

Carl Johan Fahlander, carljohan.fahlander@dom.se

Finansdepartementet

Betänkandet Idéburen välfärd, SOU 2019:56

(Fi2019/04187/K)

Sammanfattning

Kammarrätten har begränsat sina synpunkter till att främst avse de juridiska frågeställningar och överväganden som domstolarna kan komma att ställas inför vid en domstolsprövning.

Kammarrätten noterar att det är fråga om ett komplext ämne, men har ingen invändning mot att en definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet införs i en särskild lag, men begreppet "oegennyttigt syfte" behöver förtydligas.

När det sedan gäller utredningens bedömningar och förslag beträffande idéburet offentligt partnerskap (IOP), kapitel 7, delar kammarrätten utredningens bedömning att ett IOP inte får innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession. Utrymmet för att använda sig av IOP får därmed anses begränsat.

Kammarrätten har vidare ingen invändning mot förslaget att reservera kontrakt till idéburna aktörer i 19 kap. 6 b § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, vilket kan antas främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden.

När det sedan gäller utredningens bedömningar och förslag rörande valfrihetssystem (kapitel 9) har kammarrätten inte någon invändning mot förslaget att reservera rätten att ansöka om att få delta i ett valfrihetssystem för idéburna aktörer. Däremot behöver begreppet "särskilda skäl" ytterligare analyseras i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

När det slutligen gäller konsekvensutredningen finns det inte något resonemang om förslagets eventuella konsekvenser för domstolarna.

5 Förslag till en tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden

5.4.3 En definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Kammarrätten har ingen invändning mot att en definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska införas i en särskild lag, men det kan ifrågasättas om definitionen av begreppet "oegennyttigt

syfte” verkligen är förutsebar och lätt att tillämpa. I betänkandet (s. 171) anges att det viktiga är att verksamheten som helhet bedrivs för att uppnå det oegennyttiga syftet och att tydliggöra att idéburna aktörer skiljer sig från kommersiella aktörer genom sin särart. Att en organisations syfte är oegennyttigt kan aktören och det offentliga ha olika åsikter om, vilket kan ge upphov till tolkningsfrågor och oklarheter i tillämpningen. Ett förtydligande av begreppet behövs. Kammarrätten bedömer även att begreppet ”välfärdsverksamhet” – som enligt betänkandet inte har använts i lagstiftning tidigare – kan ge upphov till oklarheter i tillämpningen.

5.4.5 Förslag till förfarande

Kammarrätten har ingen invändning mot förslaget till förfarande men noterar att betänkandet saknar resonemang om det behövs kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning. Av betänkandet framgår nämligen att registreringen ska omfatta personuppgifter som rör den idéburna aktörens kontaktperson (3 § i förslaget till lag om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet). I det fortsatta lagstiftningsarbetet kan t.ex. bestämmelserna i 2–2 g §§ stiftelseförordningen (1995:1280), som bl.a. gäller registrens ändamål och vilken myndighet som är personuppgiftsansvarig, beaktas. I vart fall bör det föreskrivas att närmare föreskrifter om registrering får meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

5.4.9 Överklagande

Kammarrätten efterfrågar resonemang om hur regleringen av överklagbarhet i 13 § första stycket i den föreslagna lagen förhåller sig till 41 § förvaltningslagen (2017:900). Vidare finns inte någon motivering till att tiden för att överklaga ett föreläggande ska vara tre veckor och i övriga fall två månader. I t.ex. 31 kap. 2 § aktiebolagslagen (2005:551) gäller två månader för alla beslut, inklusive förelägganden, som kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

7 Utredningens bedömningar och förslag beträffande idéburet offentligt partnerskap

7.2.4 Ett partnerskap får inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen

Kammarrätten delar utredningens bedömning att ett IOP inte får innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession. Utrymmet för att använda sig av IOP får emellertid anses begränsat med särskilt beaktande av rättsfallet HFD 2020 ref. 15 där Högsta förvaltningsdomstolen förklarade att ett avtal – som bl.a. avsåg driften av ett äldreboende – mellan Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni utgjorde ett tjänstekontrakt enligt LOU. Med hänsyn till domstolens sätt att resonera i det aktuella målet är det, enligt kammarrättens mening, sannolikt att även avtal om andra välfärdstjänster än äldreomsorg kan anses som avtal med ekonomiska villkor som därmed omfattas av reglerna om offentlig upphandling. Ett IOP tycks dessutom inte utgöra ren bidragsgivning från den offentliga aktören. Det kan ifrågasättas om den offentliga aktören alltid förlorar möjligheten att kräva fullgörelse av det som omfattas av ett IOP. Aktören måste rimligtvis, i flertalet situationer, ha intresse av att det som

omfattas av partnerskapet verkligen blir av, något som kan tala emot att använda ett IOP.

En offentlig aktör som överväger att ingå ett IOP bör beakta risken för att behöva betala upphandlingsskadeavgift respektive skadestånd för överträdelse av LOU.

8 Utredningens bedömningar och förslag rörande offentlig upphandling

8.2.1 Möjligheter att reservera kontrakt för upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro

Kammarrätten har ingen invändning mot förslaget att reservera kontrakt till idéburna aktörer i 19 kap. 6 b § LOU, vilket kan antas främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden. Beträffande begreppet "oegennyttigt syfte" hänvisas till resonemanget ovan i avsnitt 5.4.3. Upphandlande myndigheter som överväger att använda den föreslagna undantagsbestämmelsen bör vidare beakta risken för överprövningsprocesser om huruvida undantaget är tillämpligt. Som utredningen konstaterar är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för att tillämpa bestämmelsen är uppfyllda. En värdering av möjligheten att reservera en upphandling måste göras i varje enskilt fall.

9 Utredningens bedömningar och förslag rörande valfrihetssystem

9.1 Möjligheter att begränsa deltagande i valfrihetssystem

När det gäller den föreslagna bestämmelsen i 1 kap. 2 a § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, om att reservera rätten att ansöka om att få delta i ett valfrihetssystem för idéburna aktörer under förutsättning att det finns särskilda skäl, anser kammarrätten att begreppet "särskilda skäl" inte beskrivs tillräckligt utförligt i betänkandet. Begreppet behöver ytterligare utvecklas och analyseras i det fortsatta lagstiftningsarbetet för att kunna tillämpas av upphandlande myndighet.

12 Konsekvenser av förslagen

Kammarrätten konstaterar att det inte finns något resonemang om förslagens eventuella konsekvenser för domstolarna. Kammarrätten efterlyser en analys i detta avseende, särskilt när det gäller de allmänna förvaltningsdomstolarna, och förutsätter att domstolarna garanteras ekonomiska resurser om ökade kostnader följer av förslagen. Det kan redan nu noteras att den föreslagna lagen om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet kan ge upphov till en ny måltyp i allmän förvaltningsdomstol och att de föreslagna ändringarna i LOU och LOV kan ge upphov till komplexa mål samt mål om upphandlings-skadeavgift.

Yttrandet har beslutats av kammarrättspresidenten Ylva Johansson och
tf. kammarrättsrådet Carl Johan Fahlander (föredragande).



Ylva Johansson



Carl Johan Fahlander