

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

Finansdepartementet

fi.remissvar@regeringskansliet.se
torkel.winbladh@regeringskansliet.se

Idéburen välfärd (SOU 2019:56)

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat betänkande av Utredningen om idéburna aktörer i välfärden (fortsättningsvis benämnd "utredningen").

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter samt att stödja de leverantörer som deltar eller vill delta i sådan upphandling. Myndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Remissvaret inleds med en sammanfattning. Därefter kommenteras de bedömningar och de förslag som utredningen lämnat i den ordning och under de rubriker som anges i betänkandet.

Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten ser positivt på utredningens arbete att främja ökat idéburet deltagande i välfärden och att frågor om civilsamhällets roll och funktion i förhållande till offentlig upphandling belyses. Det är väsentligt att de svårigheter som idéburna aktörer upplever i samband med offentlig upphandling uppmärksammas och att det skapas förståelse för att det behövs såväl rättsliga förutsättningar som kunskap och utveckling av metoder för att olika aktörer, såsom idéburna aktörer, ska kunna ha en större medverkan i och utföra det som uppfattas som offentliga uppgifter eller tjänster.

Upphandlingsmyndigheten är positiv till utredningens förslag om definition och registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad verksamhet. En enhetlig definition bör underlätta ett ökat idéburet deltagande i välfärden. Ur statistiksynpunkt är det angeläget att registret blir offentligt.

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

Myndigheten anser att de kriterier som föreslås vara vägledande vid ingående av idéburet offentligt partnerskap (IOP) i och för sig är lämpliga då de tydliggör gränsdragningen mot upphandling och otillåtet statsstöd. Myndigheten anser dock också att det är angeläget att parterna reglerar sina mellanhavanden på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt i den enskilda situationen.

Upphandlingsmyndigheten anser därmed att stöd och vägledning som lämnas för att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga bör ha en bredare ansats än kriterier för IOP. Upphandlingsmyndigheten har inga invändningar mot att förvalta den vägledning som föreslås.

Myndigheten delar vidare utredningens bedömning att det finns flera möjligheter att utforma upphandlingar på ett sätt som underlättar för idéburna aktörer att delta i offentliga upphandlingar och som tar tillvara dessa aktörers särart och mervärde. Enligt myndighetens uppfattning är det härvid avgörande att upphandlande myndigheter har en kunskap och förståelse för de idéburna aktörernas förutsättningar.

Myndigheten avstyrker förslagen om att införa en möjlighet att reservera kontrakt till idéburna aktörer i såväl LOU som LOV.

Utredningens förslag

5 Förslag till en tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden

Upphandlingsmyndigheten är positiv till utredningens förslag om definition och registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad verksamhet.

En enhetlig definition bör underlätta ett ökat idéburet deltagande i välfärden. Ur statistiksynpunkt innebär en enhetlig definition att det blir enklare att ta fram statistik om dessa aktörer kan identifieras och följas över tid.

Upphandlingsmyndigheten vill framhålla att det är angeläget att det föreslagna registret blir offentligt. Se även avsnitt 10.

Upphandlingsmyndigheten kan dock också notera att det är osäkert i vilken utsträckning registrering kommer att förekomma och att Upphandlingsmyndigheten avstyrker utredningens förslag om möjlighet att reservera kontrakt, där registrering skulle utgöra ett bevismedel för att kriterierna var uppfyllda (se avsnitt 8 och 9). Den föreslagna definitionen skiljer sig också från de kriterier som ställs på organisationer som vill delta i reserverade upphandlingar enligt 19 kap. 6 a § LOU, varför registrering saknar betydelse i det sammanhanget.

6 Den EU-rättsliga regleringen och det nationella handlingsutrymmet

6.3 Statsstöd

Upphandlingsmyndigheten har inga synpunkter på utredningens redogörelse för den EU-rättsliga regleringen och det nationella handlingsutrymmet när det gäller

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

möjligheterna att lämna statligt stöd eller den slutsats som dras om det nationella handlingsutrymmet avseende statsstöd.

Upphandlingsmyndighetens bedömning är att idéburen sektor inte sällan bedriver verksamhet som bara efterfrågas lokalt och att stöd till sådan verksamhet i vissa fall inte uppfyller samhandelskriteriet. När statsstödsreglerna blir tillämpliga är det vidare Upphandlingsmyndighetens bedömning att det, mot bakgrund av de låga belopp som det i allmänhet är fråga om, är de olika de minimis-förordningarna som kan vara lämpliga att tillämpa. Övriga regler, såsom SGEI-beslutet, kommissionens rambestämmelser och den allmänna gruppundantagsförordningen (GBER), innehåller krav på redovisning och uppföljning av stödet som kan vara svåra att uppfylla för aktörer i idéburen sektor.

6.4 Offentlig upphandling

Upphandlingsmyndigheten anser att utredningens redogörelse för den EU-rättsliga regleringen och det nationella handlingsutrymmet vad gäller offentlig upphandling i stora delar är mycket bra.

När det rättsliga utrymmet för IOP ska klargöras är det lämpligt att utgångspunkten är vad som omfattas av upphandlingsreglerna, inte vad som utgör bidrag. Som utredningen anger är definitionen av offentligt kontrakt då av central betydelse. Som utredningen också beskriver föreligger det viss rättslig osäkerhet kring detta begrepp.

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning vad gäller möjligheten att reservera upphandlingar, se vidare avsnitt 8.

7 Utredningens bedömningar och förslag beträffande idéburet offentligt partnerskap

7.2 Vad kännetecknar idéburna offentliga partnerskap samt 7.5 Utredningens förslag

Upphandlingsmyndigheten har inga synpunkter i sig på utredningens bedömning av vad som utmärker ett IOP (7.2). Myndigheten anser också att de kriterier som föreslås vara vägledande vid ingående av IOP är lämpliga då de tydliggör gränsdragningen mot upphandling och otillåtet statsstöd (7.5). Det kan enligt myndigheten slutligen också övervägas om kriterierna även bör innehålla en hänvisning till att ett IOP ska vara förenligt med den kommunala kompetensen.

Att IOP definieras och kriterier för det tas fram tydliggör samverkansformen och de rättsliga frågeställningar som behöver beaktas. Det bör i sig kunna främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga.

Upphandlingsmyndigheten ser dock också ett par utmaningar i sammanhanget. För det första; De bedömningarna som måste göras kring om ett samarbete utgör ett offentligt kontrakt eller innebär ett otillåtet statsstöd är många gånger komplicerade. Se vidare under avsnitt 7.5. För det andra; Genom att en definition av IOP tas fram föreligger

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

det en risk för att olika aktörer eftersträvar att ingå just ett IOP enligt fastslagna kriterier. Utgångspunkten bör enligt Upphandlingsmyndigheten istället vara vad parterna vill uppnå och hur det bäst regleras i den enskilda situationen. De enskilda medborgarnas behov av bra, effektiv och trygg välfärd bör stå i förgrunden och en analys behöver göra av hur det uppnås på bästa sätt. Den analysen kan resultera i lösningar som exempelvis bygger på upphandling, bidrag eller IOP. De framtagna kriterierna saknar vidare i stor utsträckning rättslig relevans (kriterium 1-3). Parterna bör därför bara eftersträva att uppfylla dem om det är ändamålsenligt i det enskilda fallet. Upphandlingsmyndigheten anser därmed också att stöd och vägledning som lämnas för att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga bör ha en bredare ansats än kriterier för IOP, se vidare avsnitt 7.5.

7.3 Det EU-rättsliga utrymmet i övrigt beträffande IOP

I avsnitt 7.3.3. behandlar utredningen frågan om finansiering som inte utgör statligt stöd med hänvisning till att den verksamhet som bedrivs är icke-ekonomisk och anger tre exempel när detta kan tillämpas på IOP.

Utan att gå in specifikt i en bedömning av dessa exempel noterar Upphandlingsmyndigheten i detta sammanhang att HFD – efter att utredningen lämnat sitt betänkande – avgjort frågan om ett avtal som har ingåtts inom ramen för ett avtal benämnt IOP mellan Alingsås kommun och en stiftelse, om bland annat driften av ett äldreboende, ska omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Frågan i målet var om avtalet mellan kommunen och stiftelsen avsåg en upphandlingspliktig tjänst enligt LOU eller en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse som inte omfattas av upphandlingslagstiftningen.

HFD konstaterar i korthet att förhållandet mellan parterna utgör ett avtal med ekonomiska villkor och att det i Sverige finns en marknad för den typ av tjänster det är fråga om, varför avtalet mellan parterna utgör ett tjänstekontrakt enligt LOU.

Upphandlingsmyndigheten noterar att HFD inte dömt av frågan huruvida en viss idéburen verksamhet är ett företag i statsstödsrättslig mening (dvs. om den bedriver ekonomisk verksamhet). Den statsstödsrättsliga bedömningen av företagskriteriet behöver inte nödvändigtvis vara densamma som den upphandlingsrättsliga bedömningen av begreppet tjänst.

7.4 Bör IOP regleras i lag?

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att IOP inte bör regleras i lag. Myndigheten delar utredningens motiveringar när det gäller dess reservation inför att föreslå lagstiftning med hänvisning till tillämpliga EU-rättsliga regler om statligt stöd (7.4.1). På samma sätt delar myndigheten utredningens reservation inför en lagstiftning som anger utpekade verksamhetsområden som inte omfattas av EU:s statsstödsregler (7.4.2).

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

7.5 Utredningens förslag (Särskilt om uppdrag till Upphandlingsmyndigheten)

Förhållandet mellan upphandlings- konkurrens- och statsstödsreglerna är komplext. De beskrivningar som utredningen presenterar av såväl reglernas innebörd som av den gränsdragnings- och tillämpningsproblematik som en kommunal eller regional handläggare eller beslutsfattare ställs inför är adekvata och i stort korrekta. Det är dock fråga om tämligen komplexa regelverk som är komplicerade att tillämpa för kommuner och regioner.

Utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska förvalta en vägledning som utformats som ett schema över de överväganden som en upphandlande myndighet ska göra i syfte att ingå ett IOP.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att den schematiska utformningen av vägledningen är en bra ansats i ambitionen att bredda kunskapen och insikten i hur regelverken förhåller sig till varandra. Den berör dock komplexa frågor och ska ge stöd i kommuners och regioners avgöranden kring många gånger komplicerade faktiska omständigheter. Dess nuvarande utformning innebär att en stor osäkerhet fortfarande kvarstår för den kommun eller region som har att göra rättsliga överväganden med stöd av den.

Upphandlingsmyndigheten har inga invändningar mot att förvalta en vägledning som den som föreslås. För att den ska bli användbar och inte stanna på det abstrakta planet krävs det enligt myndigheten dock att ett utvecklat stöd tas fram som mer i detalj går in på förutsättningarna och villkoren för anskaffning/finansiering av specifika verksamheter. Fokus bör då ligga på mer konkreta fördjupningar och att lämna stöd kring specifika frågeställningar. Om Upphandlingsmyndigheten ges ett särskilt uppdrag i enlighet med förslaget är det angeläget att det finansieras.

Som utvecklats under avsnitt 7.2. anser myndigheten vidare att stöd och vägledning som lämnas för att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga bör ha en bredare ansats än kriterier för IOP. Av den anledningen avstyrker myndigheten förslaget att myndigheten ska få ett särskilt uppdrag att genomföra informationsinsatser med utgångspunkt i de kriterier för IOP som utredningen har tagit fram.

8 Utredningens bedömningar och förslag rörande offentlig upphandling

8.1 Bedömningar och förslag som rör tillämpningen av upphandlingslagstiftningen

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det finns flera möjligheter att utforma upphandlingar på ett sätt som underlättar för idéburna aktörer att delta i offentliga upphandlingar och som tar tillvara dessa aktörers särart och mervärde.

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

För att underlätta för idéburna aktörer att delta i offentliga upphandlingar behöver upphandlande myndigheter förstå hur den idéburna sektorn fungerar, dess förutsättningar och utmaningar. För detta krävs ofta dialog och erfarenhetsutbyte.

Upphandlingsmyndighetens erfarenhet, bland annat från de lärnätverk myndigheten deltagit i, är vidare att många av de utmaningar som idéburna aktörer står inför i samband med upphandling motsvarar de som mindre företag upplever. Det finns därmed lärdomar att dra från de erfarenheter som finns och erhålls från respektive grupp av aktörer.

Utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska få ett särskilt regeringsuppdrag att öka idéburna aktörers deltagande i offentliga upphandlingar. Av Upphandlingsmyndighetens instruktion följer att myndigheten ska ge upphandlingsstöd till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer och att stödet bland annat ska inriktas på att underlätta för idéburna organisationer att delta i upphandling.

Som utredningen anger har Upphandlingsmyndigheten också vidtagit flera åtgärder på området. Mycket av det stöd och de vägledningar som myndigheten tagit fram för flera målgrupper är också tillämpliga på idéburna aktörers deltagande i offentlig upphandling, bland annat myndighetens stöd kring sysselsättningsfrämjande åtgärder. Myndigheten kommer också att fortsätta arbetet med att ge stöd för att underlätta för idéburna aktörer att delta i upphandlingar. Upphandlingsmyndigheten har exempelvis för närvarande ett pågående uppdrag om att sprida kunskap om alternativa finansiella instrument i offentlig välfärdssektor, där myndigheten kommer att genomföra informationsinsatser direkt riktade mot bland annat idéburen sektor.

Upphandlingsmyndigheten har ett brett uppdrag att verka för att upphandlingar hanteras rättssäkert, strategiskt och effektivt och att miljöhänsyn och sociala aspekter beaktas. För att uppnå bästa möjliga resultat söker myndigheten prioritera verksamheten efter vilket stöd som leder till störst nytta för olika målgrupper och utifrån tillgängliga resurser. Alltför detaljerade regeringsuppdrag kan medföra att denna möjlighet begränsas.

Om regeringen ser ett behov av tydligare prioritering välkomnar Upphandlingsmyndigheten ett kommande uppdrag. Om Upphandlingsmyndigheten ges ett särskilt uppdrag i enlighet med förslaget är det angeläget att det finansieras.

8.2 Bedömningar och förslag för upphandling av kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster

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

Idéburna aktörer bidrar till samhällsnyttan och till en mångfald av leverantörer i välfärden. Det är enligt Upphandlingsmyndigheten angeläget att upphandlande myndigheter och enheter underlättar för dessa aktörer att delta i upphandlingar.

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

Upphandlingsmyndigheten avstyrker dock utredningens förslag att införa en möjlighet att reservera kontrakt till idéburna aktörer.

Den rättspraxis från EU-domstolen som utredningen hänvisar till avser 2004 års LOU-direktiv. De aktuella tjänsterna avsåg så kallade B-tjänster, vilka i princip var oreglerade i det direktivet. EU-domstolen konstaterade att en direkttilldelning inte var möjlig om tjänsterna avsåg A-tjänster. Om tjänsterna däremot avsåg B-tjänster, men hade ett bestämt gränsöverskridande intresse, fanns vissa möjligheter till direkttilldelning. En bedömning skulle då göras i förhållande till de allmänna rättsprinciperna som följer av fördraget. Genom 2014 års LOU-direktiv omfattas de aktuella tjänster av direktivet (artikel 74-76). Genom 2014 års LOU-direktiv regleras också i vilka fall kontrakt får reserveras till vissa specifika leverantörer. Den omständigheten att möjligheten att reservera kontrakt till icke vinstsyftande aktörer är reglerad i direktivet talar enligt Upphandlingsmyndigheten starkt emot att det skulle vara möjligt att även på andra grunder reservera kontrakt på detta sätt. Upphandlingsmyndigheten får också hänvisa till de rättsutlåtanden som Valfärdsutredningen inhämtade och i vilka bedömningen görs att det i princip saknas förutsättningar att reservera kontrakt i en upphandling till idéburna aktörer (SOU 2016:78 s. 551).

Upphandlingsmyndigheten anser därutöver att de kriterier som ska vara uppfyllda för att det ska vara möjligt att reservera kontrakt till idéburna aktörer - med nödvändighet - är mycket vaga. En sådan lagstiftning skulle skapa stor rättslig osäkerhet. Upphandlingsmyndigheten noterar också att det inte anges någon definition av värdeöverföringar eller någon tidsgräns för begränsningen gällande värdeöverföringar i förslaget. I förslaget till lag om registrering av idéburna aktörer definieras värdeöverföringar och en tidsperiod om 5 år efter avregistrering är angiven.

8.2.2 Möjligheter beträffande upphandlingar av sociala och andra tjänster vilka understiger EU:s tröskelvärden för sådana tjänster

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det skulle vara möjligt att reservera kontrakt till idéburna aktörer om Förenklingsutredningens förslag om höjd direktupphandlingsgräns genomförs (under förutsättning att den enskilda upphandlingen inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse). Vad gäller Förenklingsutredningens förslag i denna del och vad gäller de förslag som Förenklingsutredningen lagt fram och som utredningen hänvisar till i övrigt, får Upphandlingsmyndigheten hänvisa till myndighetens remissyttrande avseende den utredningen (UHM-2018-0305).

9 Utredningens bedömningar och förslag rörande Valfrihetssystem

9.1 Möjlighet att begränsa deltagande i valfrihetssystem

Upphandlingsmyndigheten avstyrker utredningens förslag att lagen om valfrihetssystem ändras, dels så att det ska framgå att de grundläggande principer som följer av EUF-fördraget inte gäller för valfrihetssystem som saknar ett bestämt

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

gränsöverskridande intresse, dels att det ska vara möjligt att reservera rätten att få delta i ett valfrihetssystem till idéburna aktörer under förutsättning att det föreligger särskilda skäl.

Som Upphandlingsmyndigheten utvecklar i remissyttrandet avseende Valfärdsutredningens förslag anser myndigheten att det bör föreligga en huvudregel om att de grundläggande principerna ska tillämpas vid inrättande av valfrihetssystem (UHM-2016-0240).

Upphandlingsmyndighetens uppfattning är vidare att organisationsform inte bör avgöra tillträdet till ett valfrihetssystem. Syftet med lagen om valfrihetssystem är att ge möjlighet för brukare och enskilda att välja utförare och att det ska vara kvaliteten utifrån deras preferenser som avgör vem som ska utföra en viss tjänst. De brukare och enskilda som ska välja har alltid full frihet att välja bland de utförare som finns och det finns enligt Upphandlingsmyndighet inget hinder i sig mot att det framgår av informationen till dessa vilken organisationsform en viss utförare har, se nedan. Att reservera rätten att få delta i ett valfrihetssystem till idéburna aktörer kan istället motverka syftet med valfrihetssystem och inskränka den enskildes valmöjligheter.

Det rättsliga utrymmet att begränsa deltagandet i valfrihetssystem för idéburna aktörer då ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger kan också ifrågasättas och behöver enligt Upphandlingsmyndigheten analyseras vidare innan det kan läggas till grund för lagstiftning. Under vilka förutsättningar det ska vara möjligt att reservera deltagandet i valfrihetssystem, dvs. när det föreligger *särskilda skäl* bör också klargöras. Slutligen; någon tidsgräns för begränsningen gällande värdeöverföringar eller definition av detta begrepp är inte angiven, jämför vad som anges ovan under 8.2.1.

9.2 Information till enskilda

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det är möjligt att vid information till brukare och enskilda i ett valfrihetssystem lämna information om att en leverantör är en registrerad idéburen aktör. Enligt Upphandlingsmyndighetens bedömning bör information i detta hänseende uppfylla lagens krav på att bland annat vara saklig och relevant.

10 Andra områden där definitionen av idéburna aktörer kan användas

10.2 Statistik

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att en definition och registrering av idéburen aktör kan innebära förbättrade möjligheter att ta fram statistik. Statistikens tillförlitlighet kommer dock att vara beroende av i vilken utsträckning idéburna aktörer väljer att registrera sig. En tillförlitlig statistik är beroende av att registret är heltäckande. Upphandlingsmyndigheten är angelägen om att det föreslagna registret görs offentligt.

Ert datum:
2020-01-09

Datum:
2020-06-05

Er ref:
Fi2019/04187/K

Diarienummer:
UHM-2020-0002

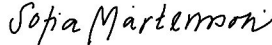
11 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Upphandlingsmyndigheten har inga synpunkter på utredningens förslag om ikraftträdande.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Sofia Mårtensson har varit föredragande. I handläggningen har också upphandlingsjuristen Christian Blume deltagit.



Inger Ek



Sofia Mårtensson