

Yttrande över remitterat betänkande

Till: Finansdepartementet, kommunenheten (K)
Från: Advokatfirman Ulfsdotter AB
Datum: 2020-07-03
Angående: Betänkandet (SOU 2019:56) Idéburen välfärd (dnr Fi2019/04187/K)

1 INLEDNING

Advokatfirman Ulfsdotter lämnar genom detta yttrande synpunkter på betänkandet Idéburen välfärd (SOU 2019:56, "**Betänkandet**"), som har lagts fram av Utredningen om idéburna aktörer i välfärden ("**Utredningen**") och som har remitterats av Finansdepartementet.

Advokatfirman Ulfsdotter är specialiserad inom det upphandlingsrättsliga området. Vi tillhandahåller strategisk upphandlingsrättslig rådgivning till våra klienter. Vårt mål är att hjälpa våra klienter göra bra offentliga affärer. Våra klienter är svenska upphandlande myndigheter och enheter samt svenska och internationella företag med verksamhet mot offentlig sektor.

Detta yttrande är disponerat så att efter en sammanfattning i avsnitt 2 framförs vissa allmänna synpunkter i avsnitt 3. Vi framför synpunkter på Betänkandets bedömningar och förslag i avsnitt 4 och följer då Betänkandets disposition.

2 SAMMANFATTNING

- Advokatfirman Ulfsdotter *tillstyrker* utredningens förslag att en definition av idéburna aktörer i offentlig verksamhet ska tas in i en särskild lag

(Betänkandets avsnitt 5.4.3) och *tillstyrker* att det tillskapas ett frivilligt register för registrering av idéburna aktörer i offentlig verksamhet (avsnitt 5.4.5).

- Vi *instämmer i* Utredningens bedömning att ett IOP-avtal inte får innebära ingåendet av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession (Betänkandets avsnitt 7.2.4) och vi *instämmer i* Utredningens bedömning att IOP inte bör regleras i lag (avsnitt 7.4). Vi kan också ställa oss bakom utformningen av förslaget till vägledande kriterier och förslaget att Upphandlingsmyndigheten ska ges i uppdrag att arbeta med informationsinsatser gentemot offentliga och idéburna aktörer (avsnitt 7.5).
- Vi *instämmer i* Utredningens bedömning att det finns flera sätt att inom ramen för gällande upphandlingsregler utforma upphandlingar på sätt som underlättar för idéburna aktörer och bättre tar tillvara dessa aktörers särart och mervärde. Vi kan också ställa oss bakom förslaget att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att arbeta med informationsinsatser (Betänkandets avsnitt 8.1).
- Vi kan också *instämma i* bedömningen att det finns ett rättsligt utrymme, såväl över som under tröskelvärdet, att reservera kontrakt för idéburna aktörer när det gäller de sociala och andra särskilda tjänsterna, under förutsättning att Förenklingsutredningens förslag om förenklade upphandlingsregler i betänkandet SOU 2018:44 genomförs. Vi kan därför också *tillstyrka* förslaget att det i 19 kap. LOU införs en möjlighet att reservera upphandlingar av välfärdstjänster för idéburna aktörer (avsnitt 8.2.1 och 8.2.2).
- Vi *instämmer i* bedömningen att det är rättsligt möjligt att reservera ett valfrihetssystem för idéburna aktörer och *tillstyrker* förslaget att det införs en sådan möjlighet i lagen om valfrihetssystem ("**LOV**").
- Vi *avstyrker* förslaget att LOV ändras så att det framgår att de grundläggande principerna inte gäller för valfrihetssystem utan ett bestämt gränsöverskridande intresse (Betänkandets avsnitt 9.1).
- Vi *instämmer i* bedömningen att det är möjligt och även lämpligt att informera enskilda om vilka leverantörer i ett valfrihetssystem som är idéburna aktörer (Betänkandets avsnitt 9.2).
- Vi *instämmer i* Utredningens bedömning att definitionen av idéburna aktörer kan innebära förbättrade möjligheter att ta fram statistik om idéburna aktörer (Betänkandets avsnitt 10.2).

3 ALLMÄNNA SYNPUNKTER

Upphandlingsrätten är ett komplext och dynamiskt rättsområde som befinner sig i flera olika skärningspunkter. Detta gör att området kan uppfattas som svårtillämpat och svårtillgängligt men det innebär också möjligheter.

Från juridisk synpunkt kan det konstateras att området befinner sig i gränslandet mellan offentlighetsrätten och civilrätten. Det är ett i huvudsak offentlighetsrättsligt regelverk men det finns viktiga kopplingar till avtalsrätten. Ytterligare ett "spänningsfält" uppkommer av att upphandlingsrätten har inslag av både unionsrätt och nationell rätt.

Upphandlingsrättens innehåll påverkas också både av politiska och juridiska inslag. Upphandlingsrätten betraktas allmänt som ett "juridiktungt" område – alltför juridiktungt, enligt många praktiker. Men det politiska innehållet följer redan av bestämmelsernas grundläggande syfte – att öppna upp EU:s inre marknad för konkurrens. Det politiska inslaget har också blivit än mer uttalat genom 2014 års tre upphandlingsdirektiv, bland dessa direktiv 2014/24/EU ("**LOU-direktivet**"). Ett av syftena med direktiven var att ge upphandlande myndigheter och enheter bättre förutsättningar att använda upphandling i ett strategiskt syfte, för att tillgodose gemensamma samhällsbehov. Detta ändamål har fått tydligt genomslag i vissa artiklar i direktiven.

Det kan förstås råda politiskt delade meningar om i vilken utsträckning man faktiskt ska använda upphandling i ett strategiskt syfte – och i så fall hur. Därutöver är det många gånger svårt att avgöra var gränsen går mellan det som är politiskt *önskvärt* och vad som är rättsligt *möjligt*.

Utredningen har bl.a. haft i uppdrag att ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer, i syfte att med utgångspunkt från denna ta fram förslag som främjar ett ökat idéburet deltagande i välfärden. Detta är ett politiskt betingat ändamål, som nödvändiggör analyser och bedömningar av vad som är rättsligt möjligt med hänsyn till bl.a. unionsrättsliga regler om statsstöd och offentlig upphandling.

Advokatfirman Ulfsson vill framhålla att Utredningen har fullgjort sitt uppdrag på ett mycket förtjänstfullt sätt. De rättsliga analyserna är djupgående och noggranna. De överväganden, bedömningar och förslag som görs och läggs på grundval av analyserna är välavvägda. Betänkandet är också välskrivet och lätt att tillgodogöra sig. Kort sagt är betänkandet en gedigen produkt.

Med detta sagt övergår Advokatfirman Ulfsson nu till att kommentera Utredningens bedömningar och förslag, i de delar och med de utgångspunkter vi har att beakta i vår verksamhet. Kommentarererna följer Betänkandets disposition.

4 SYNUNKTER PÅ BEDÖMNINGAR OCH FÖRSLAG

4.1 En tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden (Betänkandets avsnitt 5)

Advokatfirman Ulfsson *tillstyrker* utredningens förslag att en definition av idéburna aktörer i offentlig verksamhet ska tas in i en särskild lag (Betänkandets avsnitt 5.4.3) och *tillstyrker* att det tillskapas ett frivilligt register för registrering av idéburna aktörer i offentlig verksamhet (avsnitt 5.4.5).

Förslaget till definition av idéburna aktörer framstår som genomtänkt, men vi kan konstatera att de ingående rekvisiten "oegennyttigt syfte" och "välfärdsverksamhet" kräver vägledande uttalanden i förarbetena för att inte definitionen i sig ska orsaka onödig tveksamhet i tillämpningen.

4.2 Den EU-rättsliga regleringen och det nationella handlingsutrymmet (Betänkandets avsnitt 6)

I Betänkandets avsnitt 6 lämnar Utredningen inga bedömningar och förslag. Vi vill emellertid kort framhålla att den genomgång och analys av statsstödsreglerna och upphandlingsregelverket som Utredningen gör i denna del av Betänkandet är mycket bra.

4.3 Idéburet offentligt partnerskap – IOP (Betänkandets avsnitt 7)

Advokatfirman Ulfsson *instämmer i* Utredningens bedömning att ett IOP-avtal inte får innebära ingåendet av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession (Betänkandets avsnitt 7.2.4) och *instämmer i* Utredningens bedömning att IOP inte bör regleras i lag (avsnitt 7.4). Vi kan också ställa oss bakom utformningen av förslaget till vägledande kriterier och förslaget att Upphandlingsmyndigheten ska ges i uppdrag att arbeta med informationsinsatser gentemot offentliga och idéburna aktörer (avsnitt 7.5).

Målsättningen att underlätta för idéburna aktörer att delta i utförandet av välfärdstjänster grundar sig på ett politiskt ställningstagande om att det är önskvärt. Vi har, från våra utgångspunkter, ingen annan uppfattning. Ökad mångfald är bra.

Det är en klok metod som utredningen har valt, att utgå från det offentliga kontraktet och den vägen slå fast vad som måste vara utmärkande för ett IOP-avtal och vad som *inte* kan vara det. De kriterier som Utredningen presenterar som vägledande vid ingående av IOP-avtal framstår som lämpliga och rimliga.

Vi saknar dock en närmare analys i Betänkandet av vilken betydelse *marknadssituationen* har för möjligheten att ingå ett IOP-avtal. Att det finns en "marknad" för den tjänst som den upphandlande myndigheten vill ha utförd innebär i detta sammanhang inget annat än att det finns flera tänkbara leverantörer av den efterfrågade välfärdstjänsten. Det finns alltså konkurrens om uppdraget. Det är fullt möjligt att detta många gånger är fallet, exempelvis i en större kommun. Det kan finnas flera idéburna aktörer, och också "vanliga", vinstdrivande företag som efter en förfrågan skulle vara intresserade av och kapabla till att leverera den tjänst som efterfrågas.

Då måste likabehandlingsprincipen ha betydelse för kommunens möjlighet att efter fritt skön kunna ingå ett IOP-avtal med någon av de idéburna aktörerna, utan någon form av konkurrensutsättning. Så måste vara fallet oavsett om en sådan likabehandlingsprincip, formellt sett, kan sägas vara grundad på unionsrätten eller inte – dvs. oavsett om en viss anskaffning har ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Att inte ha några krav på kommunen att se till konkurrensen riskerar att innebära att kommunen gynnar en enskild aktör framför någon annan aktör – idéburen, eller vinstdrivande – som kanske inte ens får chansen att presentera sig och sin lösning. Att ingå avtal utan någon konkurrensutsättning i en sådan situation kan också tänkas strida mot förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen (2017:725) mot att lämna individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare.

Vi är tveksamma till att de rättsliga förutsättningarna för att ingå ett IOP-avtal är uppfyllda i den beskrivna situationen, och anser i alla händelser att det inte vore lämpligt att då använda sig av IOP. Det behöver därför i vart fall belysas närmare vilket ansvar en kommun har att undersöka marknadssituationen inför ingåendet av ett IOP-avtal. Enligt vår mening måste den kommun som beskrivs i exemplet ovan ha ett ansvar att se till att konkurrensen tas tillvara i rimlig utsträckning, så att inte en idéburen aktörs verksamhet gynnas på ett otillbörligt sätt framför en annan idéburen aktör eller ett "vanligt", vinstdrivande företag.

Ytterligare en fråga som vi saknar analys av är vilka möjligheter en enskild aktör som anser sig "förbigången" har att påkalla en rättslig granskning av ett ingånget IOP-avtal.

Vidare är vi tveksamma till i vilken utsträckning det finns ett verkligt behov av att manifesteras ytterligare en ordning - vid sidan av offentlig upphandling och valfrihetssystem - för det allmänna att använda privata utförare för välfärdstjänster.

Det kan nämligen konstateras att utrymmet för vilka tjänster som kan utföras inom ett IOP-avtal i praktiken måste vara ganska begränsat. Som nyss framgått kan det ifrågasättas om det över huvud taget är möjligt eller lämpligt att ingå ett IOP-avtal så snart det finns en marknad, till och med en potentiell sådan, för den aktuella tjänsten.

Härutöver måste de bedömningar som ska göras inför ingåendet av ett IOP-avtal, i fråga om statsstöd samt upphandlingsrättsligt och kommunalrättsligt, många gånger vara svåra att göra. Det synes vara mycket lätt gjort att "hamna fel". Det kan alltså vara lite av en chimär att det skulle vara så mycket enklare och smidigare att använda sig av den oreglerade metoden IOP-avtal i stället för de "krångliga" upphandlingsreglerna.

Vi vill, från vårt perspektiv, snarare slå ett slag för att lagstiftaren nu använder sig av det nationella handlingsutrymmet på upphandlingsområdet för att göra *det* regelverket så enkelt och flexibelt som möjligt, i enlighet med de förslag som lades av Förenklingsutredningen i SOU 2018:44. För de sociala och andra särskilda tjänsterna, bland vilka välfärdstjänsterna återfinns, är det nationella handlingsutrymmet stort, se nedan avsnitt 4.4.

Att möjligheten att ingå IOP-avtal klargörs genom vägledande kriterier och att ett uppdrag ges till Upphandlingsmyndigheten i enlighet med utredningens förslag behöver väl i och för sig inte utesluta den lösning som vi förordar i första hand, en förenklad upphandlingslagstiftning. Men en förenklad upphandlingslagstiftning, som ger större möjligheter än den nuvarande för den upphandlande myndigheten att utforma varje upphandling utifrån dess specifika omständigheter, skulle kunna ha väl så god effekt för idéburna aktörers möjlighet att erhålla välfärdsuppdrag som IOP-avtal. Genom att konkurrensutsätta uppdrag med tillämpning av förenklade upphandlingsregler skulle den kommun eller region som vill använda sig av tjänster från idéburna aktörer minska risken att hamna i rättsliga gråzoner.

4.4 Offentlig upphandling (Betänkandets avsnitt 8)

Advokatfirman Ulfsson *instämmer* i Utredningens bedömning att det finns flera sätt att inom ramen för gällande upphandlingsregler utforma upphandlingar på sätt som underlättar för idéburna aktörer och bättre tar tillvara dessa aktörers särart och mervärde. Vi kan också ställa oss bakom förslaget att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att arbeta med informationsinsatser (Betänkandets avsnitt 8.1).

Advokatfirman Ulfsson kan också *instämma* i bedömningen att det finns ett rättsligt utrymme, såväl över som under tröskelvärdet, att reservera kontrakt för idéburna aktörer när det gäller de sociala och andra särskilda tjänsterna, under förutsättning att Förenklingsutredningens förslag genomförs. Vi kan därför också *tillstyrka* förslaget att det i 19 kap. LOU införs en möjlighet att reservera upphandlingar av välfärdstjänster för idéburna aktörer (Betänkandets avsnitt 8.2.1 och 8.2.2).

Vi instämmer i den analys som Utredningen gör på sidorna 345–351 i Betänkandet av de centrala rättsfallen på området (Sodemare, Spezzino och Casta) och av betydelsen av den särställning inom unionsrätten, som de sociala och andra särskilda tjänsterna har fått genom artiklarna 74–76 i LOU-direktivet.

När man överväger om en möjlighet att reservera upphandlingar av välfärdstjänster för idéburna aktörer är förenlig med unionsrätten eller inte, måste man hålla i minnet att unionsrätten inte är statisk. Unionsrätten påverkas av innehållet i medlemsstaternas nationella rättsordningar. Detta kan sägas gälla i särskilt hög grad på området för sociala tjänster, där både EU-domstolen och EU-lagstiftaren har gett medlemsstaterna ett stort skönmässigt utrymme.

Med andra ord skulle en möjlighet att reservera upphandlingar av välfärdstjänster för idéburna aktörer kunna anses förenlig med unionsrätten *genom att* en eller flera medlemsstater väljer att införa en sådan möjlighet. Ibland måste man våga gå före och leda rättsutvecklingen.

Det finns en uppfattning om att den mycket snävt utformade möjligheten till reserverade kontrakt, som ges i artikel 77 i LOU-direktivet, exklusivt reglerar möjligheten att reservera kontrakt avseende sociala och andra särskilda tjänster. Så behöver man inte se det, enligt vår mening. Artikel 77 i LOU-direktivet kan snarare ses som ett exempel på att det är möjligt för medlemsstaterna att påverka innehållet i unionsrätten. Den som analyserar bestämmelserna i artikel 77 närmare

ser att de i praktiken endast är skraddarsydd "avknopningsregler" för att underlätta vid privatisering av offentliga verksamheter. Det finns knappast någon annan, tänkbar situation där bestämmelserna skulle kunna fylla någon praktisk funktion. Bestämmelserna i artikel 77 fanns inte med i kommissionens ursprungliga förslag till LOU-direktiv utan togs in i direktivet under direktivförhandlingarna, uppenbarligen på initiativ av en eller flera medlemsstater. Bestämmelserna behöver *inte* betyda att alla andra möjligheter att reservera kontrakt skulle vara otillåtna enligt unionsrätten.

När det gäller Utredningens föreslagna lagtext i 19 kap. 6 b § LOU måste det konstateras att rekvisiten "bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten" och "leder till budgetmässig effektivitet" är mycket abstrakta och svårtolkade. Det vore helt klart att föredra om det gick att ersätta dessa uttryck med mer konkreta skrivningar. I alla händelser krävs det att det i förarbetena görs en noggrann genomgång av innebörden för att undvika rättslig osäkerhet.

4.5 Valfrihetssystem (Betänkandets avsnitt 9)

Advokatfirman Ulfsson *instämmer i* bedömningen att det är rättsligt möjligt att reservera ett valfrihetssystem för idéburna aktörer och *tillstyrker* förslaget att det införs en sådan möjlighet i LOV.

Vi *avstyrker* förslaget att LOV ändras så att det framgår att de grundläggande principerna inte gäller för valfrihetssystem utan ett bestämt gränsöverskridande intresse (Betänkandets avsnitt 9.1). Vi *instämmer i* bedömningen att det är möjligt och även lämpligt att informera enskilda om vilka leverantörer i ett valfrihetssystem som är idéburna aktörer (avsnitt 9.2).

De skäl som vi i avsnitt 4.4 ovan anför till stöd för att det är rättsligt möjligt att reservera vissa *upphandlingar* för idéburna aktörer talar även för att det är möjligt att reservera *valfrihetssystem* avseende motsvarande tjänster.

De upphandlande myndigheterna bör ges tillgång till detta verktyg. Genom att det inrättas särskilda valfrihetssystem för idéburna aktörer kan dessa aktörers position och möjligheter att utöva sin verksamhet förbättras. Det skulle också underlätta för enskilda patienter eller brukare, som föredrar en idéburen aktör som tjänsteutförare.

Det ska tilläggas att för vissa upphandlande myndigheter, företrädesvis större kommuner eller regioner, kan marknadssituationen vara sådan att det utöver ett flertal idéburna aktörer också finns vinstdrivande företag som vill vara leverantörer

av en viss välfärdstjänst i ett valfrihetssystem. Utredningens förslag hindrar inte en sådan kommun eller region från att ha parallella valfrihetssystem.

Om förslaget om att införa en möjlighet att reservera valfrihetssystem inte skulle införas, ska det i vart fall sägas att vi instämmer i Utredningens bedömning att det är lämpligt att de upphandlande myndigheterna lämnar information till enskilda brukare eller patienter om vilka av leverantörerna i valfrihetssystemet som är idéburna aktörer.

I nuläget är de grundläggande unionsrättsliga principerna gällande för alla valfrihetssystem enligt 1 kap. 2 § LOV. Det innebär att unionsrätten ska ges fullt genomslag i tolkning och tillämpning av lagen, oavsett om de tjänster som systemet omfattar har ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte (jfr HFD:s uttalanden om innebörden av de allmänna principerna i avgörandet HFD 2018 ref. 60).

Vi anser inte att det är lämpligt att göra valfrihetssystem helt principiösa. Någon form av principer bör gälla som ram för de upphandlande myndigheternas agerande i ett valfrihetssystem. En jämförelse kan göras med Förenklingsutredningens förslag om en nationell princip för direktupphandlingar utan bestämt gränsöverskridande intresse. Den utredningen kan alltså sägas ha sett ett behov av och en möjlighet att "distansera" de rent nationella upphandlingarna från unionsrätten, men utredningen föreslog inte ett helt principiöst tillstånd (se avsnitt 9.2 i SOU 2018:44).

Vi är inte övertygade av Utredningens resonemang i denna del och ställer oss frågande till vad det är Utredningen vill uppnå med förslaget. Detta gäller särskilt som vi instämmer i Utredningens bedömning att det är möjligt, enligt unionsrätten, att reservera valfrihetssystem för idéburna aktörer.

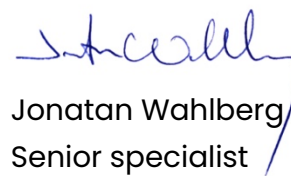
4.6 Andra områden där definitionen av idéburna aktörer kan användas (Betänkandets avsnitt 10)

Advokatfirman Ulfsdotter *instämmer i* Utredningens bedömning att definitionen av idéburna aktörer kan innebära förbättrade möjligheter att ta fram statistik om idéburna aktörer (Betänkandets avsnitt 10.2).

Stockholm dag som ovan



Anna Ulfsson
Advokat



Jonatan Wahlberg
Senior specialist