

Regeringskansliet
Finansdepartementet

Remissyttrande över betänkandet Idéburen välfärd (SOU 2019:56) Fi 2019/04187K

Bakgrund

Utredningen föreslår en definition och registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad verksamhet.

Utredningen föreslår vidare att det i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU ska införas en ny bestämmelse som gör det möjligt att reservera deltagandet i ett upphandlingsförfarande till idéburna aktörer för sociala tjänster och övriga tjänster, dvs sådana tjänster som omfattas av 19 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Enligt förslaget ska upphandlande myndigheter ges möjlighet att reservera rätten att delta i en upphandling av de välfärdstjänster som räknas upp i bilaga 2a till LOU till idéburna aktörer. De tjänster som omfattas av bilagan är exempelvis hälso- och sjukvård, socialtjänst, och undervisnings- och utbildningstjänster. Möjligheten att reservera rätten att delta i upphandlingar till idéburna aktörer gäller enligt utredningens förslag under förutsättning att detta bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet.

Utredningen föreslår vidare en möjlighet till reservation av tilldelning av kontrakt enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV.

Kammarrätten har anmodats att yttra sig över rubricerat betänkande och får med anledning härav anföra följande.

Förslag till lag om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Kammarrätten har inga invändningar mot en lagreglering av registrering av idéburna aktörer inom offentlig finansierad verksamhet.

Kammarrätten anser att det finns klara fördelar med att en definition av idéburna aktörer har tagits fram. En sådan definition har efterfrågats i tidigare lagstiftningsarbete.

Det huvudsakliga syftet med förslaget att registrera idéburna aktörer är att en upphandlande myndighet ska kunna reservera deltagandet i en upphandling av tjänster till sådana aktörer. På motsvarande sätt får en upphandlande myndighet reservera deltagandet i ett valfrihetssystem för sådana organisationer som är idéburna aktörer om det finns särskilda skäl.

Kammarrätten anser att registreringen i enlighet med den föreslagna lagen om idéburna aktörer inte innebär någon garanti för att det är förenligt med EU-rätten att reservera deltagande i en upphandling respektive ett valfrihetssystem till sådana aktörer. Det är ytterst fråga om en tolkning som kan komma att ske av EU-domstolen.

När det gäller kriteriet i den föreslagna lagen att den idéburna aktören inte ska göra några värdeöverföringar till annat än registrerade idéburna aktörer eller till forskning menar kammarrätten att det troligen innebär stora svårigheter att kontrollera om detta krav är uppfyllt eller inte.

Kammarrätten menar vidare att det kan innebära problem att inte använda CPV-nomenklatur och att detta därför förordas.

Förslag till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

Kammarrätten instämmer i utredningens bedömning att det inom upphandlingsdirektivet finns utrymme att reservera deltagandet i upphandlingsförfarandet vid upphandling av vissa tjänster till aktörer som uppfyller vissa förutsättningar såsom idéburna aktörer. Kammarrätten anser därmed att den föreslagna bestämmelsen i 19 kap. 6 b§ LOU kan införas.

Kammarrätten anser att det måste klart framgå av bestämmelsen när det ska vara möjligt att reservera kontrakt till idéburen aktör

inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet (IOP). Förutom att det ska vara fråga om tjänster enligt bilaga 2 a anges två andra grundläggande förutsättningar, att IOP-aktören förverkligar den sociala målsättningen med tjänsten och tjänsten ska leda till budgetmässig effektivitet.

Vad avser kravet att IOP-aktören ska förverkliga den sociala målsättningen anser kammarrätten att kravet kan leda till en mängd olika tolkningar angående vad som avses med att förverkliga den sociala målsättningen och bestämmelsen ger därmed ett stort utrymme för olika tolkningar. Kravets utformning leder till brist på förutsägbarhet, dvs det blir svårt för en aktör att avgöra vad som krävs för att kravet ska vara uppfyllt. Enligt utredningen ska upphandlingen enligt den föreslagna bestämmelsen innebära att förutsättningarna ökar för att nå målen för den aktuella tjänsten. För att pröva om upphandling leder till att förutsättningarna ökar för att uppnå målen så blir detta en hypotetisk prövning då det inte finns något reellt alternativt att pröva emot.

Vad gäller budgetmässig effektivitet är även detta krav oklart eftersom det inte framgår av bestämmelsen vilket alternativ som effektiviteten ska prövas mot. Begreppet ger utrymme för tolkningar. Att som utredningen hänvisa till ett uttalande av EU-domstolen att avsaknaden av mål om att dela ut medel till ägare innebär en budgetmässig effektivitet eftersom ett överskott investeras tillbaka i verksamheten innebär per definition att IOP-aktörer uppfyller kravet på budgetmässig effektivitet. Detta eftersom det finns krav på en sådan aktör att inte dela ut sitt överskott, dvs att tillgångarna stannar inom IOP-aktören.

Kammarrätten anser att, om det ska införas ett undantag från ett visst förfarande bör det kunna ställas stora krav på tydlighet vad avser när denna möjlighet till undantag från ett visst förfarande är uppfyllt. Oklarheter kommer leda till att antalet överprövningar ökar.

Kammarrätten anser att det bör övervägas om det, på samma sätt som anges i artikel 77 i upphandlingsdirektivet (som ger möjlighet att reservera deltagande i upphandlingsförfarande i vissa fall) ska anges i bestämmelsen att en tidsgräns om högst tre år ska gälla för giltigheten av ett sådant kontrakt samt att den idéburna aktören inte får ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten av den berörda upphandlande myndigheten under de senaste tre åren.

Förslag till lag om ändring i lagen om valfrihetssystem

Kammarrätten anser att möjligheterna att reservera deltagandet i ett valfrihetssystem i enlighet med lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, är begränsade. Detta eftersom de tjänster som är aktuella för ett valfrihetssystem i stor utsträckning har ett gränsöverskridande intresse och då är de unionsrättsliga principerna alltid tillämpliga.

Därtill kommer att det kan vara svårt att avgöra vad som är ett gränsöverskridande intresse och det är vidare oklart vem som avgör om det finns ett gränsöverskridande intresse

Detta yttrande har beslutats av kammarrättslagmannen Petter Classon samt kammarrättsråden Birgitta Henriksson och Lennart Berglund.