

Ert datum:
2016-11-24
Er ref:
Fi2016/04014/K

Datum:
2017-02-21
Diarienummer:
UHM-2016-0240

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning,
Kommunenheten
fi.registrator@regeringskansliet.se

Betänkande – Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat betänkande från Valfärdsutredningen.

Remissvaret inleds med en sammanfattning och därefter en inledning. Därefter kommenteras förslaget som Valfärdsutredningen (hädanefter kallad utredningen) lämnat. Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån sitt uppdrag för att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter och därmed kommenteras inte samtliga kapitel och förslag.

Eftersom förslagen framförallt rör upphandlande myndigheter och inte upphandlande enheter använder Upphandlingsmyndigheten endast begreppet upphandlande myndighet i detta yttrande.

1. Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten ser positivt på att använda det utrymme för egen reglering och ökad handlingsfrihet som upphandlingsdirektiven ger. Samtidigt finns det en risk att regelverket blir svåröverskådligt och att lagtillämpningen försvåras. Av den anledningen ser Upphandlingsmyndigheten att förslagen i denna utredning bör beredas samordnat med den aviserade översynen av de nationella upphandlingsreglerna och översynen av rättsmedel. Då finns förutsättningar för att skapa ett sammanhållet, enhetligt och väl avvägt regelverk för upphandling av välfärdstjänster och sådana tjänster som är undantagna upphandlingsdirektiven.

Upphandlingsmyndigheten anser att det ska föreligga en huvudregel om att de grundläggande principerna ska tillämpas vid såväl upphandling av välfärdstjänster som inte omfattas av upphandlingsdirektiven som vid inrättande av valfrihetssystem. Det vill säga en presumtion om ett gränsöverskridande intresse, en huvudregel om annonsering samt en utredningsskyldighet för den upphandlande myndigheten att påvisa att det i det enskilda fallet inte finns ett sådant gränsöverskridande intresse.

Upphandlingsmyndigheten instämmer inte i utredningens bedömning att det bör vara möjligt att reservera ett valfrihetssystem enbart för vissa aktörer.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget om att förvaltningslagen ska tillämpas när förvaltningsmyndigheter handlägger ärenden enligt LOV.

Upphandlingsmyndigheten efterfrågar också definitioner av begreppen *icke-vinstdrivande* och *idéburen sektor*.

2. Inledning

Upphandlingsmyndighetens vision är "sunda offentliga affärer för en hållbar framtid" och vårt uppdrag är att verka för att upphandlingar hanteras rättssäkert, strategiskt och effektivt och att miljöhänsyn och sociala hänsyn beaktas. Vi ser därför att det är angeläget att betrakta de frågor som berörs i utredningen i ett helhetsperspektiv och att berörda upphandlande myndigheter ser ingåendet av kontrakt med olika aktörer som en del i en försörjningsstrategi med målsättning att leverera välfärd till sina medborgare. Vi efterfrågar därför en tydlig konsekvensutredning av förslagen utifrån ett övergripande och brett samhällsperspektiv. Strävan om att förenkla och medge undantag från lagstiftning måste balanseras så att det kan ske utan att ge avkall på rättssäkerhet, enhetlighet och utan att äventyra medborgarnas förtroende till det offentliga. Utifrån Upphandlingsmyndighetens perspektiv är det vidare viktigt att förändringar av upphandlingsreglerna och förutsättningarna för att erhålla offentliga medel värnar och främjar konkurrens och också företagens möjlighet till verksamhetsutveckling och kvalitetshöjande åtgärder.

De bestämmelser som föreslås i utredningen har alla koppling till den offentliga sektorns behov av anskaffning av olika former av välfärdstjänster och ska därmed betraktas som strategiska försörjningsfrågor som bör hanteras så att största möjliga nytta uppnås för samhället och högsta möjliga kvalitet till enskilda

Datum:
2017-02-21

Diarienummer:
UHM-2016-0240

medborgare. Av den anledningen är öppenhet, likabehandling och väl avvägda beslut avgörande för att marknads aktörer ska känna förtroende för den offentliga sektorn. De olika regelverken som marknads aktörer möter måste ha ett logiskt samband och enhetliga rättsliga förutsättningar. Samtidigt behövs såväl kunskap som utveckling av metoder för att olika aktörer, såsom civilsamhällets organisationer, ska kunna ha en större medverkan i och utföra det som uppfattas som offentliga uppgifter eller tjänster. Detta stärker tilltron till den offentliga sektorn och i förlängningen demokratin. Upphandlingsmyndigheten är därmed positiv till att de nationella regelverken innehåller sådana möjligheter till undantag som de nya upphandlingsdirektiven ger. Tillsammans med redan införda bestämmelser (såsom möjlighet för reserverade upphandlingar) kan dessa utnyttjas i syfte att förbättra förutsättningarna för civilsamhällets organisationer att bli utövare av offentliga tjänster.

De förslag som lämnas av utredningen kan dock leda till att överskådligheten och tillgängligheten till de lagar och bestämmelser som ska tillämpas försvåras. Utredningens förslag leder till att ett ytterligare kapitel införs i upphandlingslagarna som innehåller fler tillämpliga paragrafer. Av den anledningen ser Upphandlingsmyndigheten att förslagen i utredningen bör beredas samordnat med den aviserade översynen av de nationella upphandlingsreglerna och översynen av rättsmedel. Då finns förutsättningar för att skapa ett sammanhållet, enhetligt och väl avvägt regelverk för såväl upphandling av välfärdstjänster och sådana tjänster som är undantagna upphandlingsdirektiven.

Upphandlingsmyndigheten efterfrågar vidare definitioner av begreppen *icke-vinstdrivande* och *idéburen sektor*. Den idéburna sektorn kan vara vinstdrivande och icke-vinstdrivande verksamheter behöver inte vara idéburna. Enligt Upphandlingsmyndigheten är det lika viktigt att ställa kvalitetskrav på idéburna organisationer som på aktiebolag. Och det är viktigt med likabehandling och objektivitet oavsett i vilken organisationsform som en utövare erbjuder sina tjänster till det offentliga och oavsett vilket regelverk som är tillämpligt.

3. Utredningens förslag

17.1 Ett mer flexibelt regelverk för upphandling av välfärdstjänster

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning att Sverige i högre grad bör ta vara på det EU-rättsliga utrymmet som finns för att skapa ett mer flexibelt regelverk för upphandling, både för den direktivstyrda upphandlingen av sociala och andra särskilda tjänster som upphandlingar utanför det direktivstyrda området generellt sett.

17.2.1 Upphandlande myndigheter får organisera upphandlingsförfarandet vid upphandling av välfärdstjänster

Upphandlingsmyndigheten ser positivt på möjligheten att låta den upphandlande myndigheten själv få organisera upphandlingsförfarandet vid upphandling av de aktuella tjänsterna. En sådan möjlighet till förenkling för den upphandlande myndigheten kan dock innebära en upplevd minskning av transparens och förutsägbarhet för de leverantörer som deltar i förfarandet och också risk att rättssäkerheten åsidosätts. Det innebär att höga krav på transparens och likabehandling ställs på upphandlande myndigheter när de utformar sina egna förfaranden. Att den upphandlande myndigheten ska vara fri att organisera upphandlingsförfarandet måste också innebära att det finns en möjlighet för den upphandlande myndigheten att tillämpa de förfaranden som finns särskilt angivna i övriga delar av lagen. Med dessa alternativ kombinerade ökar den upphandlande myndighetens utrymme att kunna anpassa förfarandet i större utsträckning till det aktuella föremålet för upphandlingen och så att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU uppfylls.

Utredningen omfattar ett avgränsat antal av de uppräknade tjänster som enligt LOU-direktivet ingår i gruppen sociala och andra särskilda tjänster enligt bilaga XIV till direktivet. Upphandlingsmyndigheten noterar att ett införande av ett särskilt kapitel för upphandlingar av välfärdstjänster, så som utredningen föreslår, får konsekvensen att olika regler för upphandlingar av sociala och andra särskilda tjänster kommer att bli tillämpliga. Om upphandlingsföremålet omfattas av den grupp av tjänster som föreslås i bilaga 2 a i utredningen tillämpas alltså en uppsättning av regler (det vill säga det föreslagna 19 a kapitlet) medan övriga sociala och andra särskilda tjänster tillämpar en annan uppsättning av regler (19 kapitlet). Ett sådant upplägg kan fungera om det tydligt framgår vilka regler som ska tillämpas i en aktuell upphandling. Det föreslagna upplägget innebär däremot att upphandlingslagstiftningen blir mer omfattande och det kan inte uteslutas att regelverket kommer att upplevas som än mer svåröverskådligt.

17.2.2 Annonsering m.m.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens förslag att den upphandlande myndigheten vid annonsering ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten som huvudregel vid upphandling av sociala och andra särskilda tjänster. En sådan reglering innebär att leverantörerna på ett enkelt sätt får tillgång till samtliga upphandlingsdokument.

Vad gäller *efterannonsering* av välfärdstjänster anser Upphandlingsmyndigheten att det inte är lämpligt att sådana annonser publiceras kvartalsvis. Vad gäller upphandlingar som genomförs i Sverige brister efterannonseringen idag och möjligheten att skjuta på denna skyldighet lär knappast medföra att benägenheten att efterannonsera upphandlingar ökar. En sådan regel skulle också medföra en ökad diversifiering av regelverket. Upphandlingsmyndigheten vill i sammanhanget framhålla att korrekt efterannonsering är viktig ur statistiksynpunkt.

17.2.3 Uteslutning och kvalificering av leverantörer

Upphandlingsmyndigheten anser, till skillnad från utredningens förslag, att de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 13 kap. 2 § LOU också ska vara obligatoriska vid upphandlingar enligt det av utredningen föreslagna 19 a kapitlet i LOU. Vid införandet av nya LOU övergick den tidigare fakultativa uteslutningsgrunden obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter i gamla LOU (10 kap. 2 § lagen [2007: 1091] om offentlig upphandling) till att bli en obligatorisk uteslutningsgrund i 13 kap. 2 § nya LOU. Vid utformningen av nya LOU har regeringen på flera ställen i prop. 2015/16:195 framhållit att de nationella reglerna för upphandlingar under tröskelvärdet samt upphandlingar av de tjänster som tidigare benämndes B-tjänster inte varit föremål för översyn inom ramen att implementera de nya upphandlingsdirektiven. Resultatet blev därmed att reglerna om uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter fått olika innebörd beroende på om den aktuella upphandlingen omfattas av direktiven fullt ut eller om upphandlingen endast omfattas av 19 kap. LOU (det vill säga upphandlingar under tröskelvärdet, eller upphandlingar av sociala och andra särskilda tjänster). Upphandlingsmyndigheten anser att upphandlingslagstiftningen bör vara så enhetligt utformad som möjligt och kan inte se något argument mot att den aktuella uteslutningsgrunden inte ska vara obligatorisk. Detta särskilt då upphandlingar som omfattas det föreslagna 19 a kapitlet i LOU kan uppgå till höga kontraktsvärden. Upphandlingsmyndigheten menar vidare att det kan framstå som ett tvetydigt signalvärde att å ena sidan

begränsa leverantörernas möjligheter att göra vinster inom vissa välfärdstjänster som finansieras av det offentliga, samtidigt som att det som huvudregel skulle vara tillåtet att tilldela offentliga kontrakt som finansieras genom skattemedel till leverantörer som inte uppfyller sina skyldigheter att betala skatt.

17.2.4 Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag. Reglerna som föreslås gälla för tilldelning av kontrakt ger den upphandlande myndigheten ett stort utrymme att avgöra vilka parametrar som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen av de inkomna anbuden. Reglerna, som också gäller vid övrig direktivstyrd upphandling, innebär också att anbudsgivarna har vetskap om vad som kommer tillmätas betydelse när anbuden utformas.

17.2.6 Andra bestämmelser som ska ingå i kapitlet

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag. En öppen och tydlig kommunikation under upphandlingsprocessen och möjlighet till insyn leder till ett ökat förtroende hos såväl deltagande leverantörer som andra aktörer i samhället. En sådan öppenhet är också en förutsättning för att en rättslig prövning ska kunna ske på ett effektivt sätt. Upphandlingsmyndigheten är därför positiv till att samma regler för kommunikation, information till leverantörer samt krav på dokumentation ska gälla för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster som vid upphandling av varor, andra tjänster och byggentreprenader som omfattas av upphandlingsreglerna. Det leder till en enhetlig reglering som underlättar tillämpningen.

Upphandlingsmyndigheten ser också positivt att samma regler om *rättelse av fel, förtydligande och komplettering* används vid upphandling av sociala och andra särskilda tjänster som vid annan upphandling. Upphandlande myndigheter ges då inte heller olika måttstockar för vilken rättelse, komplettering eller vilket förtydligande som skulle kunna vara tillåtet i det ena fallet men inte tillåtet i det andra fallet, vilket kan ske om olika regler tillämpas för upphandlingar av olika slag. Myndigheten är även positiv till att reglerna om *inhämtning av uppgifter vid kontroll, begränsad kontroll och tillgång till andra företags kapacitet* införs i det föreslagna kapitlet. Bestämmelserna innebär en förenkling för leverantörerna och de upphandlande myndigheterna i upphandlingsprocessen samtidigt som reglerna kan förhindra att en upphandlande myndighet kan bli tvungen att förkasta ett konkurrenskraftigt anbud på grund av att vissa uppgifter saknas i anbudet.

Upphandlingsmyndigheten noterar att en frånvaro av reglering av tekniska specifikationer kan på ett mer ändamålsenligt sätt tillgodose olika behov i samband med upphandling av välfärdstjänster.

17.2.7 Rättsmedel

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget. Möjligheten till rättsmedel är grundläggande för rättssäkerheten och därför ska de nuvarande reglerna om rättsmedel tillämpas vid upphandling av de aktuella tjänsterna. Enligt en lagändring den 1 juni 2016 om interimistiska beslut i samband med överprövning ska användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen beaktas vid avvägningen om ett avtal ska få ingås eller fullgöras innan domstolens beslut, vilket kan få särskild betydelse för välfärdstjänster.

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens uppfattning att det nuvarande systemet för överprövning av upphandlingar kan orsaka problem för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer och att det av den anledningen finns skäl för att se över regleringen av rättsmedlen för all upphandling och inte endast upphandling av sociala och andra särskilda tjänster.

17.3 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av LUF-direktivet

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning att de aktuella tjänsterna i princip inte upphandlas med stöd av lag (2016: 1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och därför saknas skäl att införa nya regler för sociala och andra särskilda tjänster.

17.4 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av LUK-direktivet

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning. LUK-direktivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner) ger den upphandlande myndigheten ett större handlingsutrymme att organisera förfarandet än vad LOU- och LUF- direktiven medger. Den nya lagen (2016: 1147) om upphandling av koncessioner (LUK) är betydligt mindre reglerat än LOU och LUF och ger ett stort utrymme att organisera förfarandena. Därför saknas skäl att genomföra några ändringar i LUK för välfärdstjänster.

17.5 Upphandling av välfärdstjänster som inte omfattas av upphandlingsdirektiven

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker delvis utredningens förslag. Vi anser att det ska föreligga en huvudregel om att de grundläggande principerna ska tillämpas, det vill säga en presumtion om ett bestämt gränsöverskridande intresse och en utredningsskyldighet för den upphandlande myndigheten att påvisa att det i det enskilda fallet inte finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Vi har tidigare framfört motsvarande synpunkter i vårt remissvar på Utredningen för ett stärkt civilsamhälle (UFC). Det finns därmed anledning att återigen framhålla vår uppfattning.

Det är sannolikt att de aktuella välfärdstjänsterna i enskilda fall kan ha ett bestämt överskridande intresse och i sådana fall ska de grundläggande principerna tillämpas och skyldigheten att ge insyn inträder. Det kan ifrågasättas om det ur rättssäkerhetssynpunkt för leverantörer och samhället i övrigt är tillräckligt och ändamålsenligt att överlåta åt de upphandlande myndigheterna att i varje enskild upphandling göra en bedömning om ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger. En sådan bedömning är många gånger komplex och måste göras från fall till fall. En upphandling kan också vara av blandad karaktär och omfatta såväl sociala tjänster som andra typer av tjänster som omfattas av de nationella upphandlingsreglerna. Detta kan tillföra ytterligare komplexitet vid bedömningen av om ett bestämt gränsöverskridande intresse finns eller inte.

Av EU-kommissionens vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse (SWD[2013]53) kan utläsas att det endast är i vissa klart avgränsade situationer som det kan konstateras att det inte föreligger något gränsöverskridande intresse. Kommissionen skriver att under vissa omständigheter kan små, lokala tjänsteavtal tilldelas utan att grundläggande principer följs. Det kan vara fallet med hänsyn till bland annat ett särskilt blygsamt värde (mycket lägre än tröskelvärdet för att tillämpa direktivet såsom högst 10 procent av det), och den sociala tjänstens särdrag inte kan förutsätta att ekonomiska aktörer i andra medlemsstater har ett potentiellt intresse av att tillhandahålla tjänsterna i fråga.

Upphandlingsmyndigheten menar därför att det kan finnas tydliga skäl för att upphandlingar av välfärdstjänster som hamnar under tröskelvärdet som huvudregel ska annonseras i en allmänt tillgänglig databas, och därigenom uppfylla primärrättens minimikrav. Huvudregeln skulle också kunna kopplas till relativt långtgående undantagsmöjligheter, till exempel vid en situation då det *inte* finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Vid en sådan konstruktion skulle en

upphandlande myndighets utredningsskyldighet vad gäller frågan om det finns ett gränsöverskridande intresse endast föreligga när de av olika motiverade skäl vill frångå huvudregeln om annonsering. Upphandlingsmyndighetens uppfattning är att en sådan utformning skulle kunna tillgodose målet om att möjliggöra ett deltagande för samtliga leverantörer av välfärdstjänster, samtidigt som en ökad transparens och öppenhet medför att risken för upplevt godtycke och korruption minskar.

Tilldelning av kontrakt under tröskelvärdet bör utöver en huvudregel om annonsering i nationell annonsdatabas också kompletteras med bestämmelser att upphandlande myndigheter ska ta fram riktlinjer för hur dessa upphandlingar ska genomföras och att det införs en dokumentationsplikt över ett visst värde. Vid upphandlingar under tröskelvärdet där det kan konstateras att det inte finns något bestämt gränsöverskridande intresse är det lämpligt att ha en öppenhet kring förfarandet, till exempel genom att ha dialog och undersöka vilka tänkbara aktörer (såväl kommersiella, offentliga som idéburna aktörer) som skulle kunna tillgodose det samhällsliga behovet. Jämför bestämmelserna om direktupphandling enligt 19 kap 7 § tredje stycket LOU.

Det finns vidare, som tidigare nämnts, anledning att samordna nu nämnda lagstiftningsåtgärder med den kommande översynen av de nationella reglerna och översynen av rättsmedel. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är det viktigt att det skapas enhetliga regler så långt som möjligt.

18.1.1 Reserverad upphandling

Utredningen lämnar ett förslag att införliva artikel 77 i LOU-direktivet genom att införa motsvarande regel i det föreslagna 19 a kap. i LOU.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag om att utnyttja möjligheten till reserverade upphandlingar, det vill säga möjligheterna för upphandlande myndigheter att reservera rätten för organisationer som uppfyller vissa kriterier att delta i offentlig upphandling enligt den ovan nämnda artikeln.

För att kunna reservera deltagandet i ett upphandlingsförfarande till vissa aktörer enligt artikel 77.1 i direktivet krävs att samtliga villkor i artikel 77.2 är uppfyllda. Eftersom samtliga villkor måste vara uppfyllda innebär det en begränsning av leverantörernas verksamhet och möjlighet att tilldelas ett sådant kontrakt. Begränsningen på tre års avtalstid försvårar också kontinuitet, vilket kan vara en viktig kvalitetsfaktor inom området välfärdstjänster. De ovan nämnda villkoren innebär förvisso begränsningar, men Upphandlingsmyndigheten instämmer i

utredningens bedömning att regleringen kan innebära en större möjlighet för idéburen sektor att delta vid upphandling av de tjänster som räknas upp i artikeln. Upphandlingsmyndigheten noterar i sammanhanget att flera begrepp används när man talar om möjligheten att begränsa tillgången till vissa kontrakt för leverantörer som uppfyller vissa kriterier. Såväl begreppet reserverade kontrakt som reserverad upphandling förekommer, vilket kan leda till missförstånd om vad som faktiskt avses i dessa regler och ett klagörande efterfrågas.

18.1.2 Krav på sociala hänsyn

Upphandlingsmyndigheten konstaterar, precis som utredningen, att det finns ett utrymme i upphandlingslagstiftningen att ställa krav på sociala hänsyn i en upphandling. För att sådana krav ska vara tillåtna måste de vara kopplade till upphandlingsföremålet och i övrigt uppfylla de grundläggande principerna i lagstiftningen. Upphandlingsmyndigheten kan dock inte se att utredningen har identifierat de mervärden som är karakteristiska för idéburna organisationerna och hur dessa kan återspeglas som sociala hänsyn i en upphandling. För att den upphandlande myndigheten ska kunna utforma lämpliga krav eller kriterier i upphandlingen behöver det identifieras vilka mervärden som är aktuella för berörda brukare, patienter eller för upphandlande myndigheter.

18.1.3 Återinvestering av vinst som upphandlingskriterium

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det finns en rättslig osäkerhet kring vilket utrymme det finns för en upphandlande myndighet att använda återinvestering av vinst som ett särskilt kontraktsvillkor eller som ett tilldelningskriterium i en upphandling. Hur ett sådant villkor eller kriterium kan utformas på ett tillfredsställande sätt och följas upp är oklart. Upphandlingsmyndigheten anser att bedömningen behöver göras i varje enskilt fall utifrån vilket mål som ska uppfyllas och om det kan det uppnås med ett mindre ingripande sätt. Det mervärde som ska uppfyllas ska kunna återspeglas på själva tjänsten som utförs.

Upphandlingsmyndigheten ser med andra ord en del svårigheter med att tillämpa ett kriterium avseende återinvestering av vinst. Mot bakgrund av utredningens förslag om vinstbegränsning för leverantörer av välfärdstjänster kan ett sådant kriterium dessutom ha begränsad betydelse.

19.2 Valfrihetssystem i förhållande till upphandlingsdirektiven

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens uppfattning.

Upphandlingsmyndighetens uppfattning är att oavsett vilken rättslig tillhörighet det nationella valfrihetssystemet har är det viktigt att upphandlande myndigheter som tillämpar olika lagstiftning för att ingå kontrakt med marknadens aktörer har ett så enhetligt agerande som möjligt för att öka förutsägbarheten. Det gäller inte minst frågan om uteslutning av leverantör vid såväl upphandlingsförfaranden som vid handläggning av ansökningar enligt LOV. Och oavsett rättslig tillhörighet är det också av vikt att myndigheter som tillämpar både LOV och upphandlingslagstiftning har ett helhetsperspektiv och en försörjningsstrategi för de olika former av samhälleliga tjänster som inte utförs i egen regi utan tillhandahålls av andra aktörer.

20.2 Möjlighet att reservera valfrihetssystem för idéburna aktörer

Utredningen bedömer att det finns möjlighet att reservera ett valfrihetssystem enligt LOV enbart för idéburna aktörer, vilket skulle kunna stärka möjligheterna för idéburna aktörer att verka inom den offentliga sektorn. Utredningen anser att detta kan ge möjlighet att ta tillvara de särskilda kvaliteter som dessa aktörer har på ett bättre sätt än när ett valfrihetssystem omfattar även vinstsyftande aktörer.

Upphandlingsmyndigheten vill framföra följande med anledning av förslaget.

För det första är det Upphandlingsmyndighetens uppfattning att organisationsform inte bör avgöra tillträdet till ett valfrihetssystem. Syftet med lagen om valfrihetssystem är att ge möjlighet för enskilda att välja utförare. De som ska välja har alltid full frihet att välja bland de utförare som är godkända och det finns enligt Upphandlingsmyndigheten inget hinder i sig mot att det framgår av informationen till de enskilda vilken organisationsform en viss utförare har. Men att ha olika valfrihetssystem eller reservera vissa delar i ett valfrihetssystem beroende på vilken organisationsform en utförare har kan istället motverka syftet och göra det svårare för den enskilde att välja.

För det andra menar Upphandlingsmyndigheten att det inte av utredningen framkommer sådana argument som kan motivera en inskränkning i de grundläggande rättigheterna om etableringsfrihet, rätten att tillhandahålla tjänster och de grundläggande principerna. Ett nationellt system som har ett bestämt gränsöverskridande intresse omfattas av EUF-fördraget och då ska de grundläggande rättigheterna och principerna tillämpas. Utredningen konstaterar

(p 20.4) att valfrihetssystem sannolikt i regel har ett gränsöverskridande intresse. Då är frågan om systemet kan reserveras för icke vinstdrivande aktörer. Enligt EU-domstolens rättspraxis ska en inskränkning i dessa principer och principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vara motiverat med tvingande skäl av allmänintresse. Det framkommer emellertid inte tydligt vilka skäl eller vilka syften som skulle kunna motivera till att reservera valfrihetssystemet till icke-vinstdrivande aktörer och det finns inte någon beskrivning av de *kvaliteter* som skulle kunna tillvaratas på ett sätt som kan vara motiverat med tvingande hänsyn till allmänintresset. Det riskerar därmed inte att finnas tillräcklig grund i enlighet med EU-rätten för att kunna ange att valfrihetssystem kan reserveras för vissa aktörer.

För det tredje efterfrågar Upphandlingsmyndigheten en definition av begreppen *icke-vinstdrivande* och *idéburna aktörer*. Båda begreppen används av utredningen på ett sätt som blir ottydligt. Utredningens bedömning är att ett valfrihetssystem ska kunna reserveras för idéburna aktörer, med motivering att dessas kvaliteter bättre kan tillvaratas om de inte ingår i samma system som vinstdrivande. Idéburna aktörer kan emellertid vara vinstdrivande och icke-vinstdrivande aktörer behöver inte vara idéburna (se regeringens skrivelse 2008/09:207 Överenskommelse mellan regeringen, idéburna organisationer inom det sociala området och Sveriges Kommuner och Landsting). Det blir därför svårt att förstå vad förslaget egentligen avser.

20.3 En ny lag om valfrihetssystem bör införas

Upphandlingsmyndigheten välkomnar en ökad tydlighet vad gäller termer och begrepp samt gällande omfattningen av vilka tjänster som kan ingå i ett valfrihetssystem. Avtal rörande till exempel hem för vård eller boende (HVB) kan därmed ingå i ett valfrihetssystem. Det bör dock genomföras en mer genomgående konsekvensanalys av att inte använda CPV-koder utan istället använda svenska termer och hänvisning till tillämplig lagstiftning. Det kan exempelvis påverka insamling av statistik och nuvarande uppföljningsmetodik. Det kan finnas anledning att ha referenser till CPV-koderna under en övergångsperiod.

20.4 De grundläggande principerna

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker delvis utredningens förslag. Vi anser att det ska föreligga en huvudregel om att de grundläggande principerna ska tillämpas, det vill säga en presumtion om ett bestämt gränsöverskridande intresse och en

utredningsskyldighet för den upphandlande myndigheten att påvisa att det i det enskilda fallet inte finns ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Utredningen konstaterar att valfrihetssystem sannolikt i de flesta fall har ett gränsöverskridande intresse. Om ett valfrihetssystem har ett bestämt gränsöverskridande intresse så ska de grundläggande reglerna i EUF-fördraget tillämpas. Enligt Upphandlingsmyndigheten indikerar detta att de grundläggande principerna bör gälla som huvudregel. Några skäl för det är bland annat att systemet är öppet och annonseras under en längre tid, att förutsättningarna och marknadssituationen kan ändras under tiden och att det kan finnas utländska aktörer som överväger att etablera sig i Sverige med anledning av valfrihetssystemen, bland annat på grund av att sådana avtal kan ha längre löptid än upphandlande avtal. Det kan också ifrågasättas om det ur rättssäkerhetssynpunkt är tillräckligt och ändamålsenligt att överlåta åt de upphandlande myndigheterna att för varje enskilt valfrihetssystem göra en bedömning om ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger. En sådan bedömning är många gånger komplex och måste göras från fall till fall.

Utredningen anser också att det får *förutsättas* att kommuner och landsting inte diskriminerar utan agerar sakligt och opartiskt även om det inte bedöms finnas något gränsöverskridande intresse. Det är enligt Upphandlingsmyndigheten en ytterligare anledning att låta de grundläggande principernas värderingar genomsyra myndigheternas handläggning av ansökningar enligt LOV.

20.5 Annonsering ska fortsatt ske på nationell webbplats

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag om att den nuvarande ordningen för annonsering ska gälla även fortsättningsvis. Det är en naturlig del av vårt stöd till upphandlande myndigheter och leverantörer att ansvara för den nationella annonsdatabasen för valfrihetssystem.

20.6 Grunder för uteslutning av sökande

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget, men anser att det bör föreligga en enhetlighet mellan upphandlingslagstiftningen och valfrihetssystem vad gäller fullgörande av skattemässiga skyldigheter. Upphandlingsmyndigheten anser därför att det ska vara en skyldighet att utesluta sökanden som inte betalat skatter och socialförsäkringsavgifter, på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU, det vill säga i princip obligatoriskt om överträdelsen har fastställts i en dom eller beslut som vunnit laga kraft.

I övrigt delar Upphandlingsmyndigheten utredningens bedömning att det är lämpligt att utöka exempel på uteslutningsgrunder i lagen och att en kommun eller landsting kan uppställa ytterligare krav för att få delta i ett valfrihetssystem som kan anses befogade. Även i detta sammanhang finns det därmed anledning att poängtera att de grundläggande principerna bör tillämpas, inte minst proportionalitetsprincipen.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att tidigare avtalsbrott eller allvarliga brister i upphandlade kontrakt (enligt LOV, LOU, LUF, LUK och LUFS) ska kunna ligga till grund för uteslutning. I detta sammanhang bör det dock uppmärksammas att brister eller avtalsbrott i ett LOV-kontrakt inte kan utgöra skäl för uteslutning enligt upphandlingslagarna. Detta bör ses över i samband med översyn av de nationella reglerna.

En av de föreslagna bestämmelserna avser *allvarligt fel i yrkesutövningen*. Upphandlingsmyndigheten anser att det bör framgå av förarbetena vilka personer som är att anse som företrädare.

Upphandlingsmyndigheten anser att tillämpning av såväl frivilliga som obligatoriska uteslutningsgrunder kräver att myndigheterna agerar objektivt och sakligt, vilket ytterligare förstärker skälet till att de grundläggande principerna bör anges i lagen. Dessa förfaranden påverkar leverantörerna förutsättningar och tillträde till systemet och därmed bör principerna tillämpas.

20.7 Avslutande av valfrihetssystem enligt LOV

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag.

20.8.5 Förvaltningslagen ska tillämpas när förvaltningsmyndigheter handlägger ärenden enligt LOV

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget.

Upphandlingsmyndigheten efterfrågar emellertid ett förtydligande av vilka situationer som avses i förslaget ovan; *I lagen ska vidare anges att den som ansökt om godkännande ska få del av uppgifter som tillförts ärendet genom någon annan och få tillfälle att yttra sig över uppgifterna innan ärendet avgörs*. Det bör framgå av förarbetena att *någon annan* kan vara t ex en bank eller Skatteverket eller annan som utredningen avser.

20.8.6 Offentligt styrda organ och förvaltningslagen

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag.

20.9 Möjligheten att pröva beslut i domstol

Upphandlingsmyndigheten har inget att erinra mot utredningens förslag. Det är en logisk följd av tillämpningen av förvaltningslagen.

20.11 Offentlighets- och sekretesslagen

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning och förslag.

Kapitel 21 Samverkan med idéburen sektor

Generella synpunkter

Upphandlingsmyndigheten är generellt sett positiv till att möjligheterna i 2014 års upphandlingsdirektiv utnyttjas i syfte att förbättra förutsättningarna för civilsamhällets organisationer att delta i offentlig upphandling, i valfrihetssystem eller på annat sätt bli utförare av offentliga tjänster. Det är samtidigt angeläget att dessa möjligheter tillvaratas utan att kraven på rättssäkerhet blir eftersatt och att myndigheternas kontakter med olika verksamhetsutövare sker på ett öppet och transparent sätt.

Frågeställningarna i detta avsnitt berör olika situationer som avgränsas utifrån olika förutsättningar; bidragsgivning, statsstöd, upphandling och samverkan. Dessa olika situationer innebär olika förhållningssätt i förhållande till EU-rätten. Upphandlingsmyndigheten beklagar att inte utredningen närmare har belyst dessa frågor i syfte att klargöra var gränserna går för de olika områdena.

21.1.1 Bidragsgivning

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning att en viktig skillnad mellan upphandling och bidrag är bland annat att *Bidraget syftar alltså inte i första hand till att tillgodose kommunens behov av att tillhandahålla en viss tjänst, utan till att underlätta för de idéburna organisationerna att bedriva sin verksamhet.*

21.1.2 Idéburet offentligt partnerskap

Utredningen redogör för att ett av de främsta syftena med ett IOP är att ta ett gemensamt ansvar för att lösa ett samhällsproblem snarare än att tillgodose en kommuns behov av att tillhandahålla en viss tjänst. De hänvisar till vad som innefattas i ett IOP enligt det koncept som Forum för frivilligt socialt arbete har tagit fram.

Upphandlingsmyndigheten är som ovan framförts generellt sett positiv till att den idéburna sektorn ges tydligare förutsättningar för att kunna medverka i den samhällsrelaterade servicen och vara utförare av offentliga tjänster. Men Upphandlingsmyndigheten hade önskat att utredningen lämnat något konkret förslag på hur den offentliga sektorn och idéburen sektor kan samverka på ett sätt som varken avser en upphandlingssituation, en bidragsgivning eller en ansökan enligt ett valfrihetssystem. Det är komplexa frågor som behöver belysas grundligare, förslagsvis inom ramen för den kommande översynen av de nationella reglerna eller annan utredning.

Så vitt framgår av utredningen (sid 623) ser man dock att IOP kan vara en form av upphandling, men att dessa föreslås vara undantagna i alla fall (om de inte minst uppgår till tröskelvärdet eller har ett gränsöverskridande intresse). Utredningen lyfter också fram vad Utredningen för ett stärkt civilsamhället (UFC) tidigare har fört fram angående vilka tjänster som är lämpliga för IOP: *Så som ovan konstaterats är utförandet av vissa centrala välfärdstjänster obligatoriska för kommuner och landsting. Utförandet av sådana tjänster kräver detaljreglering eftersom de ska uppfylla vissa krav i lagstiftningen och i och med att en sådan reglering sker måste tjänsterna sannolikt upphandlas.* Detta indikerar en stor osäkerhet om den rättsliga statusen på ett IOP. Det rättsliga utrymmet behöver vidare bedömas i varje enskilt fall, inte minst frågan om det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Oavsett hur ett visst kontrakt kategoriseras anser Upphandlingsmyndigheten att eventuella undantag från lagstiftningen måste göras på ett sådant sätt att inte rättssäkerheten äventyras samt att konkurrens och mångfald kan värnas genom bland annat en form av annonsering.

23.3.3 Konsekvenser för statliga myndigheter

Utredningen innehåller förslag på fyra specificerade uppdrag till Upphandlingsmyndigheten (kap 17.2, 17.5, 21.1.2 samt 21.1.4).

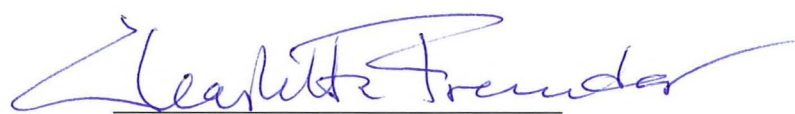
Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömningar att det kan finnas behov av såväl vägledning som informationsinsatser. Inom ramen för myndighetens uppdrag som stödjande myndighet är det naturligt att vi samverkar med andra aktörer för att kunna leverera ett bra stöd och det framgår av myndighetens instruktion att stöd ska ges bland annat till idéburna organisationer. Det finns ingen anledning att ge särskilda regeringsuppdrag till Upphandlingsmyndigheten, utan vi bör själva inom ramen för vårt uppdrag bestämma vilket typ av stöd som är lämpligast utifrån prioriteringar, tillgängliga resurser och mot bakgrund av vad som kan leda till största möjliga nytta för olika målgrupper.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende.

Jurist Charlotta Frenander har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också jurist Mattias Ljungkvist och chefsjurist Anders Asplund deltagit.



Inger Ek



Charlotta Frenander