

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08—545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Kulturdepartementet

Remissyttrande R 16-02

2016-06-14

Dnr. Ku2016/00504/D

Yttrande ang. betänkandet Palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Välfärden och sålunda en del av det civila samhället. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, tidigare ställföreträdande generaldirektören för Konkurrensverket Lennart Göranson, professorn i handelsrätt Erik Nerep, samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt fler än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling och har inom detta område nyligen yttrat sig angående nya regler om upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), nya regler för överprövning av upphandlingsmål (SOU 2015:12) samt nya regler om upphandling (SOU 2014:51 och Ds 2014:25).

I yttrandet anges hänvisningar till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som LOU. Förslaget till ny lag om offentlig upphandling anges som NLOU. Nedan kommer främst hänvisningar göras till förslaget till ändringar i NLOU.

Konkurrenskommissionen, som avstyrker förslaget i sin helhet, vill förutom nedan angivna påpekanden även belysa det faktum att förslaget utgör förändringar i ännu inte genomförd lagstiftning. Vid tidpunkten för denna remiss har det inte ens presenterats något slutligt förslag till ny lag om offentlig upphandling. Det är mot denna bakgrund mycket svårt att överskåda vilka konsekvenser nu föreslagna ändringar kommer att få för regelverket som helhet.

Eftersom offentlig upphandling avser mycket stora årliga värden är det enligt Konkurrenskommissionens mening av yttersta vikt att lagstiftningen får en konsekvent och genomtänkt utformning. Den nu aktuella lagstiftningsmetoden, att vilja genomföra ändringar i en ännu inte färdigberedd lagtext, framstår således som mycket olämpligt. Konkurrenskommissionen anser därför att aktuella förslag i vart fall inte bör genomföras förrän NLOU har trätt i kraft, varefter eventuella följdändringar kan övervägas.

Möjligheten att undanta kontrakt under sju miljoner kronor

Utredningen anser att det för det civila samhällets organisationer finns ett flertal svårigheter när det gäller att komma ifråga för anbudsgivning inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande. Bland annat anser utredningen att det kan vara svårt för dessa aktörer att uppfylla de krav som ställs i upphandlingar av sociala tjänster samt att många av dessa aktörer brister i kunskap i fråga om gällande upphandlingsrättslig reglering samt om hur en anbudsprocess går till. Som en lösning på den beskrivna problematiken föreslår utredningen att upphandling av sociala tjänster till ett värde av 700.000 euro, eller c:a sju miljoner kronor, helt ska undantas från upphandlingslagstiftningens bestämmelser.

Det aktuella förslaget är ett för svenskt vidkommande helt nytt sätt att hantera upphandlingar av sociala tjänster. Tidigare har i vart fall de allmänna principerna om bland annat öppenhet och likabehandling gällt när det offentliga ska köpa denna typ av tjänster, oavsett om detta skett genom annonserade förfaranden eller tillåten direktupphandling.¹ Konkurrenskommissionen anser att det aktuella förslaget riskerar kraftigt minska möjligheterna till effektiv konkurrens på den berörda marknaden samt öka risken för korruption vid köp dessa tjänster.

Konkurrenskommissionen vill även särskilt rikta uppmärksamhet på att de av utredningen påtalade problemen inte är unika för det civila samhällets organisationer, utan drabbar alla leverantörer som konkurrerar om offentliga kontrakt. Problemen löses inte med att kontrakt undantas från ett offentligt upphandlingsförfarande utan genom att upphandlande myndigheter lär sig att utforma sina upphandlingar i enlighet med lagstiftningens syfte, så att största möjliga antal anbudsgivare kan komma ifråga.

Konkurrenskommissionen ställer sig vidare tveksam till utredningens slutsatser att upphandlande myndigheter, om de ges frihet att fritt välja bland leverantörer, per automatik skulle välja just det civila samhällets organisationer. Istället finns det risk att de köper tjänsterna direkt från någon av de stora kommersiellt verksamma marknadsaktörerna. Eftersom förslaget innebär att dessa upphandlingar tas bort från den rätt till öppenhet och insyn som annars föreskrivs, är den föreslagna ordningen istället ägnad att försvåra dessa organisationers möjlighet att bevaka sina intressen och att överpröva beslut om tilldelning där exempelvis den upphandlande myndigheten har agerat partiskt till förmån för någon annan leverantör.

Slutligen kan Konkurrenskommissionen konstatera att möjligheten att direktupphandla ökade genom höjningen av direktupphandlingsgränsen år 2013 till den nuvarande nivån motsvarande 28 procent av tröskelvärdet (f.n. 534.890 kronor).² Det är således möjligt att direktupphandla kontraktsvärden upp till en halv miljon kronor. Att såsom utredningen föreslår härutöver, utan vidare utredning av effekterna för konkurrensen och risken för korruption, helt undanta vissa köp av sociala tjänster från upphandlingsbestämmelsernas tillämpningsområde vore mycket olämpligt. I vart fall bör förslaget inte genomföras innan effekterna av att inte offentliggöra upphandlingar närmare utretts.²

¹ Se promemorian ”Kompletterande bestämmelser om offentlig upphandling”, Regeringskansliet, finansdepartementet, s. 30.

² Regeringen har aviserat att denna nya värdegräns ska utvärderas för att se vilka effekter den har medfört, se prop. 2013/14:133, s 21.

Gränsöverskridande intresse

Av unionsrätten följer att det inte föreligger någon möjlighet till undantag från upphandling av sådana sociala tjänster som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande angående kontrakt som inte, eller endast delvis, omfattas av upphandlingsdirektiven angett att en upphandlande myndighet, vid bedömningen om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska beakta bland annat kontraktets föremål och värde, marknadens storlek, struktur, handelspraxis och platsen för utförandet av tjänsten.³

Enligt EU-domstolens praxis ska ett kontrakt anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse i de fall där leverantörer i andra medlemsstater kan ha intresse av att delta i upphandlingen.⁴ EU-domstolen har vidare i ett mål avseende direkttilldelning av en tjänstekoncession konstaterat att det ska röra sig om särskilda omständigheter, som att det aktuella kontraktet ”är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende”, för att det ska anses rimligt att anta att upphandlingen skulle sakna intresse för leverantörer i andra medlemsstater, se *Coname* (C-231-01), EU:C:2005:487, p. 20.

Av den av utredningen föreslagna bestämmelsen i 19 kap. 1 § 2 p NLOU framgår även att lagen inte undantar upphandlingar av sådana sociala tjänster som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Sverige har en avreglerad vårdmarknad med en mångfald företag och organisationer som erbjuder sociala tjänster. Av en rapport⁵ från revisionsfirman Grant Thornton i november 2015 framgår att det inom *samtliga vårdområden* existerar ett antal större aktörer vilka, helt eller delvis, ägs av enskilda och företag i andra medlemsstater. Den aktuella marknadens struktur och handelspraxis kännetecknas således av ett gränsöverskridande intresse.

Vidare är det högst rimligt att anta att företag med utländska ägarintressen som idag erbjuder sociala tjänster i Sverige kan ha intresse av att delta med anbud även i upphandlingar vars värde understiger sju miljoner kronor.

Med detta sagt kan Konkurrenskommissionen svårligen finna att det aktuella undantaget skulle vara tillämpligt ens i enstaka fall.

Att bestämma värdet på ett kontrakt för sociala tjänster

Konkurrenskommissionen finner också anledning att uppmärksamma problematiken med bestämmandet av ett kontrakts värde. Enligt utredningens förslag ska sociala tjänstekontrakt till ett värde under sju miljoner kronor undantas lagens tillämpningsområde.

Vidare kan noteras att utredningen överhuvudtaget inte berör frågan hur kontraktsvärdet ska beräknas i det enskilda fallet. Idag råder det jml. 3 kap 5 § samt 15 kap. 3 § LOU ett förbud mot att dela upp en upphandling i syftet att kringgå lagens bestämmelser. Samma bestämmelser föreslås fortsatt gälla i NLOU.⁶

³ Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179, 1.8.2006, p. 1.3 andra stycket.

⁴ Se bland annat EU-domstolens dom i målen *kommissionen mot Italien* (C-412/04) EU:C:2008:102, p. 66, *kommissionen mot Irland* (C-507/03), EU:C: 2007:676, p. 30, *Coname* (C-231/03), EU:C:2005:487, p. 17 samt *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) EU:C:2000:669, p. 60-61.

⁵ Se Grant Thornton, ”*Den privata vård- och omsorgsmarknaden ur ett finansiellt perspektiv*”, november 2015.

⁶ Se s. 454 ff. i regeringens lagrådsremiss, ”Nya bestämmelser om upphandling”.

Om upphandlande myndighet sålunda avser att uppfylla ett kontinuerligt behov av sociala tjänster kan det, enligt Konkurrenskommissionens mening, inte vara lagligen möjligt att dela upp kontrakten på kortare tidsperioder för att därigenom möjliggöra en tillämpning av det aktuella undantaget. Det föreslagna undantaget kommer därigenom sakna sådan praktisk betydelse som utredningen avsett. Konkurrenskommissionen avstyrker även av detta skäl förslaget till bestämmelse i 19 kap. 1 § 2 p NLOU.

Särskilt om Spezzino-doktrinen

Enligt EU-domstolens dom i *Spezzino*⁷ står det medlemsstaterna fritt att utforma sina nationella sociala trygghetssystem så att endast aktörer som verkar utan vinstsyfte, vare sig direkt eller indirekt, ska få delta med anbud, förutsatt att detta motiveras av sociala målsättningar. De metoder som tillämpas inom ramen för de nationella sjukvårdssystemen måste även *de facto* bidra till förverkligandet av de uppställda sociala målsättningarna samt uppfylla de mål beträffande social solidaritet och budgetmässig effektivitet som systemen vilar på.⁸

Domstolen konstaterade att det i dessa fall krävs att: *”Frivilligorganisationer, när de anlitas för detta ändamål, inte eftersträvar andra målsättningar än de som har angetts ovan i föregående punkt, att deras tjänster inte genererar någon vinst för dem bortsett från ersättning för rörliga, fasta och löpande kostnader, vilka är nödvändiga för tillhandahållandet av tjänsterna, och att de inte genererar någon vinst för organisationernas medlemmar. Även om det är tillåtet att anlita arbetstagare – i annat fall skulle dessa organisationer i princip berövas möjligheten att verka i flera sektorer där solidaritetsprincipen har en naturlig plats – måste dessa organisationer i sin verksamhet beakta de krav som den nationella lagstifningen ställer på dem”*, samt att

”Med hänsyn till den allmänna unionsrättsliga principen om förbud mot rättsmissbruk (se, analogt, dom 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, punkt 33) kan tillämpningen av denna lagstiftning inte utsträckas till att täcka frivilligorganisationers eller deras medlemmars missbruk. Frivilligorganisationer kan således utöva sin verksamhet med hjälp av anställda endast i den utsträckning det behövs för att de ska fungera korrekt. Vad gäller ersättningen för kostnader, ska det tillses att inget vinstsyfte, inte heller indirekt, eftersträvas under sken av volontärverksamhet, och att volontärer endast kan få ersättning för kostnader som faktiskt uppkommit i den tillhandahållna verksamheten inom ramen för de gränser som organisationerna på förhand fastställt”.

Det finns således redan idag en alternativ möjlighet att i enlighet med ovan refererade *Spezzino*-doktrinen genomföra bestämmelser om ersättning till organisationer, såsom kvinnojourer, för deras frivilligarbete. Konkurrenskommissionen anser att denna möjlighet inte har utretts i tillräcklig utsträckning, utan bör närmare övervägas istället för den av utredningen föreslagna lösningen.

Införandet av möjligheten att reservera kontrakt för vissa företag

Utredningen föreslår vidare att bestämmelserna om reserverade kontrakt i art. 77 i det nya klassiska upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) ska genomföras i svensk rätt. Av bestämmelsen följer att en upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling av sociala tjänster till att avse enbart en viss typ av leverantörer. Detta kräver dock att kontrakt som tilldelas i det reserverade förfarandet inte överskrider *tre år* samt att en leverantör som på detta sätt tilldelats ett kontrakt inte på nytt får tilldelas kontrakt av samma myndighet under angivna period av tre år. Detta förhållande, att mottagarna av dessa tjänster sålunda kontinuerligt kan komma tvingas byta utförare vart tredje år riskerar medföra problem i förhållande till bland annat kraven på kontinuitet i vården⁹ och i den sociala omsorgen.

⁷ Se EU-domstolens dom i mål *Spezzino* (C-113/13) EU:C:2014:2440, särskilt pp. 61-62.

⁸ Se även EU-domstolens dom *Casta* (C-50/14) EU:C:2016:56 av vilken följer att i fråga om blandade tjänstekontrakt som innehåller både A- och B-tjänster ska direktivets bestämmelser tillämpas förutsatt att A-tjänsterna utgör den dominerande beståndsdelen. Direktiv 2004/18/EG utgör i dessa fall hinder mot att direkttilldela kontrakt till ett icke-vinstdrivande organ, se pp. 53-54.

⁹ Se bl.a. 2 a § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

Konkurrenskommissionen kan inte heller se på vilket sätt en ordning där upphandlande myndigheter regelmässigt kan komma att behöva byta ut sina leverantörer av sociala tjänster vart tredje år skulle kunna gynna just de ideella organisationer som utredningen vill värna om.

Det av utredningen presenterade lagförslaget är vidare ofullständigt i förhållande till det bakomliggande direktivet. Av art. 77.2.b) följer att leverantörens vinster ”ska återinvesteras för att uppnå organisationens syfte”. Så långt överensstämmer utredningens lagförslag med direktivtexten. Av samma direktivbestämmelse följer dock även att ”vid eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör detta ske på grundval av deltagande”. Detta rekvisit återkommer dock inte i det svenska lagförslaget. Enligt Konkurrenskommissionens bedömning är det inte möjligt att enbart partiellt genomföra bestämmelserna om reserverade kontrakt. Sådana leverantörer, exempelvis kooperativ, som delar ut sin eventuella vinst på grundval av medlemmarnas deltagande, bör således inte kunna uteslutas från möjligheten att tilldelas reserverade kontrakt.¹⁰

Förslaget riskerar leda till direktivöverträdelser

Av förslaget till bestämmelse i 19 kap. 1 § punkten 2 följer att de nationella bestämmelserna i 19 kap. NLOU inte ska gälla för sociala tjänster när ”värdet av sådana tjänster *beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. ...*” (vår markering). Denna bestämmelse avviker dock från det nya klassiska upphandlingsdirektivet såtillvida att direktivets bestämmelser ska tillämpas på sociala tjänster ”när värdet på kontrakten uppgår till eller överstiger” gällande gränsvärde. Av direktivet kan således, motsatsvis, utläsas att detta endast undantar sådana sociala tjänster vars värde *objektivt* sett understiger gällande tröskelvärden och att det inte är fråga om att värdet är föremål för en subjektiv bedömning från upphandlande myndighets sida. Om det till grund för undantag enligt 19 kap. 1 § punkten 2 NLOU visar sig att den upphandlande myndigheten felaktigt har bedömt värdet på den sociala tjänsten utgör upphandlingen en otillåten direktupphandling. Förfarandet omfattas i sådant fall av lagens sanktionssystem och avtalet riskerar att komma förklarats ogiltigt.

Den föreslagna regleringen riskerar således stå i strid med direktivets annonseringskrav eftersom den ger en ökad möjlighet för upphandlande myndigheter att undvika annonsering av kontrakt för sociala tjänster.

Stockholm den 14 juni 2016

Inger Ridderstrand Linderoth
Ordförande

Pär Cronhult
föredragande

¹⁰ Se art. 77.2 i direktivet, enligt vilken samtliga i direktivets krav ska vara genomförda; jfr. även skäl 118, enligt vilken organisationer såsom kooperativ ska kunna delta i dessa reserverade förfaranden.