

Kulturdepartementet

Vår referens/dnr: 82/2016

103 33 Stockholm

Er referens/dnr:
KU/2016/00504/D

160620

Remissvar

Palett för ett stärkt civilsamhälle SOU 2016:13

Föreningen Svenskt Näringsliv vill först och främst understryka att civilsamhället spelar en viktig roll i det svenska samhället och tillför stora värden för många människor.

Betänkandet omfattar flera olika förslag inom vitt skilda området till förmån för det civila samhället. Föreningen kommer dock i detta remissvar fokusera på de delar som avser offentlig upphandling och begreppet kontrakt.

Föreningen avstyrker förslagen på upphandlingsområdet i sin helhet.

Undantag från upphandling av sociala tjänster

Utredningen föreslår att vissa sociala kontrakt ska undantas från offentlig upphandling eftersom civilsamhället har svårt att delta i upphandlingar. Föreningen vill inledningsvis påtala att kritik ofta riktas mot upphandlingslagstiftningen. Den anses av många utgöra hinder mot att göra goda offentliga affärer. Kritiken bygger i allt väsentligt på missuppfattningar. Lagstiftningen om offentlig upphandling är i sig inget hinder mot att göra goda offentliga affärer. Den ger en upphandlande myndighet mycket stora möjligheter att utforma upphandlingar och i förlängningen sina avtal på det sätt som bäst svarar mot myndighetens behov.

De upphandlande myndigheternas kompetens och arbetssätt vid genomförandet av offentliga upphandlingar är således av helt central betydelse. I detta avseende finns, tyvärr, en betydande förbättringspotential hos många upphandlande myndigheter. Allmänt kan sägas att dialog är av stor betydelse, både före under och efter genomförd upphandling. Att upphandlande myndigheter för dialog med aktörer och branschorganisationer etc. före upphandlingar är av särskild stor vikt för att bedöma utvecklingen inom sektorn och vilka krav på exempelvis kvalitet som är relevanta och nödvändiga. Denna brist är något som både små- och medelstora företag samt de idéburna organisationerna drabbas av.

Kvalificeringen kan upplevas som betungande, särskilt för mindre aktörer. Upphandlande myndigheter behöver dock nästan aldrig kvalificera leverantörer. Det som idag är 11 kap. LOU – och som förmodligen kommer att bli 14 kap. och 15 kap. NLOU – behöver därför nästan aldrig tillämpas. Det urval som bestämmelserna syftar till att åstadkomma, görs bättre genom att upphandlande myndigheter ställer relevanta krav i vad som ska bli deras avtal med en vinnande leverantör och genom att de under kontraktstiden ser till att föra dialog och ha uppföljning. Problemet med hur upphandlande myndigheter utformar sina förfrågningsunderlag drabbat således civilsamhället men löses inte genom att undanta vissa kontrakt från upphandlingsförfarandet.

Utredningen påstår att om upphandlande myndigheter skulle ges frihet att välja bland leverantörer skulle civilsamhällets organisationer gynnas. Det finns dock ingen forskning som visar detta. Istället finns det risk att upphandlande myndigheter köper tjänster utan konkurrensprövning från någon av de större kommersiella aktörerna på marknaden, eftersom dessa oftast kan tillhandahålla tjänsterna med större ekonomisk effektivitet. Man ska, i samband härmed, ha i åtanke att de flesta kommuner brottas med dålig ekonomi samt att SKL:s ekonomer räknar med att det saknas 70 miljarder till välfärden 2019. För att klara morgondagens utmaningar krävs högre grad av innovation och effektivitet i välfärdstjänsterna. Dessa kan uppnås genom konkurrens och att nya aktörer tillåts att etablera sig. Utan hot om etablering av nya aktörer minskar trycket på befintliga aktörer att ständigt förbättra sig. Regelverket som omgärdar aktörer inom vård och omsorg är och bör vara omfattande för att säkra en hög kvalitet, tillgänglighet och kostnadskontroll.

Om de civila samhället ska kunna bevaka sina intressen och tilldelas kontrakt är det en förutsättning att dessa kontrakt annonseras och tilldelas enligt öppenhetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Vidare är det viktigt att dessa organisationer ges möjlighet att överpröva ett partiskt agerande från den upphandlande myndighetens sida. Dessa grundläggande rättigheter kan inte ges civilsamhällets aktörer om man undantar vissa kontrakt från den offentliga upphandlingen.

Det är vidare viktigt att ha i åtanke att huvudsyftet med lagarna om offentlig upphandling är att öppna upp den europeiska inre marknaden för handel och konkurrens. En ökad handel mellan medlemsstaterna inom EU genererar tillväxt och fler arbetstillfällen. Lagarna syftar också till att skydda leverantörerna mot de upphandlande myndigheternas godtycke, dvs. lagarna om offentlig upphandling ska förhindra korruption. Den ökande risken för korruption, som finns om man undantar sociala tjänster från upphandlingslagens tillämpningsområde, har inte alls uppmärksamats av utredningen. Föreningen anser att riskerna för korruption måste belysas i en eventuell fortsatt beredningen av ärendet.

Gränsöverskridande intresse

Bestämmelserna i EUF-fördraget (FEUF) om de grundläggande friheterna utgör grunden för det unionsrättsliga regelverket för offentlig upphandling. Tilldelning av kontrakt utanför upphandlingsdirektiven omfattas av FEUF:s bestämmelser, om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse¹. Sådana kontrakt omfattas även av fördragets möjligheter till undantag. Ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse när det är intressant för företag i andra medlemsstater att få vara leverantör. Indikationer på att ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse är, som EU-domstolen slagit fast, att kontraktet rör betydande värden i kombination med den plats som tjänsten ska utföras på eller kontraktets tekniska aspekter. Vidare kan man vid bedömningen beakta om det finns utländska leverantörer på marknaden eller om det finns klagomål som ingivits av aktörer i andra medlemsstater.² Generaladvokaten Kokott anförde i sitt förslag till avgörande i målet *Pressetext Nachrichtenagentur*³ att vid bedömningen av om ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse, skulle bl.a. beaktas om flera av de potentiella leverantörerna var internationellt verksamma och om det förekommit att nya företag etablerat sig på den aktuella marknaden. Begreppet bestämt gränsöverskridande intresse är även tillämpligt vid tilldelning av kontrakt under tröskelvärdena. I det förenade målen *SECAP* och *Santorso*⁴ var det fråga om en upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. EU-domstolen påpekade att primärrättens bestämmelser och allmänna rättsprinciper redan tidigare fastställts tillämpliga på kontrakt som understiger det gällande tröskelvärdena under förutsättning att de har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Av utredningens förslag till bestämmelser, 19 kap. 1 § 2. NLOU, framgår inte att lagen undantar upphandlingar som har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta är enligt föreningens bedömning en brist.

¹ C-324/98 p.60, C-231/03 p. 20, C-264/03 m.fl.

² C-278/14, C-113/13, C-507/03, C-507/03, C-91/08 p. 34, C-160/08 p. 54.

³ C-454/06.

⁴ C-147/06 och C-1448/06.

Sverige har en avreglerad vård- och omsorgsmarknad med ett flertal vård- och omsorgsgivare. Vissa av dem har sitt säte i Sverige medan andra är utlandsägda. Det finns även svenska vård- och omsorgsföretag som har verksamhet i andra EU-länder. Detta innebär att den svenska marknaden för vård- och omsorgstjänster kännetecknas av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Föreningen drar slutsatsen att förslaget till bestämmelse inte är tillämplig eftersom vård- och omsorgsmarknaden i Sverige är gränsöverskridande. Föreningen avstyrker därför förslaget, eftersom risken är överhängande att de upphandlande myndigheterna kommer att bryta mot EU-rätten.

EU-domarna Spezzino-domen C-113/13 och CASTA C-50/14

Eftersom Spezzino-målet behandlas av utredningen vill föreningen tydliggöra vissa omständigheter.

Målen handlar om italienska upphandlande myndigheter som genom avtal, utan föregående konkurrensutsättning, köpt sjuktransport av frivilligorganisationer knutna till ANPAS och Croce Rossa Italiana. I båda målet gör domstolen en tolkning av direktiv 2004/18/EG.

Domstolen konstaterade att den aktuella italienska lagstiftningen motiverades av principerna om universalitet, solidaritet, ekonomisk effektivitet och adekvans. Domstolen anförde att det inte är tillåtet att införa obefogade inskränkningar av de grundläggande friheterna men att fördragets viktigaste mål är att skydda människors liv och hälsa. Medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning rörande vilket sätt målet ska uppnås på. Domstolen påpekade att det inte endast är den ekonomiska balansen i det sociala skyddssystemet som kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse, utan också ett intresse av att upprätthålla en väl avvägd läkar- och sjukhusvård som är tillgänglig för alla. För att begränsningen ska vara godtagbar krävs det dock att ett visst förfarandesystem **faktiskt leder till att de aktuella målen uppfylls**. Ifråga om frivilligorganisationer krävs det, när de anlitas, att de inte eftersträvar andra ändamål än de som är avsikten med systemet. Det inskränker inte möjligheten för organisationerna att anlita arbetstagare, *men de anställda kan endast anlitas i den mån det krävs för att frivilligorganisationerna kan fungera korrekt*. Inte ens ett indirekt vinstsyfte, under sken av volontärarbete, kan godtas. Volontärer kan sålunda endast få ersättning för kostnader som faktiskt uppkommit i den tillhandahållna verksamheten. Domstolen konstaterade således att det inte finns unionsrättsliga hinder för att inrätta ett system som ger företräde för frivilligorganisationer i offentliga upphandlingar, under förutsättning att

organisationerna i sin verksamhet faktiskt bidrar till att uppfylla de mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet som är syftet med det särskilda systemet.”

Slutsatsen av Spezzino-målet m.fl. är att man skulle kunna direkttilldela ett kontrakt till en frivilligorganisation under förutsättning

- att frivilligorganisationen använder oavlönad personal och endast har anställd personal om det är nödvändigt för att klara av uppdraget,
- att frivilligorganisationen endast får ersättning för direkta och indirekta kostnader (och ingen vinst överhuvudtaget oavsett om den delas ut eller inte),
- att kontraktet inte uppgår till högre belopp än 750 000 euro, samt
- att förfarandesystemet faktiskt bidrar till förverkligandet av målet om bl.a. ekonomisk balans och folkhälsa.

I Sverige har vi inget förfarandesystem som det italienska, där det av grundlag framgår att medborgare har vissa skyldigheter att bistå samhället. Något sådant lagförslag har utredningen inte heller lagt fram. Utredningen har inte heller visat att man genom att undanta vissa kontrakt från upphandling kan nå en högre grad av samhällsekonomisk balans eller folkhälsa. Föreningen ifrågasätter därför hur användbar Spezzino-domen m.fl. är för svenska förhållanden och vilken vägledning den faktiskt ger.

Om det är fråga om kontrakt inom området *sociala tjänster och andra särskilda tjänster*⁵ har medlemsstaterna möjlighet att implementera artikel 74-76 för kontrakt som **överstiger 750 000 euro**. Förfarandet kräver annonsering samt efterannonsering. Vidare gäller att de regler för tilldelning av kontrakt som omfattas följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer.

Införandet av reserverade kontrakt artikel 77

Det finns vidare möjlighet att implementera artikel 77 om *Reserverade kontrakt för vissa tjänster*. Bestämmelsen anger att medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna får reservera rätten för en organisation att delta i offentlig upphandling exklusivt för de hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster som avses i artikel 74, som omfattas av vissa CPV-koderna. En organisation ska uppfylla samtliga följande villkor:

- a) Dess syfte ska vara att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till tillhandahållande av sådana tjänster som avses i punkt 1.
- b) Vinsterna ska återinvesteras för att uppnå organisationens syfte. *Vid eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör detta ske på grundval av deltagande.*

⁵ BILAGA XIV, direktiv 2014/24/EU.

- c) Lednings- och ägarstrukturen i den organisation som fullgör kontraktet ska grundas på personalens ägande eller deltagande, eller ska kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.
- d) Organisationen får inte ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten av den berörda upphandlande myndigheten enligt denna artikel under de senaste tre åren.
- e) Maximal löptid för kontraktet får inte överstiga tre år.

Föreningens bedömning är att en eventuell implementering av artikel 77 inte underlättar för de idéburna företagens etablering och existens på svenska marknaden. Kraven i artikeln, samt utredningens förslag till implementeringen, är begränsande. Det bör också noteras att Genomförandeutredningen (SOU 2014:51) inte föreslagit att direktivsbestämmelsen ska införas i svenska lag eftersom möjligheterna att tillämpa bestämmelsen ansetts begränsat. Föreningen delar Genomförandeutredningens bedömning och avstyrker därför utredningens förslag.

Vid bedömningen av värdet av en implementering av artikel 77 ska understrykas att kontinuitet i vård och omsorg är den enskilt viktigaste kvalitetsindikatorn. Nackdelen med artikel 77 är att kontinuitet omöjliggörs eftersom det endast handlar om **ett** kontrakt på tre år. Vidare är det viktigt att framhålla att det kommer att vara svårt att hitta finansiering för nödvändiga investeringar för en organisation när det är fråga om så korta kontrakt. En annan nackdel är att en organisation som en gång fått ett reserverat treårigt kontrakt därefter sannolikt förlorar all framtida offentlig finansiering. Har myndigheten klassificerat ett avtal mellan myndigheten och organisationen som ett kontrakt med ekonomiska villkor (jfr 2 kap. 10 § LOU), kan organisationen efter tre år svårligen få ett kommunalt bidrag, utan att detta kan komma att betraktas som en otillåten direktupphandling. Denna aspekt har utredningen dessvärre inte belyst, inte heller vad som är skillnaderna mellan kontrakt enligt EU-rätten och bidrag (se bl.a. SOU 2008:15 s. 100 ff.). Utredningen har heller inte kunnat påvisa några konkreta situationer där det hade varit värdefullt med en bestämmelser i svensk lag motsvarande artikel 77.

En annan notering är att förening saknar den ovan kursiverade texten i lagförslaget *Vid eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör detta ske på grundval av deltagande*. Föreningen ställer sig därför undrande till den föreslagna implementeringen.

Beräkning av värdet av ett kontrakt för sociala tjänster

Många kontrakt inom området hälso- och sjukvård och omsorg överstiger tröskelvärdet på ca 7 miljoner kr enligt den beräkningsmodell som finns angiven i artikel 5. För kontrakt under 7 miljoner gäller artikel 49 och 56 om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse (vilket det generellt gör på den svenska vård och

omsorgsmarknaden). Utredning tycks ha förbiset beräkningsreglerna i LOU, se 3 kap. LOU samt 15 kap. 3 a § (samma bestämmelser finns i NLOU). Bland annat anges att vid beräkningen av direktupphandlingar ska myndigheten beakta alla köp av samma slag under ett räkenskapsår. Man får t.ex. inte heller dela upp ett kontrakt för att komma under tröskelvärdena. Detta medför att många köp av vård- och omsorgstjänster i en kommun med lätthet överstiger tröskelvärdet.

LOV för enbart civilsamhällets organisationer

Utredningen skriver att om LOV skulle komma att bedömas som ett tillstånds- eller auktorisationssystem (av Valfärdsutredningen) skulle man kunna tillskapa ett valfrihetssystem för enbart civilsamhällets organisationer.

Föreningen vill med anledning här av påminna om beaktandesats 114 i direktiv 2014/24/EU.

”Medlemsstater och myndigheter har frihet att tillhandahålla dessa tjänster själva eller att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt, exempelvis genom att enbart finansiera sådana tjänster eller genom att bevilja licenser eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att ett sådant system tryggar en tillräcklig annonsering och överensstämmer med **principerna om öppenhet och icke-diskriminering**”.

Av beaktandesatsen framgår således att ett LOV-system måste uppfylla principerna om öppenhet och icke-diskriminering. Detta betyder att man inte kan diskriminera leverantörer som inte tillhör civilsamhället.

Sammanfattande slutsatser

En ev. implementering av de föreslagna bestämmelserna i NLOU, dvs. möjlighet till direkttilldelning under tröskelvärden för sociala tjänster samt implementering av artikel 77 (reserverade kontrakt) kommer med stora sannolikhet leda till att upphandlande myndigheter inleds i en falsk förhoppning om att de följer EU-rättens bestämmelser. Effekten blir att myndigheterna bryter mot direktivets och fördragets krav på annonsering och likabehandling, vilket kan leda till fler överprövningar, ökad korruption och minskad ekonomisk effektivitet.

Göran Norén

Ellen Hausel Heldahl