Hamburgundantaget eller direktupphandling måste en region eller kommun upphandla programmet enligt LOU. En särskild fråga är om 9 kap 37 § KL ger en region eller kommun möjlighet att lämna anbud. Enligt SKLs mening hindrar inte lagtexten detta. Lagstiftaren har dock uttryckt i förarbetena att syftet med bestämmelsen inte är *”att öka möjligheterna för kommuner och landsting att i konkurrens med privata företag delta i upphandlingar”*. Det är därför lämpligt att endast använda sig av möjligheten att köpa ett stöd- och behandlingsprogram av en annan region eller kommun när det inte finns några konkurrerande produkter som tillhandahålls av privata företag.

¹⁰ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016