

Kulturdepartementet
103 33 Stockholm

Stockholm
2016-07-01

Vår referens
Ulrica Dyrke

Dnr
Ku2016/00504/D

Remissyttrande - Palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13)

Företagarna är en intresseorganisation för små företag. Vi representerar omkring 70 000 små företag runt om i Sverige.

Eftersom Företagarna inte har tillsänts rubricerade betänkande från Civilsamhällesutredningen på remiss (trots uttryckliga önskemål därom), vill vi på eget initiativ lämna ett remissyttrande. Vårt yttrande avser de delar som rör offentlig upphandling (kap 6).

Företagarna anser att civilsamhället spelar en viktig roll i det svenska samhället och att det tillför stora värden för många människor. Med detta sagt ser vi dock stora problem med förslagen som utredningen har lagt fram inom upphandlingsområdet.

Företagarna avstyrker nämnda förslag i sin helhet. I det följande redogörs närmare för våra synpunkter.

Kort bakgrund angående utredningens förslag

Civilsamhällesutredningen anser att det för det civila samhällets organisationer finns många svårigheter med förfarandet kopplat till offentlig upphandling. Utredningen anser bl.a. att det kan vara svårt för dessa aktörer att uppfylla de krav som ställs i upphandlingar av sociala tjänster. Andra utmaningar som framhålls är att många av dessa aktörer brister i kunskap i fråga om hur en anbudsprocess går till och om innebörden av upphandlingslagstiftningen.

Som en lösning på den beskrivna problematiken föreslår utredningen att upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster vars värde understiger EU:s tröskelvärde (ca 7 miljoner kronor) och som inte har ett gränsöverskridande intresse inte ska omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling. Vidare föreslås att LOU-direktivets möjlighet

till s.k. reserverade kontrakt för vissa tjänster i offentliga upphandlingar ska införas i svensk lagstiftning.

Upphandlingsproblematik drabbar inte bara idéburna aktörer

Företagarna vill inledningsvis tydligt understryka att de av utredningen påtalade problemen att hantera offentliga upphandlingar på intet sätt är unika för idéburna organisationer. Problemen drabbar alla leverantörer oavsett driftsform som konkurrerar om offentliga kontrakt. I synnerhet små företag upplever ofta att upphandlingsprocessen är komplicerad och tungrodd och att kraven som ställs är svåra att uppfylla och hantera.

Detta måste givetvis åtgärdas. Den väg utredningen valt är dock inte rätt väg att gå. Det handlar i stället om att förbättra de upphandlande myndigheternas arbets sätt med kravställande o dyl. när de genomför av de offentliga upphandlingarna. Mer om detta i slutet av yttrandet.

Undanta kontrakt avseende sociala tjänster från upphandlingsreglerna?

Utredningens förslag för att råda bot på de problem som identifierats är att helt undanta kontrakt avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster från upphandlingslagstiftningen under EU:s tröskelvärde.

Detta är ett för svenskt vidkommande helt nytt sätt att hantera upphandling av sociala tjänster. De allmänna principerna om bland annat öppenhet och likabehandling gäller i dag fullt ut när det offentliga ska köpa denna typ av tjänster. Detta gäller oavsett om det sker genom traditionell offentlig upphandling eller genom lagen om valfrihetssystem (LOV) och oavsett om det sker genom annonserade förfaranden eller genom direktupphandling. Företagarna värnar om dessa principer som finns till för att garantera leverantörernas intresse av en juste och öppen upphandlingsprocess.

Vidare kan konstateras att om upphandlande myndigheter ges frihet att fritt välja bland leverantörer av sociala tjänster är det inget som säger att de per automatik kommer välja det civila samhällets organisationer, vilket utredningen förefaller tro. Utredningens förslag riskerar istället att försvåra för det civila samhällets organisationer att bevaka sina intressen. Eftersom det inte finns någon annonseringsskyldighet i ett sådant system kan dessa aktörer inte vara säkra på att ges möjlighet att lämna anbud. De fråntas även möjligheten att överpröva beslut om tilldelning om där exempelvis den upphandlande myndigheten har agerat partiskt till förmån för en annan leverantör.

För att det civila samhällets organisationer – liksom andra marknadsaktörer - ska kunna bevaka sina intressen är det enligt Företagarna mening en förutsättning att kontrakten annonseras och tilldelas i ett öppet och likabehandlande system som beaktar de allmänna principerna.

Att som utredningen föreslår utesluta transparens, likabehandling och de övriga allmänna principerna upp till så höga värden som ca 7 miljoner riskerar leda till ineffektivitet och konkurrenssnedvridningar. Förslaget innebär även ökad risk för korruption. Företagarna anser att dessa risker noga måste analyseras och beaktas. Företagarna avstyrker förslaget.

Beräkningsregler avseende värdet av kontrakt

Företagarna konstaterar att utredningen i sina resonemang tycks ha förbiset beräkningsreglerna i LOU, se 3 kap. LOU samt 15 kap. 3 a § LOU. Motsvarande bestämmelser finns i förslaget till ny svensk upphandlingslagstiftning. Av dessa bestämmelser följer bl.a. att den upphandlande myndigheten vid beräkningen av direktupphandlingar ska beakta alla köp av samma slag under ett räkenskapsår. Ett

kontrakt får inte heller delas upp i syfte att komma under tröskelvärdena. Detta medför att många av en kommuns kontrakt avseende vård- och omsorgstjänster torde överstiga tröskelvärdet 7 miljoner kronor.

Angående kontrakt med gränsöverskridande intresse

Utredningens förslag till undantag från upphandlingsreglerna för kontrakt avseende sociala tjänster avser endast kontrakt som inte har s.k. bestämt gränsöverskridande intresse.

Företagarna kan konstatera att EU-kommissionen har utgivit ett tolkningsmeddelande angående kontrakt som inte, eller endast delvis, omfattas av upphandlingsdirektiven. I detta anges 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.¹ 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.²

Sverige har en avreglerad vård- och omsorgsmarknad med en mångfald företag och organisationer som erbjuder sociala tjänster. Vissa av dessa aktörer har sitt säte i Sverige medan andra ägs av aktörer i andra länder. Vidare finns svenska vård- och omsorgsföretag som har verksamhet i andra EU-länder. Detta tyder på att den svenska marknaden för vård- och omsorgstjänster kännetecknas av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det finns därmed stor risk att upphandlande myndigheter kommer att bryta mot EU-rätten om de tillämpar utredningens lagförslag. Företagarna avstyrker även mot denna bakgrund förslaget.

Införa reserverade kontrakt enligt artikel 77?

Civilsamhällesutredningen föreslår vidare att EU-direktivets³ artikel 77 om reserverade kontrakt för vissa tjänster ska införas i Sverige. Bestämmelsen i artikel 77 innebär att de upphandlande myndigheterna kan ges möjlighet att rikta tilldelningen av kontrakt till organisationer som uppfyller vissa förutsättningar. Ett krav är att vinsterna återinvesteras för att uppnå organisationens syfte. Vidare måste lednings- och ägarstrukturen i den organisation som fullgör kontraktet grundas på personalens ägande eller deltagande, eller ska kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Organisationen får inte ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten av den berörda upphandlande myndigheten enligt denna artikel under de senaste tre åren. De kontrakt som kan tilldelas enligt denna bestämmelse får inte löpa på längre tid än tre år.

Företagarna konstaterar att kraven i artikeln kraftigt begränsar dess praktiska användbarhet. Företagarna bedömer att de uppställda kriterierna, bl.a. i fråga om organisationsform och max tre års kontraktslängd, medför att denna reglering endast i ytterst begränsad utsträckning kan komma i praktisk användning. Bestämmelsen kommer därmed knappast underlätta de idéburna företagets etablering och existens på

¹ Se EU-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.

² Se bl.a. 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.

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

svenska marknaden. Det bör även observeras att Genomförandeutredningen⁴ (SOU 2014:51) bedömt att denna bestämmelse inte bör införas i svenska lagstiftningen eftersom möjligheterna att tillämpa bestämmelsen ansetts begränsade. Företagarna delar Genomförandeutredningens bedömning.

En ytterligare aspekt som bör beaktas är att en organisation som en gång fått ett reserverat treårigt kontrakt därefter riskerar att förlora möjligheten till framtida offentlig finansiering. Har en kommun i egenskap av upphandlande myndighet klassificerat ett avtal med en organisation som ett kontrakt med ekonomiska villkor (jfr 2 kap 10 § LOU), kan samma organisation när de tre åren har förflutit knappast återgå till att få kommunalt bidrag. Detta kan i stället riskera att betraktas som en otillåten direktupphandling. Skillnaderna mellan kontrakt och bidrag har dock inte belysts av utredningen, vilket är beklagligt och otillräckligt.

Risken är uppenbar att den föreslagna regleringen kommer att skapa mer problem än den kommer att lösa. Företagarna avstyrker utredningens förslag.

Införa LOV för enbart civilsamhällets organisationer?

Civilsamhälletsutredningen anser att det bör övervägas att utforma ett regelverk som ger möjlighet att reservera valfrihetssystem för civilsamhällets organisationer. Utredningen hänvisar till Valförhållandenutredningens arbete och bedömer att om den utredningen skulle komma att anse att LOV är ett tillstånds- eller auktorisationssystem, skulle man kunna tillskapa ett valfrihetssystem som enbart är öppet för idéburna organisationer.

Företagarna vill starkt avråda från sådana tankegångar. Enligt beaktandesats 114 i EU-direktivet⁵ måste valfrihetssystem uppfylla principerna om öppenhet och icke-diskriminering. Detta innebär att det inte är tillåtet att diskriminera leverantörer som inte utgör en del av civilsamhället.

Företagarna vill även principiellt framhålla att kvaliteten i verksamheterna måste vara det centrala att värna – inte aktörernas organisationsform. Det valfrihetssystem som utredningen ser framför sig skulle på ett orättmätigt sätt utestänga små företag som tillhandahåller sociala tjänster – och alldeles utan hänsyn till om dessa företag tillhandahåller lika bra, eller t.o.m. ännu bättre, kvalitet.

Upphandlingsproblematiken kan åtgärdas på annat sätt

De problem som civilsamhällets organisationer liksom i många små företag möter i samband med offentlig upphandling bör givetvis åtgärdas. Att urholka upphandlingsreglernas tillämpningsområde är dock fel väg att gå. I stället måste upphandlande myndigheter mer aktivt arbeta för att utforma sina upphandlingar så att största möjliga antal anbudsgivare kan komma ifråga. Detta är möjligt redan idag, utan lagändringar.

För att åstadkomma detta behöver fokus ligga på att utveckla de upphandlande myndigheternas kompetens och arbetssätt vid genomförandet av offentliga upphandlingar. Det finns i detta avseende dessvärre en betydande förbättringspotential hos många enskilda upphandlande myndigheter.

I det fall där dialog förs med företag och branschorganisationer innan en upphandling annonseras blir utfallet oftast mycket bättre. Dels eftersom det förebygger problem med

⁴ Genomförandeutredningens betänkande "Nya regler om upphandling" (SOU 2014:51)

⁵ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling

olika ska-krav, dels genom att antalet intresserade leverantörer ökar (det vanligast förekommande antalet anbud i en upphandling är endast två, enligt Konkurrensverket). En sådan dialog kan även ge kvalitativa mått för en mer framskjuten position i upphandlingen.

Utöver detta efterlyses mer uppföljning under kontraktstiden. Uppföljning förekommer allt för sällan, vilket är ett bekymmer för seriösa företag och aktörer.

Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert