

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Betänkandet Idéburen välfärd (SOU 2019:56)

Fi2019/04187/K

Konkurrensverket har i uppdrag att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Sammanfattning

Konkurrensverket vill understryka att det inte finns några särskilda regler eller undantag för så kallade idéburna offentliga partnerskap (IOP) i den svenska upphandlingslagstiftningen. Samarbeten benämnda IOP kommer således att bedömas bland annat utifrån reglerna om vad som utgör ett offentligt kontrakt. I bedömningen av om ett avtal är ett offentligt kontrakt tas inte någon hänsyn till leverantörens juridiska form eller om leverantören är "idéburen", offentlig eller kommersiell.

Konkurrensverket anser att det saknas en tillräcklig utredning av om förslagen om reserverade kontrakt för idéburna aktörer är förenliga med fördragets bestämmelser om den inre marknaden, däribland fri rörlighet av tjänster och icke-diskriminering. Konkurrensverket avstyrker därför förslagen.

Konkurrensverket avstyrker förslaget om att de grundläggande EU-rättsliga principerna inte ska gälla för vissa valfrihetssystem. Ett generellt undantag från de EU-rättsliga principerna om bland annat likabehandling och icke-diskriminering skulle omfatta alla leverantörer, inte bara idéburna, och skapa ett stort utrymme för godtycke vid tilldelning och uppföljning av kontrakt. Risken för korruption bedöms öka avsevärt.

Konkurrensverket bedömer att förslaget om ett frivilligt offentligt register för registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad verksamhet kommer att få begränsad användning vid offentlig upphandling.

Idéburna offentliga partnerskap (7.4.3)

Konkurrensverket ser positivt på att det skapas bättre förutsättningar för idéburna organisationer att erbjuda olika slags välfärdstjänster. En mångfald av leverantörer och utförare till offentlig sektor stimulerar konkurrensen och ger medborgarna större valfrihet.

Konkurrensverket kan konstatera att det inte finns några särskilda regler eller undantag för IOP i den svenska upphandlingslagstiftningen. Samarbeten benämnda IOP kommer således att bedömas bland annat utifrån reglerna om vad som utgör ett offentligt kontrakt.

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för upphandlingslagstiftningen och har bland annat i uppdrag att ansöka om upphandlingsskadeavgift för sådana avtal som omfattas av upphandlingsreglerna men som inte har annonserats.

Konkurrensverket har exempelvis ansökt om att Alingsås kommun ska betala upphandlingsskadeavgift eftersom kommunen har ingått ett IOP-avtal med Stiftelsen Bräcke diakoni utan att först annonsera. Högsta förvaltningsdomstolen har i sin dom den 11 mars 2020 bedömt att IOP-avtalet omfattas av upphandlingsplikt i enlighet med Konkurrensverkets ansökan.¹

Utredningen har tagit fram en vägledning som visar vilka överväganden som utredningen anser bör göras inför ett IOP-samarbete. En avgörande punkt i vägledningen är att ett IOP-samarbete inte får innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt, upphandling av en koncession eller ett ramavtal.

Konkurrensverket vill understryka att bedömningen av om ett avtal är ett upphandlingspliktigt offentligt kontrakt inte tar någon hänsyn till leverantörens juridiska form eller om leverantören är "idéburen", offentlig eller kommersiell. Konkurrensverket kan därför konstatera att de överväganden som utredningen har valt att göra kring begreppet offentligt kontrakt således även blir tillämpliga för samarbeten mellan upphandlande myndigheter och kommersiella aktörer.

Utredningen menar att ett IOP-samarbete bygger på tillit och inte på detaljerat bindande kontraktsvillkor. I vissa fall kan det vara lämpligt att reglera samarbetet på en sådan nivå att det blir fråga om ett kontrakt, medan det i andra fall kanske inte behövs, enligt utredningen.

Konkurrensverket vill erinra om regeringens tidigare uttalanden om att kommuner och regioner som överlämnar skötseln av välfärdstjänster till privata utförare (här avses även idéburna) fortfarande ansvarar för verksamheterna. Förfrågningsunderlag och avtal måste utformas så att verksamheten bedrivs med önskad kvalitet.

¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom den 11 mars 2020 i mål nr 3165-19.

Kommuner och regioner måste också kontrollera och följa upp att den verksamhet som utförs följer de krav som uppställts i avtal med den privata utföraren.²

Ny lag om registrering av idéburna aktörer (5.4.5)

Konkurrensverket har inga invändningar mot utredningens förslag att det ska skapas ett frivilligt offentligt register för registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad verksamhet. Konkurrensverket bedömer dock att förslaget kommer att få begränsad användning vid offentlig upphandling. Utredningens förslag till rättslig definition av idéburna aktörer överensstämmer nämligen inte med de krav som ställs på organisationer vid reserverad upphandling enligt 19 kap. 6 a § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Konkurrensverket har inga invändningar mot utredningens definition av offentligt finansierad verksamhet i den föreslagna lagen.

Reserverade kontrakt enligt LOU (8.2.1)

Konkurrensverket ser positivt på att Sverige har utnyttjat de möjligheter till reserverade kontrakt för vissa välfärdstjänster som erbjuds i upphandlingsdirektivet.³

För det fall Sverige vill införa mer generösa nationella bestämmelser än vad direktivets bestämmelser om reserverade kontrakt medger krävs dock ytterligare utredning och överväganden. Konkurrensverket anser att frågan om utredningens förslag är förenligt med fördragets bestämmelser om den inre marknaden, där ibland fri rörlighet av tjänster och icke-diskriminering, inte är tillräckligt utredd. Det faktum att direktivet innehåller en mycket snävt utformad möjlighet till reserverade kontrakt (i artikel 77) talar starkt för att utrymmet för generösare nationella bestämmelser är mycket begränsat. Konkurrensverket anser därför att utredningens förslag inte kan läggas till grund för lagstiftning.

Enligt utredningen ska en upphandlande myndighet kunna reservera en upphandling för idéburna under förutsättning att det bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet. Konkurrensverket anser att innebörden av begreppen social målsättning och budgetmässig effektivitet behöver klargöras ytterligare.

LOV-system utan gränsöverskridande intresse ska inte omfattas av de grundläggande principerna (9.1)

Konkurrensverket avstyrker förslaget. Konkurrensverket vill framhålla att de flesta leverantörer i de LOV-system som finns i dag är privata vinstdrivande företag, och att undantaget även skulle omfatta dem. Ett generellt undantag från

² Se propositionen Privata utförare av kommunal verksamhet (prop. 2013/14:118) s. 38.

³ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling

de EU-rättsliga principerna om bland annat likabehandling och icke-diskriminering skulle skapa ett stort utrymme för godtycke vid tilldelning och uppföljning av kontrakt och innebära att risken för korruption ökar avsevärt.

Konkurrensverket vill också påpeka att en bedömning av om ett valfrihetssystem har ett bestämt gränsöverskridande intresse innefattar flera komplicerade överväganden. För enskilda upphandlande myndigheter kan det vara svårt att avgöra om ett LOV-system har ett gränsöverskridande intresse. Förslaget kan därmed leda till tillämpningssvårigheter.

Reserverade kontrakt enligt LOV (9.1)

För det fall Sverige inför nationella bestämmelser om att endast idéburna aktörer ska få delta i ett valfrihetssystem med ett bestämt gränsöverskridande intresse kan dessa strida mot de EU-rättsliga principerna. Enligt Konkurrensverkets bedömning behöver frågan om förslaget är förenligt med fördragets bestämmelser om den inre marknaden, däribland fri rörlighet av tjänster och icke-diskriminering, utredas ytterligare. Konkurrensverket anser därför att förslaget inte kan läggas till grund för lagstiftning.

Enligt utredningen ska en upphandlande myndighet kunna reservera deltagandet i ett valfrihetssystem enligt LOV om det finns särskilda skäl. Konkurrensverket anser att innebörden av begreppet särskilda skäl behöver beskrivas mer ingående.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit sakkunniga Sara Hällströmer.

Rikard Jermsten