

MYNDIGHETSUTÖVNING IN PÅ BARA KROPPEN

En analys av de rättsliga förutsättningarna för upphandling av s.k. polisiära läkartjänster

av Kristian Pedersen

1. Bakgrund¹

Utgör utförande av kroppsbesiktning av misstänkt gärningsman myndighetsutövning? Är rätten att genomföra sådan undersökning eller provtagning förbehållen offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal eller kan även privatanställd personal, genom avtal, åta sig att utföra sådana s.k. polisiära läkartjänster? Kan de rättsvårdande myndigheterna underlåta att genomföra formbunden upphandling då de anskaffar denna typ av tjänster?

Av Ds 2003:3 *Ny ordning för utfärdande av rättsintyg* framgår att det endast är "... inom offentligt bedriven hälso- och sjukvård som tvångsåtgärder kan tillgripas. Om en privatanställd läkare vill åta sig uppdraget att utfärda ett rättsintyg finns givetvis inget hinder mot detta, men det förutsätter att den undersökte lämnat sitt medgivande till undersökningen, något som ofta inte är fallet vid kroppsbesiktning av misstänkt gärningsman."² Promemorian återger i detta avseende en uppfattning som förefaller vara allmänt utbredd; att endast offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal har rätt att undersöka och ta prover från personer som misstänks för brott och som motsätter sig undersökning eller provtagning.³ Med "offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal" avses i detta sammanhang endast sådan personal som är anställd direkt av staten, ett landsting eller en kommun, vilket utesluter inte bara privatanställd personal utan även sådan personal som är anställd vid bolagiserade statliga, landstings- eller kommunalägda sjukhus.

En eventuell ensamrätt att utföra vissa typer av tjänster är av stor betydelse för offentliga organs rättsliga möjligheter och skyldigheter att genom offentlig upphandling anskaffa sådana tjänster. Förekomsten av en ensamrätt för offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal att genomföra undersökning

¹ Jag vill tacka NOU:s chefsjurist Michael Slavicek och jur. kand. Jan-Erik Falk för värdefulla synpunkter och påpekanden rörande det första utkastet till denna artikel. Den analys och de slutsatser som framgår av artikeln är författarens egna och återspeglar därför inte nödvändigtvis NOU:s officiella inställning.

² Ds 2003:3, s. 68.

³ Se t.ex. yttrande från Socialstyrelsen i ärende nr 43-5171/2003.

och provtagning från misstänkta skulle därför vara av stor betydelse för myndigheters möjligheter respektive skyldigheter att upphandla denna typ av tjänster. Den skulle innebära en kraftig begränsning av kretsen av potentiella leverantörer av denna typ av tjänster. Med hänsyn till att ett landsting på grund av den kommunalrättsliga lokaliseringsprincipen, endast undantagsvis får bedriva verksamhet utanför det egna länet, skulle en sådan ensamrätt i praktiken innebära att endast en leverantör av polisiära läkartjänster skulle finnas i vart och ett av rikets län.

Syftet med förevarande artikel är, mot denna bakgrund, dels att försöka klarlägga huruvida en sådan ensamrätt föreligger, och dels att försöka utreda vilken betydelse de gällande bestämmelserna om offentlig upphandling har vid anskaffning av denna typ av tjänster.

2. Undersökning av och provtagning från personer misstänkta för brott

2.1 Regeringsformen och Rättegångsbalken

Varje svensk medborgare är enligt Regeringsformen (RF) 2 kap. 6 § skyddad mot påtvingade kroppsliga ingrepp.⁴ Detta skydd får enligt RF 2 kap. 12 § endast begränsas genom lag och endast för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. En sådan begränsning får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den.

Lagstöd för undersökning av människokroppen och provtagning (s.k. kroppsbesiktning) under förundersökning i anledning av brott finns i Rättegångsbalken (RB) 23 kap. 16 § och 28 kap. 12-13 §§. Den som skäligen kan misstänkas för ett brott på vilket fängelse kan följa, får kroppsbesiktigas i syfte att finna föremål som kan tas i beslag eller för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredningen om brottet.

2.2 Begreppet myndighetsutövning

Ett av de mest betydelsefulla begreppen i den svenska förvaltningsrätten är begreppet myndighetsutövning. Detta begrepp används som ett samlingsnamn för en viss typ av offentlig verksamhet, vilken omfattas av särskilda rättsregler. Begreppet myndighetsutövning definieras i förarbetena till För-

⁴ Om inte annat följer av särskilda föreskrifter i lag gäller detsamma, enligt RF 2 kap. 22 § 2 st. 3 p., även för utlänning som vistas i Sverige.

valtningslagen som ”utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande”.⁵ Myndighetsutövning kan enligt Strömberg ytterst anses vara ett uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna. Befogenheten till myndighetsutövning måste vara grundad på lag eller annan författning eller på annat sätt kunna härledas ur bemyndiganden från de högsta statsorganen.⁶

Huvudregeln kan enligt Wennergren sägas vara att bara utövning av författningsgrundade befogenheter innebär myndighetsutövning. Det skall vara fråga om författningsstadgade befogenheter, som skapar rättsligt bindande skyldigheter, rättigheter eller förmåner för den enskilde. Beslut om tillämpning av författningsgrundade tvångsmedel och sanktioner liksom beslut om andra tvingande bud och förbud mot den enskilde är enligt Wennergren typiska myndighetsutövningsbeslut.⁷

Myndighetsutövning i allmänhet kräver således någon form av författningsstöd, men inte uttryckligt lagstöd. Sådan myndighetsutövning som innebär påtvingade kroppsliga ingrepp får dock, i enlighet med vad som ovan angivits beträffande bestämmelserna i RF, endast ske med stöd av lag.

2.3 Hälsa- och sjukvårdspersonalens rättigheter och skyldigheter

Grundläggande bestämmelser om bedrivande av hälso- och sjukvård återfinns i Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Av 2 a § framgår bl.a. att vården skall vara av god kvalitet och tillgodose patientens behov av trygghet i vården och behandlingen, att den skall bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet och att den så långt möjligt skall utformas och genomföras i samråd med patienten. Hälso- och sjukvårdspersonalens skyldigheter preciseras närmare i 2 kap. lagen (1998:531) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område samt 2 kap. förordningen (1998:1513) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område (YrkesvF).

Enligt 2 kap. 3 § YrkesvF är läkare och tandläkare verksamma inom den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården skyldiga att utföra undersökningar och ge utlåtanden över dessa på begäran av länsstyrelse, domstol, åklagarmyndighet eller polismyndighet. Motsvarande skyldighet saknas för privatanställd hälso- och sjukvårdspersonal. Paragrafens syfte är att tillgodose de

⁵ Prop. 1985/86:80, s. 55.

⁶ Strömberg, H., Allmän förvaltningsrätt, Liber Ekonomi 2002, s. 19.

⁷ Wennergren, B., Offentlig förvaltning i arbete, Norstedts Juridik AB 2000, s. 27.

nämnda myndigheternas behov av biträde med medicinsk och odontologisk sakkunskap.⁸

3. Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

3.1 Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) bygger på EG-direktiv i de delar som reglerar upphandling över de s.k. tröskelvärdena.⁹ För upphandling under tröskelvärdena samt för upphandling av bland annat s.k. B-tjänster¹⁰ gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Bestämmelserna i 6 kap. LOU styrs av samma grundprinciper som de bestämmelser vilka reglerar upphandling över tröskelvärden, men bygger i sin utformning till viss del på tidigare gällande svenska upphandlingsbestämmelser.¹¹ Huvudregeln enligt upphandlingsdirektiven och LOU är att offentliga kontrakt (upphandlingskontrakt) får tilldelas först efter att en konkurrensutsättning ägt rum. Det finns dock även undantagsbestämmelser, vilka inte förutsätter konkurrensutsättning.

Romfördraget (RomF) innehåller ingen uttrycklig reglering av den offentliga upphandlingen. Däremot innehåller RomF grundläggande bestämmelser som medlemsstaterna förväntas följa även vid offentlig upphandling. EG-domstolen har, beträffande de grundläggande gemenskapsrättsliga principernas tillämplighet på upphandlingar under tröskelvärdena, uttalat att "[e]nbart den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ansett att de speciella och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i [upphandlingsdirektiven] inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde innebär inte att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphand-

⁸ Billum, S. & Sahlin, J., Hälso- och sjukvårdspersonalens åligganden och ansvar – En författningskommentar, Publica 1995, s. 83.

⁹ Gällande tröskelvärden framgår av förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁰ A-tjänster är sådana tjänster, till vilka hänvisas i avdelning A i bilagan till LOU, och som typiskt sett kan bli föremål för gränsöverskridande handel, t.ex. underhåll och reparation av motorfordon, landtransporter, finansiella tjänster, fastighetsförvaltning etc. B-tjänster är sådana tjänster, till vilka hänvisas i avdelning B i bilagan till LOU, och som typiskt sett är mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel, t.ex. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster, hälso- och sjukvårdstjänster etc.

¹¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) samt kommunala upphandlingsreglementen.

lande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler”.¹² De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande, vilka kan anses följa bl.a. av RomF art. 43, 49 och 81, gäller således vid all upphandling.

Av EG-domstolens praxis följer vidare att domstolen med stöd av RomF art. 234 "... är behörig att tolka gemenskapsrätten när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationelle lagstiftaren vid införlivandet av direktivets bestämmelser med den nationella rätten har beslutat att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet, varför han har anpassat den interna lagstiftningen till gemenskapsrätten.”¹³ Detta innebär med andra ord att EG-domstolens praxis är vägledande även för upphandling enligt 6 kap. LOU.

Enligt RomF art. 45 och art. 55 skall fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster "... inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.” Som en konsekvens av detta anges i preambeln till Direktiv 92/50/EEG (rörande upphandling av tjänster) att direktivet inte skall påverka tillämpningen av art. 45, 46 och 55 (enligt nu gällande numrering). Sådan verksamhet som är "förenad med utövande av offentlig makt" omfattas därför inte av direktivets bestämmelser och således inte heller av bestämmelserna i LOU.

Av EG-domstolens praxis framgår att RomF art. 45 skall tolkas snävt; undantaget skall begränsas till sådan "... verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.”¹⁴ Mot bakgrund av EG-domstolens praxis bör uttrycket "utövande av offentlig makt" enligt min mening ges en snävare innebörd än det svenska begreppet "myndighetsutövning". Domstolens praxis har vidare tolkats så att stödtjänster till verksamhet som i och för sig innebär utövande av offentlig makt inte omfattas av undantaget i RomF art. 45.¹⁵

¹² Mål C-59/00 Bent Moustens Vestergaard mot Spöttrup Boligselskab och mål C-324/98 Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, i närvaro av: Herold Business Data AG.

¹³ Mål C-28/95 A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2.

¹⁴ Se bl.a. mål C-114/97 Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, mål C-42/92 Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de verzekering och mål 2/74 Jan Reyners mot belgiska staten.

¹⁵ Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell 1996, s. 92 f.

3.2 Bestämmelser om upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster

Hälso- och sjukvårdstjänster är B-tjänster. Upphandling av B-tjänster regleras, som ovan nämnts, i 6 kap. LOU. Huvudregeln vid tillämpning av 6 kap., vilken framgår av 6 kap. 2 §, är att upphandlingen skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.¹⁶ Direktupphandling¹⁷ får dock användas om upphandlingens värde är lågt¹⁸ eller om det finns synnerliga skäl. Något förenklat kan sägas att både förenklad upphandling och urvalsupphandling innebär att konkurrensutsättning sker, medan direktupphandling i normalfallet innebär att den upphandlande enheten vänder sig direkt till en eller ett fåtal leverantörer.

Av förarbetena till de ändringar i LOU som trädde ikraft den 1 juli 2002 framgår att möjligheten för en upphandlande enhet att, med åberopande av synnerliga skäl, använda sig av direktupphandling är "... avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över" och att det är "... den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling."¹⁹ Direktupphandling är således att betrakta som ett undantagsförfarande. I samma förarbeten uttalas emellertid även att kravet på upphandling "... kan komma i konflikt med patientens fria val av vårdgivare. [...] Undantaget för synnerliga skäl bör därmed även omfatta sådana hälso- och sjukvårdstjänster där patienten genom sin rätt till val av vårdgivare utsett tjänsteleverantören."²⁰

Enligt 5 kap. 2 § behöver en upphandlande enhet inte tillämpa LOU vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.²¹ Sådan upphandling faller således helt och hållet utanför

¹⁶ Med *förenklad upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Med *urvalsupphandling* avses enligt samma lagrum en upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

¹⁷ Med *direktupphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU en upphandling "...utan krav på anbud." Då avtal normalt inte kan slutas utan att någon av parterna avger ett anbud torde vad som avses i definitionen vara att den upphandlande enheten vid direktupphandling inte behöver infordra skriftliga anbud. Köp av varor över disk i en butik är således ett exempel på direktupphandling.

¹⁸ Vad som avses med lågt värde framgår dock inte av bestämmelserna i LOU.

¹⁹ Prop. 2001/02:142, s. 99.

²⁰ A. prop., s. 49 f.

²¹ Enligt prop. 1992/93:88, s. 96 avses med ensamrätt en "... författningsbestämd ensamrätt, dvs. i praktiken ett monopol."

lagens tillämpningsområde. Detsamma får enligt min mening, trots avsaknad av uttryckligt stadgande härom, anses gälla även vid upphandling enligt 6 kap. LOU. Motsatt ståndpunkt skulle nämligen leda till den märkliga konsekvensen att en typ av anskaffning som, om värdet överstiger tröskelvärdet, överhuvudtaget inte omfattas av LOU skulle behöva göras till föremål för upphandling i enlighet med LOU (6 kap.) i de fall då värdet understiger tröskelvärdet. Detta kan knappast ha varit lagstiftarens avsikt.

En upphandlande enhet får vidare, enligt 6 kap. 2 b § 3 p. LOU, utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör. Bestämmelsen utgör ett undantag från kravet på konkurrensutsättning och skall tolkas restriktivt. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att föremålet för upphandlingen kan levereras av endast en viss leverantör.

Bestämmelserna i 5 kap. 2 § och 6 kap. 2 b § 3 p. skiljer sig åt i flera avseenden. Dels gäller 5 kap. 2 § endast anskaffningar som görs från andra upphandlande enheter, medan 6 kap. 2 b § 3 p. gäller anskaffning även från leverantörer som inte är upphandlande enheter, och dels innebär bestämmelserna i 5 kap. 2 § att anskaffningar som uppfyller paragrafens rekvisit överhuvudtaget inte behöver upphandlas enligt LOU medan bestämmelserna i 6 kap. 2 b § 3 p. innebär att den upphandlande enheten, trots att den får vända sig direkt till en viss leverantör utan föregående annonsering, inte är befriad från att tillämpa bestämmelserna i LOU i övrigt.

4. Föreligger ensamrätt?

4.1 Argument för uppfattningen att ensamrätt föreligger

Uppfattningen att hälso- och sjukvårdspersonal i bolagiserad sjukvård och sjukvård på entreprenad inte har rätt att utföra kroppsbesiktning utan patientens (den misstänktes) samtycke förefaller grunda sig på två antaganden.²²

För det första antas undersökning av och provtagning från misstänkta utan samtycke utgöra myndighetsutövning mot enskild. Då myndighetsutövning endast får överlätas åt privata subjekt med stöd av lag, och sådant lagstöd i det aktuella avseendet saknas, får kroppsbesiktning, enligt företrädarna

²² Se yttrande från Socialstyrelsen i ärende nr 43-5171/2003.

för denna uppfattning, endast utföras av offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal.

För det andra antas bestämmelserna i 2 kap. 3 § YrkesvF medföra befogenhet för offentliganställda läkare och tandläkare att ägna sig åt myndighetsutövning i form av undersökning av och provtagning från misstänkta. Enligt denna bestämmelse är, som ovan nämnts, läkare och tandläkare verksamma inom den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården skyldiga att utföra undersökningar och ge utlåtanden över dessa på begäran av länsstyrelse, domstol, åklagarmyndighet eller polismyndighet. Företrädarna för denna uppfattning menar att "[d]et är sålunda inte tänkt att någon annan än den som har skyldighet att utföra en undersökning eller provtagning ska ha 'rätt' att utföra sådan åtgärd" och att privatanställd hälso- och sjukvårdspersonal därför inte har rätt att genomföra undersökning av och provtagning från personer misstänkta för brott såvitt dessa inte samtycker till undersökning respektive provtagning.²³

4.2 Analys av argumenten för att ensamrätt föreligger

Det finns enligt min mening anledning att ifrågasätta uppfattningen att läkares undersökning av och provtagning från personer misstänkta för brott utgör myndighetsutövning.

För att en verksamhet skall utgöra myndighetsutövning skall det som ovan nämnts vara fråga om utövning av författningsgrundade befogenheter, som skapar rättsligt bindande skyldigheter, rättigheter eller förmåner för den enskilde.

Om en läkares undersökning av och provtagning från en misstänkt skulle utgöra myndighetsutövning skulle det emellertid uppstå en situation i vilken det förelåg "konkurrerande myndighetsutövning" mellan å ena sidan beslutet av domstol, åklagarmyndighet eller polismyndighet enligt RB, att undersökning eller provtagning skall genomföras, och å andra sidan beslutet, om genomförande av undersökning eller provtagning, som fattats av läkaren ifråga. Om läkares förehavanden utgör myndighetsutövning med rättsverkan att den misstänkte tvingas undergå undersökning eller provtagning torde beslutet av domstol, åklagarmyndighet eller polismyndighet enligt RB inte kunna utgöra myndighetsutövning, eftersom dessa myndigheters beslut då, i avsaknad av ett beslut av läkaren att genomföra undersökning eller provtagning, inte innebär att någon rättsligt bindande skyldighet för den misstänkte skapas. Om däremot myndigheternas beslut utgör myndighetsut-

²³ Se yttrande från Socialstyrelsen i ärende nr 43-5171/2003.

övning med rättsverkan att den misstänkte tvingas undergå undersökning eller provtagning, kan läkarens beslut inte utgöra myndighetsutövning eftersom det inte innebär att någon rättslig skyldighet för den misstänkte, utöver vad som redan följer av myndigheternas beslut, uppstår. Det torde därför inte vara möjligt att både beslutet av domstol, åklagarmyndighet eller polismyndighet enligt RB och läkarens beslut utgör myndighetsutövning.²⁴

I valet mellan vilket av de två momenten som utgör myndighetsutövning ligger det enligt min mening närmare tillhands att dra slutsatsen att det är beslutet av domstol, åklagarmyndighet eller polismyndighet, vilket uttryckligen har stöd i RB, som utgör myndighetsutövning snarare än utförandet av den, i 2 kap. 3 § YrkesvF stadgade, skyldigheten för offentliganställda läkare att utföra undersökning. Om den motsatta ståndpunkten vore riktig skulle den befogenhet, som de berörda myndigheterna tilldelats genom bestämmelserna i RB, framstå som tämligen innehållslös.

Det finns emellertid ytterligare en anledning till att läkarens genomförande av undersökning eller provtagning inte kan utgöra myndighetsutövning. Det har tidigare konstaterats att myndighetsutövning i allmänhet inte kräver uttryckligt lagstöd men att sådan myndighetsutövning som innebär påtvingade kroppsliga ingrepp, i enlighet med RF 2 kap. 12 §, kräver stöd i lag. Om själva utförandet av undersökning eller provtagning skulle utgöra myndighetsutövning skulle dock i dagsläget inte ens offentliganställda läkare ha rätt att utföra sådan undersökning eller provtagning. Detta eftersom YrkesvF inte har status av lag och därför, enligt RF 2 kap. 12 §, inte kan utgöra grund för en inskränkning av det grundlagsstadgade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp. Uppfattningen att själva utförandet av undersökning av eller provtagning från misstänkta skulle utgöra myndighetsutövning leder således till den i mitt tycke orimliga slutsatsen att de offentliganställda läkare som utför sådana undersökningar eller provtagningar bryter mot det grundlagsstadgade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp.

Min uppfattning är därför att själva utförandet av undersökning av eller provtagning från personer misstänkta för brott inte kan utgöra myndighetsutövning. Polis- eller åklagarmyndighets eller annan behörig myndighets beslut om att kroppsbesiktning skall utföras utgör däremot enligt min mening myndighetsutövning. Lagstöd för denna myndighetsutövning, vilken innebär påtvingade kroppsliga ingrepp, finns som tidigare nämnts i RB 23 kap. 16 § och 28 kap. 12-13 §§.

²⁴ Detta gäller i vart fall så länge de åtgärder läkaren vidtar överensstämmer med myndigheternas beslut.

Eftersom själva utförandet av undersökning av eller provtagning från personer misstänkta för brott inte utgör myndighetsutövning, kan det enligt min mening inte heller anses vara fråga om utövande av offentlig makt i den mening som avses i RomF art. 45; detta eftersom uttrycket utövande av offentlig makt, enligt vad som ovan anförts, skall tolkas mer restriktivt än begreppet myndighetsutövning. Behörig myndighets beslut om att kroppsbesiktning skall utföras får dock anses utgöra *såväl* myndighetsutövning som utövande av offentlig makt. En läkares utförande av kroppsbesiktning bör därför, enligt min mening, betraktas som en stödtjänst till verksamhet som innebär utövande av offentlig makt, en tjänst som inte, på grund av RomF art 45, kan anses undantagen från tillämpningsområdet för Direktiv 92/50/EEG och LOU.

Mot detta skulle visserligen kunna invändas att, även om undersökning av och provtagning från misstänkta utan deras samtycke inte utgör myndighetsutövning, så innebär bestämmelserna i 2 kap. 3 § YrkesvF att offentliganställda läkare tilldelats en befogenhet som inte tillkommer privatpraktiserande läkare. En sådan invändning utgår emellertid enligt min mening ifrån att det för att en läkare skall få genomföra undersökning eller provtagning, krävs ytterligare författningsstöd utöver bestämmelserna i RB. Dessutom innebär den en sammanblandning av den offentliganställda hälso- och sjukvårdspersonalens skyldighet att på begäran av behörig myndighet, utföra undersökning eller provtagning och behörigheten att genomföra sådana åtgärder, en behörighet som enligt denna tolkning uteslutande tillkommer offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal.

Det faktum att läkare och tandläkare som är verksamma inom den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården är skyldiga att utföra undersökningar och ge utlåtanden över dessa utgör enligt min mening inget hinder mot att den som är verksam inom bolagiserad sjukvård eller sjukvård på entreprenad genom avtal åtar sig att utföra motsvarande tjänster.²⁵ Den skyldighet som följer av 2 kap. 3 § YrkesvF innebär, i avsaknad av uttryckligt stadgande därom, inte att det finns någon motsvarande ensamrätt för offentliganställda läkare och tandläkare. Det grundlagsstadgade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp får vidare, som ovan nämnts, enligt RF 2 kap. 12 § endast inskränkas genom lag och så har också, såvitt nu är av intresse, skett genom bestämmelserna i RB 23 kap. 16 § och 28 kap. 12-13 §§. Rättigheten för såväl offentliganställd som privat hälso- och sjukvårdspersonal att,

²⁵ Se även Billum, S. & Sahlin, J., Hälso- och sjukvårdspersonalens åligganden och ansvar – En författningskommentar, Publica 1995, s. 84.

efter beslut av behörig myndighet, utföra kroppsbesiktningar följer således enligt min mening redan av de ovannämnda bestämmelserna i RB.

Mot bakgrund av det ovan anförda är det således min uppfattning att det i gällande rätt inte finns någon ensamrätt för offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal att genomföra undersökning av och provtagning från personer som misstänks för brott och som motsätter sig undersökning eller provtagning.

Offentliga organ som anskaffar denna typ av tjänster har därför, enligt min mening, inte rätt tillämpa de undantagsförfaranden som regleras i bestämmelserna i 5 kap. 2 § respektive 6 kap. 2 b § LOU.

5. Sammanfattning

Det förefaller vara en allmänt utbredd uppfattning att endast offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal har rätt att undersöka och ta prover från personer som misstänks för brott och som motsätter sig undersökning eller provtagning. Denna uppfattning grundar sig dels på antagandet att själva utförandet av sådan kroppsbesiktning utgör myndighetsutövning, vilken inte får överlåtas åt privata rättssubjekt utan stöd av lag, och dels på antagandet att bestämmelserna i YrkessvF, ger offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal rätt att utföra kroppsbesiktningar, en rätt som inte tillkommer privatanställd personal eller personal anställd vid bolagiserade statliga, landstings- eller kommunalägda sjukhus.

En upphandlande enhet behöver inte genomföra en konkurrensutsättning, och i vissa fall överhuvudtaget inte tillämpa LOU, vid anskaffning av tjänster från någon som har ensamrätt att utföra de aktuella tjänsterna.

Min uppfattning är att en läkares utförande av kroppsbesiktning inte utgör myndighetsutövning. Skälet till detta är att myndighetsutövning definitionsmässigt innebär utövning av författningsgrundade befogenheter, som skapar rättsligt bindande skyldigheter, rättigheter eller förmåner för den enskilde. En läkares utförande av kroppsbesiktning innebär enligt min mening inte att det skapas någon rättslig skyldighet för den enskilde, utöver vad som redan följer av domstols, åklagarmyndighets eller polismyndighets beslut om att kroppsbesiktning skall genomföras.

Vidare kräver myndighetsutövning, som innebär inskränkningar i det grundlagsstadgade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp, uttryckligt lagstöd. Skulle själva utförandet av kroppsbesiktning utgöra myndighetsutövning, skulle i dagsläget inte heller offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal ha rätt att utföra sådan undersökning eller provtagning, eftersom

YrkesvF, inte har status av lag och därför inte kan utgöra grund för inskränkning av det grundlagsstadgade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp.

Det är därför min uppfattning att det inte finns någon ensamrätt för offentliganställd hälso- och sjukvårdspersonal att utföra kroppsbesiktning av misstänkta gärningsmän som motsätter sig sådan undersökning eller provtagning. Offentliga organ kan därför inte underlåta att genomföra konkurrensutsatta upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU vid anskaffning av denna typ av tjänster.