

Är det möjligt att ställa krav på
driftsform i offentlig upphandling?

Dags att skifta fokus i välfärdsdebatten

I oktober förra året presenterade Stefan Löfven och Carin Jämtin socialdemokraternas förslag om ”nationella kvalitetslagar”, som sades skulle bringa ordning och reda i välfärden. Det skedde bland annat mot bakgrund av den före detta SSU-ordföranden Ardalan Shekarabis rapport ”Vinst och den offentliga tjänstemarknaden – en rättslig analys”, där han menade att det var möjligt enligt EU-rätten att vid offentliga upphandlingar av välfärdstjänster ställa villkor om avsaknad av vinstsyfte.

För Almega, vars förbund organiserar huvuddelen av företagen i välfärdssektorn, föreföll detta märkligt. Vi lät därför en av landets ledande juridiska experter på EU-rätten och offentliga upphandlingar – Jur. dr. Andrea Sundstrand, granska frågan. Hennes rättsutlåtande står att läsa här.

Med detta står det klart att såväl socialdemokraternas idé om att låta kommuner rikta upphandlingar och valfrihetssystem inom välfärden till enbart privata, kooperativa och ideella aktörer som inte drivs i vinstsyfte, som LO:s förslag om att så kallade ”sambolag” görs till huvudregel för aktiebolag i välfärdssektorn, inte är förenliga med EU-rätten. De har felaktigt utgått från att man lokalt kan bestämma vilka typer av företag som ska vara med i en upphandling, eller gynna vissa driftformer framför andra. Sundstrands rättsutlåtande torde innebära att förslagen faller.

Fokus i den viktiga debatten om vår framtida välfärd borde nu skifta från driftsform till innehåll. Hur skapar vi bäst förutsättningar för största möjliga kvalitet i skola, vård och omsorg, samtidigt som skattemedel hanteras på ett ansvarsfullt sätt?

Våra medlemsföretag är öppna för att bättre mäta och synliggöra kvalitet i alla verksamheter och stärka tillsynen. Det är ett arbete vi redan påbörjat. Här välkomnar vi samarbete med såväl fackföreningar som politiska partier.

Ulf Lindberg
Näringspolitisk chef, Almega

RÄTTSUTLÅTANDE

Rättsutlåtande avseende möjligheterna för upphandlande myndigheter att enligt bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling uppställa krav på att anbudsgivarnas verksamhet ska drivas utan vinstsyfte

2012-12-09

Jur. dr och medlem i Advokatsamfundet Andrea Sundstrand
Hagtornsvägen 16
183 60 TÄBY
0734-43 36 22
andrea.sundstrand@juridicum.su.se

SAMMANFATTNING

Som slutsats av denna utredning menar jag att det inte är möjligt att i offentliga upphandlingar som omfattas av unionsrätten positivt särbehandla företag utan vinstsyfte. Det är heller inte möjligt att hindra företag med vinstsyfte att delta i offentliga upphandlingar. Det skulle strida mot både principerna om likabehandling och öppenhet, vilkas rättsliga grund är bestämmelserna om fri rörlighet i EUF-fördraget vilka föreskriver att alla företag ska ha rätt att delta i en offentlig upphandling. Principerna är tillämpliga på samtliga offentliga upphandlingar i vilka kontrakten har ett bestämt gränsöverskridande intresse, oavsett föremålet för upphandlingen eller värdet på kontrakten.

Slutsatsen är densamma, oavsett om det handlar om att reservera kontrakt för företag utan vinstsyfte eller att ge sådana företag t.ex. extra poäng vid anbudsutvärderingen i en offentlig upphandling, eftersom resultatet är detsamma; företag utan vinstsyfte särbehandlas positivt i förhållande till företag med vinstsyfte. Enligt min mening skulle det endast vara möjligt att i offentliga upphandlingar som omfattas av unionsrätten positivt särbehandla leverantörer utan vinstsyfte, om ett undantag från de grundläggande friheterna i EUF-fördraget infördes. Det finns emellertid varken i EUF-fördragets bestämmelser om de fria rörligheterna eller i upphandlingsdirektiven i dag någon sådan möjlighet eller särskild bestämmelse om undantag.

Ett osannolikt resultat av utredningen visar att det enligt EU-domstolens praxis är möjligt för medlemsstaterna att hindra vissa organ som verkar utan vinstsyfte från att delta i offentliga upphandlingar.

1. Bakgrunden till utlåtandet

Företaget Almega AB har bitt undertecknad att avge ett rättsutlåtande avseende följande juridiska frågeställning:

Vilka möjligheter har en medlemsstat eller en upphandlande myndighet enligt unionsrätten och/eller enligt svensk rätt att i offentliga upphandlingar av välfärdstjänster positivt särbehandla företag utan vinstsyfte? Frågeställningen omfattar både eventuella möjligheter att i offentliga upphandlingar ställa krav att endast företag utan vinstsyfte kan tilldelas kontrakt, som huruvida företag utan vinstsyfte kan särbehandlas på ett positivt sätt, t.ex. i form av extra poäng m.m., vid en anbudsutvärdering i en offentlig upphandling.

Bakgrunden till begäran är doktoranden vid Uppsala universitet Ardan Shekarabis rapport ”Vinst och den offentliga tjänstemarknaden – en rättslig analys”, vilken publicerades i oktober 2012 i Arena Idés¹ skriftserie Ny Tid.² I rapporten gör Shekarabi en rättslig analys av frågan om vinster i välfärden. Hans slutsats är att det av EU-domstolens praxis framgår att det finns möjligheter enligt unionsrätten ställa villkor om avsaknad av vinstsyfte i samband med offentliga upphandlingar av välfärdstjänster. Förutsättningen är att villkoren formuleras på ett sådant sätt att EU:s allmänna rättsprinciper respekteras. Shekarabi menar att dessa principer bl.a. innebär att utländska aktörer med vinstsyfte inte får missgynnas i förhållande till inhemska aktörer med vinstsyfte, men att det är möjligt att ställa krav att endast företag utan vinstsyfte kan tilldelas kontrakt i en offentlig upphandling.

I detta utlåtande analyseras tillämpliga bestämmelser i unionsrätten och i svensk rätt, tillsammans med praxis från EU-domstolen. Syftet är att fastställa huruvida det finns möjlighet att i nationell rätt eller vid nationella upphandlingsförfaranden ställa krav som positivt särbehandlar företag utan vinstsyfte. Shekarabis rapport och slutsatser har beaktats och kommenteras på lämpliga ställen i texten. Utlåtandet omfattar endast frågor om offentlig upphandling enligt unionsrättens och den svenska rättsregelverk för offentlig upphandling.

2. Krav avseende vinstsyfte i Sverige

Frågan om att begränsa deltagandet i offentliga upphandlingar till företag utan vinstsyfte har redan tidigare varit föremål för behandling i Sverige. Den statliga Upphandlingskommittén ansåg t.ex. i sitt betänkande år 2001 att verksamhet som drivs i kooperativ form och med ett stort mått av idealitet inte skulle jämföras med privata vinstsyftande företag.³ Kommittén menade att det av EU-domstolens praxis i målet Sodemare⁴, se nedan, gick att utläsa att det är möjligt för medlemsstaterna att föreskriva att endast aktörer som verkar utan vinstsyfte ska få leverera tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst.⁵

1 Arena Idé är tankesmedjan inom Arenagruppen, som är en ideell förening som rymmer en rad olika opinionsbildande verksamheter, se arenagruppen.se

2 Se Ny Tid rapport 15. Ny Tid är ett projekt inom tankesmedjan Arena Idé.

3 Se SOU 2001:31 Mera värde för pengarna.

4 Se mål C-70/95, Sodemare.

5 Den dåvarande tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) delade dock inte kommitténs uppfattning., se NOU:s skrivelse dnr 2001/0094-22.

Utredningens förslag ledde dock inte till någon ändring av den svenska lagstiftningen om offentlig upphandling.

Utredningen Vårda vården - samverkan, mångfald och rättvisa föreslog år 2003 att uppgiften att ansvara för driften av hälso- och sjukvård inte skulle kunna överlämnas till sjukhus som utgjordes av vinstdrivande bolag eller stiftelser, om verksamheten innefattade ett ansvar för regionsjukvård.⁶ Utredningens uppdrag var bl.a. att föreslå åtgärder som skulle ersätta den tillfälliga stopplagen (2000:1440), som förbjöd landstingen att teckna nya avtal med akutsjukhus med vinstsyfte. I det efterföljande lagförslaget föreslogs bl.a. ändringar i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) som innebar att uppgiften att bedriva hälso- och sjukvård som gavs vid ett regionsjukhus eller en regionklinik inte fick överlämnas till någon annan.⁷ Om ett landsting överlämnade driften av hälso- och sjukvård vid övriga sjukhus till någon annan, skulle avtalet innehålla villkor om att verksamheten skulle drivas utan syfte att ge vinst åt ägare eller motsvarande intressent, och att vården skulle bedrivas uteslutande med offentlig finansiering. Lagändringarna trädde i kraft den 1 januari 2006, men upphävdes avseende krav på syftet med verksamheten redan den 1 juli 2007, efter regeringsskiftet.⁸ Det innebär att det i dag inte finns några bestämmelser om krav på frånvaro av vinstsyfte för anbudsgivare i det svenska regelverket för offentlig upphandling.

3. Offentliga tjänster i privat regi

Såsom Shekarabi konstaterat finns det i dag flera möjligheter för det offentliga att säkerställa att de välfärdstjänster som medborgarna har rätt till enligt lagar och förordningar tillhandahålls. Tjänsterna kan för det första utföras i egen regi. För det andra kan de upphandlas och i de fallen ska upphandlingarna följa bestämmelserna i lagen (2007:1092) om offentlig upphandling (LOU). Den tredje möjligheten enligt det svenska regelverket är att i vissa fall särskilda införa s.k. valfrihetssystem enligt bestämmelserna i bl.a. lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV).⁹ I valfrihetssystem godkänns leverantörerna av den upphandlande myndigheten i enlighet med de bestämmelser för systemet som uppställts av den upphandlande myndigheten. Den enskilda invånaren får ett bidrag i form av ett slags tillgodokvitto, att användas endast hos någon av de leverantörer som den upphandlande myndigheten har godkänt. Det är således inte fråga om bidragsgivning till någon enskild leverantör, utan bidraget är riktat till den enskilda invånaren.

Det är för det fjärde möjligt att införa modeller där enskilda invånare erhåller bidrag som kan utnyttjas hos alla organisationer som godkänts av och erhållit tillstånd att bedriva en viss verksamhet av en central nationellt behörig myndighet.

6 Se SOU 2003:23 Vårda vården - samverkan, mångfald och rättvisa, s. 4.

7 Se prop. 2004/05:145 Driftformer för offentligt finansierade sjukhus

8 Se lagen (2007:241) om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

9 Jag är personligen tveksam till att valfrihetssystemen enligt LOV är förenliga med unionsrättens reglering av offentliga upphandlingar. I de fall valfrihetssystemen omfattar B-tjänster över tröskelvärdena, kan jag t.ex. inte se att de uppfyller upphandlingsdirektivets krav på hänvisning till tekniska specifikationer och krav på efterannonsering, se artikel 21 i direktiv 2004/18. Jag tvingas dock konstatera att det i dag är förfaranden som anses vara allmänt godtagbara i Sverige och att det förefaller som att de i alla fall kan komma att bli lagliga efter införandet av det nya direktivet för den klassiska sektorn år 2015, se avsnitt 4.

Förutsättningen torde dock vara att de organisationer som tillhandahåller en verksamhet som uppfyller aktuella krav och godkänts, erhåller bidrag på lika villkor¹⁰ och inom ramarna för tillståndet är fria att själva organisera och styra sin verksamhet. I dessa modeller är det inte den bidragsgivande myndigheten som ingått avtal med eller godkänt leverantörerna. Det är heller inte leverantörerna som erhåller bidraget efter ansökan, utan bidraget följer den enskilda invånaren, varför det snarare handlar om någon slags per capita-ersättning utan föregående upphandlingsförfarande. Eftersom den enskilda invånaren kan använda sitt bidrag hos samtliga av den centrala myndigheten godkända utförare, inte endast de som godkänts av den bidragsgivande myndigheten, skiljer sig dessa systemet från de valfrihetssystem som återfinns i LOV. Som exempel kan nämnas det system med skolpeng som har införts i Sverige, se skollagen (2010:800). Dessa modeller omfattas inte av regelverket för offentlig upphandling, då det handlar om tillståndsgivning, inte upphandling.¹¹ I modeller med tillståndsgivning torde det snarare vara EU:s bestämmelser om statsstöd som kan aktualiseras, än bestämmelserna om offentlig upphandling.

4. EU:s regelverk för offentlig upphandling av B-tjänster

I EUF-fördraget återfinns bestämmelser om de grundläggande friheterna, dvs. fri rörlighet för varor, personer, tjänster, kapital och etableringsfrihet.¹² Dessa bestämmelser tillsammans med de allmänna rättsprinciperna utgör grunden för EU:s direktiv om offentlig upphandling.¹³ De rättsprinciper som är centrala för den offentliga upphandlingen är enligt EU-domstolens praxis principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.¹⁴ Principerna innebär i korthet att alla leverantörer ska behandlas lika oavsett juridisk form etc., att ingen leverantör får diskrimineras p.g.a. nationalitet, att all information om ett upphandlingsförfarande ska offentliggöras så att samtliga intresserade leverantörer kan få tillgång till samma information, att krav och kriterier ska vara proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen och att utländska intyg som motsvarar inhemska ska godtas.

I upphandlingsdirektivet 2004/18 delas kontrakt upp i varu-, tjänste- och byggtreprenadkontrakt.¹⁵ Begreppet tjänst definieras inte. I stället har alla tjänster delats upp i s.k. A- och B-tjänster. A-tjänster är sådana tjänster som leverantörer i andra medlemsstater per se anses ha ett intresse av. De omfattas därmed fullt ut av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven.¹⁶ B-tjänster är sådana tjänster för vilka det a priori inte ansetts möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna.¹⁷

10 Se t.ex. RÅ 1993 ref. 93, där kommunalt stöd som gavs till en viss näringsidkare som bedrev företagshälsövård inte ansågs kompetensenligt bl.a. eftersom liknande stöd inte kom andra näringsidkare till del på liknande villkor.

11 Se vidare Madell&Wehlander, SSGIs in Sweden: With a Special Emphasis on Education, i Neergaard; Szyszcak; van de Gronden; Krajewski (red.), Social Services of General Interest in the EU, 2012

12 Se artikel 34 FEUF (fri rörlighet för varor), artikel 45 FEUF (fri rörlighet för personer), artikel 49 FEUF (etableringsfrihet), artikel 56 FEUF (frihet att tillhandahålla tjänster) och artikel 63 FEUF (fri rörlighet för kapital).

13 Se t.ex. ingressen, skäl 2, i direktiv 2004/18 och ingressen, skäl 9, i direktiv 2004/17.

14 Se bl.a. mål C 92/00, HI, punkt 44.

15 Se artikel 1 i direktiv 2004/18 och artikel 1 i direktiv 2004/17, där bl.a. varu-, tjänste- och byggtreprenadkontrakt definieras.

16 Se Pedersen, Upphandlingens grunder, 2011, s. 56 och 174.

17 Se ingressen, skäl 19 i direktiv 2004/18 och ingressen, skäl 18, i direktiv 2004/17 och kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV (EUT L 74, 15.3.2008, s. 1).

Exempel på B-tjänster är de s.k. välfärdstjänsterna - utbildningstjänster, hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster. Endast ett fåtal av direktivets procedurregler är tillämpliga vid offentliga upphandlingar av B-tjänster över tröskelvärdena, bl.a. bestämmelserna om tekniska specifikationer och efterannonsering.¹⁸

Kontrakt för B-tjänster som har ett bestämt gränsöverskridande intresse omfattas emellertid av primärrättens reglering av offentliga kontrakt, oavsett deras ekonomiska värde.¹⁹ Enligt EU-domstolens praxis har ett kontrakt ett bestämt gränsöverskridande intresse om det är av intresse för leverantörer i någon annan medlemsstat än där upphandlingen sker. Kommissionen har sammanfattat EU-domstolens praxis och anger att bedömningen ska göras med beaktande av det aktuella kontraktets syfte, föremål, värde och utformning samt av de förhållanden som i övrigt är relevanta, såsom den aktuella marknadens storlek, geografiska läge, struktur och tillämplig handelsrättslig sedvänja.²⁰ I sådana fall ska upphandlingarna av kontrakten bl.a. offentliggöras, de upphandlande myndigheterna ska upprätta förfrågningsunderlag och i förväg meddela intresserade leverantörer de krav på anbudsgivarna och på föremålet för upphandlingen som har fastställts.²¹ Kontrakt för B-tjänster som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse omfattas dock som huvudregel inte av unionsrätten, utan i stället av medlemsstaternas bestämmanderätt.

Bestämmelserna i upphandlingsdirektivet 2004/18 om tilldelningsförfarandena m.m. är inte tillämpliga på upphandlingar av B-tjänster. Däremot omfattas t.ex. definitionen av B-tjänster av direktivet, eftersom det är där i definitionen av vad som utgör en B-tjänst anges och i vilken omfattning B-tjänster är undantagna från direktivet. Även övriga definitioner i upphandlingsdirektivet är tillämpliga på tilldelningar av kontrakt för B-tjänster på motsvarande sätt, t.ex. definitionen av en leverantör eller av vad en teknisk specifikation är. Hade det inte funnits specifikt ett undantag för tilldelningen av kontrakt för B-tjänster, hade dessa kontrakt omfattats av samtliga bestämmelser i upphandlingsdirektivet. Undantaget för B-tjänster utgår därför från direktivets definition av vad som utgör en B-tjänst.²²

5. Förslag till nya bestämmelser för välfärdstjänster

Kommissionens presenterade i december 2011 ett förslag till nytt direktiv för den klassiska sektorn. Förslaget innebär bl.a. att skillnaden mellan A- och B-tjänster försvinner, vilket medför att samtliga tjänster över gällande tröskelvärde ska konkurrensutsättas i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

18 Se artikel 21 i direktiv 2004/18.

19 Se Sundstrand, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), 2012, s. 153 ff.

20 Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C179/02), avsnitt 1.3.

21 Se Sundstrand, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), 2012, s. 191 ff.

22 Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011)0896 slutlig, 20.12.2011), skäl 11 i ingressen och artikel 4 d.

Förslaget innehåller dock bestämmelser om inrättandet av en särskild ordning för sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster med ett värde över 500 000 euro. Grunden för förslaget anges vara att utredningar visat att sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster och utbildningstjänster har särskilda egenskaper som gör det olämpligt att tillämpa de vanliga förfarandena för tilldelning av offentliga tjänstekontrakt på dem. Kommissionen anger även att dessa tjänster p.g.a. sin natur endast har en mycket begränsad gränsöverskridande dimension. I förslaget föreskrivs att endast vissa grundprinciper om öppenhet och likabehandling ska iakttas, så att upphandlande myndigheter ska kunna tillämpa särskilda kvalitetskriterier vid valet av tjänsteleverantörer. Som exempel nämns kriterierna i den frivilliga europeiska kvalitetsramen för sociala tjänster som utarbetats av Europeiska unionens kommitté för socialt skydd.²³ Kontrakt för personliga tjänster över 500 000 euro bör enligt förslaget dock vara öppna för hela unionen.

Kommissionen påpekar även att dessa tjänster tillhandahålls i ett särskilt sammanhang som varierar betydligt mellan medlemsstaterna på grund av olika kulturella traditioner. Med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och dessa tjänsters känslighet, bör medlemsstaterna ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast. Medlemsstaterna och/eller offentliga myndigheter har således även efter ett eventuellt antagande av förslaget frihet att tillhandahålla dessa tjänster själva eller att organisera välfärdstjänster på ett sätt som inte medför slutande av offentliga upphandlingskontrakt. Som exempel anges möjligheterna att i stället enbart finansiera sådana tjänster eller att bevilja licens eller ge tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter. Förutsättningen för sådana system är dock att de tryggar tillräckligt offentliggörande och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

Sammanfattningsvis kan konstateras att kommissionen anser det redan i dag vara möjligt för medlemsstaterna och/eller offentliga myndigheter att organisera tillhandahållandet av sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster och utbildningstjänster i extern regi på annat sätt än genom offentlig upphandling.

6. Möjligheter till undantag från unionsrätten

Som tidigare angetts utgör bestämmelserna i EUF-fördraget om de fria rörligheterna och de allmänna rättsprinciperna grunden för upphandlingsdirektiv 2004/18. Samma bestämmelser och principer är även tillämpliga på de kontrakt som undantagits från upphandlingsdirektivets bestämmelser, men som har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Frågan är då vilka möjligheter som medlemsstaterna och dess organ har att göra undantag från unionsrättens regelverk. Det har här ingen betydelse om ett undantag införs i det nationella regelverket på området eller av en enskild upphandlande myndighet i ett upphandlingsförfarande om effekten är densamma, t.ex. att utländska företag missgynnas.

De unionsrättsliga bestämmelser som i första hand omfattas av denna utredning är artiklarna 49 FEUF om etableringsfrihet och artikel 56 FEUF om fri rörlighet för tjänster och bestämmelserna i det klassiska upphandlingsdirektivet, 2004/18. Det kan konstateras att det endast är möjligt för medlemsstaterna och deras organ att göra undantag från bestämmelserna om de fria rörligheterna under två förutsättningar.²⁴

23 Se A voluntary European quality framework for social services, SPC/2010/10/8 slutlig, 6.10.2010.

24 Se mål C-507/03, kommissionen mot Irland (An Post), punkt 86

Den första är om det finns ett uttryckligt undantag i unionsrätten. I artikel 52 FEUF anges vissa grunder som kan rättfärdiga diskriminerande etableringshinder och hinder mot fri rörlighet för tjänster. I artikeln nämns t.ex. åtgärder som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Som exempel på en bestämmelse med ett uttryckligt undantag i sekundärrätten kan nämnas undantaget för anställningskontrakt i artikel 16 e i direktiv 2004/18. Den andra förutsättningen är om det finns ett s.k. tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket möjliggör inskränkningar i de fria rörligheterna även utan ett uttryckligt stöd i EUF-fördraget eller sekundärrätten.²⁵

Sammanfattningsvis är det således inte möjligt för medlemsstaterna eller deras organ att införa eller tillämpa undantag i offentliga upphandlingar som omfattas av primär- eller sekundärrätten i andra situationer än de nu nämnda. Om det ändå görs, riskerar medlemsstaten att fällas av EU-domstolen för fördragsbrott. Vid offentliga upphandlingar av kontrakt som inte omfattas av unionsrätten är emellertid medlemsstaterna fria att själva välja om och i så fall hur sådana tilldelningar ska regleras.

7. Det svenska regelverket för upphandling av B-tjänster

Den svenska lagstiftaren har valt att reglera tilldelningar av B-tjänster i den klassiska sektorn i kapitel 15 i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). I 15 kap. LOU görs ingen skillnad om ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Istället finns en direktupphandlingsgräns på ca 285 000 kr under vilken de upphandlande myndigheterna har möjligt att utan föregående konkurrensutsättning köpa direkt av en leverantör. Upphandlingar av B-tjänster i Sverige omfattas emellertid av EU:s allmänna rättsprinciper, eftersom den svenska lagstiftaren utan någon begränsning skrivit in principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande i 1 kap. 9 § LOU, lagens generalklausul. Dessa principer är således tillämpliga på samtliga upphandlingar av B-tjänster, även de som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse.

De kontrakt för B-tjänster som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse skulle Sverige kunna underlåta att reglera överhuvudtaget. I enlighet med ovan nämnda bestämmelser omfattas reglering av dessa kontrakt uteslutande av Sveriges bestämmanderätt. Eftersom Sverige frivilligt tillämpar de allmänna rättsprinciperna på ett område som faller utanför unionsrätten, kan kommissionen inte föra talan mot Sverige för eventuella felaktigheter i ett sådant tilldelningsförfarande.²⁶

Om ett kontrakt däremot har ett bestämt gränsöverskridande intresse, dvs. om det visar sig att leverantörer i andra medlemsstater har eller hade haft ett intresse av att delta i upphandlingsförfarandet, kan Sverige inte själv bestämma huruvida dessa kontrakt ska konkurrensutsättas och hur tilldelningsförfarandena ska utformas. I stället ska de svenska bestämmelserna om offentlig upphandling av B-tjänster med ett bestämt gränsöverskridande intresse följa bestämmelserna i primärrätten.²⁷ Om värdet på B-tjänsterna överstiger tröskelvärdet, ska de upphandlande myndigheterna dessutom tillämpa bestämmelserna om tekniska specifikationer och efterannonsering i direktiv 2004/18.

25 Se mål 120/78, Rewe Zentral (Cassis de Dijon).

26 Se bl.a. mål C-28/95, Leur-Bloem.

27 Se Sundstrand, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), 2012, s. 153 ff.

Att ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse innebär därutöver att kommissionen kan ingripa mot upphandlingsförfaranden som hindrar de fria rörligheterna och därför strider mot de allmänna rättsprinciperna.

Det skulle uppstå betydande svårigheter om Sverige i dag valde att reglera vissa typer av upphandlingar av B-tjänster särskilt. Eventuella undantag från unionsrättens bestämmelser för kontrakt som kan ha ett bestämt gränsöverskridande intresse, kan innebära att Sverige gör sig skyldig till fördragsbrott. Det kan därutöver uppstå betydande svårigheter för enskilda upphandlande myndigheter och leverantörer vid bedömningen av vilka kontrakt som omfattas av Sveriges bestämmanderätt och vilka kontrakt som omfattas av unionsrätten. Utformningen av en sådan lagstiftning blir därför antingen komplex och detaljerad, eller enkel och övergripande. I bägge fallen överlämnas tämligen komplicerade bedömningar till praktikerna på området och till landets rättsvårdande myndigheter.

8. Etableringsfrihet

De grundläggande friheterna i EUF-fördraget utgör tillsammans med de allmänna rättsprinciperna den rättsliga grunden för EU:s regelverk för offentlig upphandling. Bestämmelserna om de grundläggande friheterna i EUF-fördraget är emellertid tillämpliga även på andra rättsområden än offentlig upphandling. Bestämmelsen om etableringsfrihet i artikel 49 FEUF har prövats i en mängd avgöranden från EU-domstolen, varav dess avgörande i målet Sodemare är av störst intresse för denna utredning.²⁸

I den italienska regionen Lombardiet fanns bestämmelser som reglerade utformningen av den regionala socialtjänsten. I bestämmelserna gjordes åtskillnad mellan verksamhet som endast utgjordes av socialvård och verksamhet som utgjordes av socialvård av hälsovårdskaraktär. Den förstnämnda verksamheten omfattade bl.a. intagning för vård på sjukhem under skyddade former annat än på sjukhus och som - även tillfälligt - helt ersatte vård som gavs av anhöriga. Med socialvård av hälsovårdskaraktär menades vård som direkt och huvudsakligen var inriktad på att skydda medborgarnas hälsa genom friskvård, omsorg samt fysisk och psykisk rehabilitering. Både offentliga organ och privata företag hade möjlighet att få tillstånd att bedriva socialvård. För att få ersättning för faktiska kostnader för socialvård av hälsovårdskaraktär, föreskrevs emellertid att de privata aktörerna skulle ansöka om intyg från regionen om behörighet att ingå avtal med de organ som ansvarade för lokala hälso- och socialvårdsenheter. Erhållandet av intyget om behörighet var dock underkastat villkoret att det inte förelåg något vinstsyfte hos det ansökande företaget.

Ett företag från Luxemburg hade startat och drev företag i Lombardiet. Företagen tillhandahöll dels socialvård, dels socialvård av hälsovårdskaraktär. När de ansökte om intyg om behörighet att ingå aktuella avtal i syfte att erhålla ersättning för sina kostnader för socialvård av hälsovårdskaraktär, fick de emellertid avslag, eftersom de drevs i vinstsyfte. Efter att ha klagat mot beslutet vid en nationell domstol, ställde domstolen ett antal frågor till EU-domstolen om bestämmelsernas förenlighet med unionsrätten.

EU-domstolen inledde med att konstatera att det luxemburgska företaget deltog stadigvarande och kontinuerligt i Italiens näringsliv, varför endast bestämmelserna om etableringsrätt var tillämpliga, inte bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster.

Domstolen fastställde därefter att unionsrätten inte inverkar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem och att villkoret om avsaknad av vinstsyfte ingick i det Lombardiska socialtjänstsystemet. Domstolen menade att villkoret inte försatte vinstdrivande företag från andra medlemsstater i en situation som faktiskt eller rättsligt var mindre gynnsam än den situation som gällde för bolag med vinstsyfte i Italien. Den italienska bestämmelsen kunde därför inte anses strida mot fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.

Frågan i målet var således om en medlemsstat vid utformandet av sitt socialtjänstsystem kunde förhindra att privata organisationer med vinstsyfte fick ersättning för kostnader för socialvård av hälsovårdskaraktär som de utförde i samband med att de tillhandahöll socialvård. Det var således inte fråga om att per se hindra att företag med vinstsyfte skulle kunna utföra dessa tjänster, endast att hindra att de fick ersättning för dessa tjänster av offentliga medel. Det var följaktligen inte en fråga om en offentlig upphandlingssituation, utan en fråga om utformningen av ett nationellt kostnadsersättningsystem. Slutsatserna i målet är därför inte tillämpliga på förhållanden som omfattas av unionsrättens regelverk för offentlig upphandling eller på tillämpningen av den svenska upphandlingslagstiftningen.

9. Norska krav på frånvaro av vinstsyfte i upphandlingar

I den norska förordningen nr 402 av den 7 april 2006 om offentlig upphandling föreskrivs att för avtal om utförande av hälso- och sociala tjänster med icke-vinstdrivande organisationer, är en upphandlande myndighet, i princip inte skyldig att följa de procedurregler för offentlig upphandling som föreskrivs i förordningen. Bestämmelse tolkas och tillämpas på ett sådant sätt att upphandlande myndigheter i Norge får på förhand utesluta kommersiella aktörer från att delta i tilldelningsförfarandet för offentlig upphandling av barnomsorg och övriga välfärdstjänster. Barne-, ungdoms- och Familiedirektoratet och Oslo kommun skulle köpa barnomsorgstjänster och vände sig enbart till ideella organisationer. En klagande vände sig emellertid till EFTA Surveillance Authority (ESA)²⁹ och hävdade att genom att tillåta de norska upphandlande myndigheterna att utesluta kommersiella aktörer från de aktuella kontrakten, hade Norge gjort sig skyldig till brott mot EES-avtalet.³⁰ Leverantören menade att kravet på icke vinstsyfte utgjorde en begränsning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 3L och 36 i EES-avtalet och ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen i artikel 2 i förordning nr 402.

ESA inledde med att konstatera att det var fråga om kontrakt för B-tjänster, och med hänsyn till det höga värdet av de aktuella kontrakten, deras varaktighet och det faktum att utländska företag hade uttryckt intresse för dem, var kontrakten av ett bestämt gränsöverskridande intresse. De skulle därför bedömas mot bakgrund av de allmänna rättsprinciperna i EES-lagstiftningen. Domstolen gjorde enligt min mening därefter ett tankefel. Den hänvisade till EU-domstolens praxis att verksamhet som kräver stadigvarande vistelse i en särskild medlemsstat inte omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet i EUF-fördraget, utan endast av bestämmelserna om etableringsfrihet.³¹ Den hänvisade därefter till målet *Sodemare*,³² och angav att då medlemsstaterna har frihet att själva organisera sina välfärdstjänster, har de även rätt att ange att endast företag utan vinstsyfte får delta i offentliga upphandlingar av sådana tjänster.

29 ESA är EFTA-medlemmarnas prövningsorgan för EES-avtalet

30 ESA:s beslut av den 21 juni 2010 i mål nr 66111 och mål nr 66744.

31 Se mål C-2/74, Reyners mot Belgium, punkt 27 and mål C-55/94, Gebhard, punkt 21.

32 Se mål C-70/95, Sodemare.

ESA menade att en sådan bestämmelse inte strider mot likabehandlingsprincipen, eftersom utländska företag med vinstsyfte inte kommer i en sämre ställning än nationella företag med vinstsyfte. Utländska företag kunde således inte hävda principerna om likabehandling och icke-diskriminering, eftersom det enligt EU-domstolens praxis var möjligt att reservera kontrakt avseende välfärdstjänster till företag utan vinstsyfte. Eftersom bestämmelsen i förordningen nr 402 om möjlighet att utesluta företag med vinstsyfte enligt ESA:s slutsatser därmed inte stred mot EES-avtalet, avskrevs målet utan vidare åtgärder.

Jag anser att ESA:s motivering till avslagsbeslutet är felaktigt. ESA har missuppfattat EU-domstolens avgöranden och tolkat dessa som om det skulle vara möjligt att i offentliga upphandlingar enligt EU:s upphandlingsdirektiv utesluta leverantörer som har ett vinstsyfte. ESA har inte uppfattat att EU-domstolen i avgörandet i målet *Sodemare* inte behandlade bestämmelserna i EU:s upphandlingsdirektiv, utan bestämmelserna om etableringsfrihet i samband med tillståndsgivning. Det blir uppenbart i samband med att ESA själv konstaterade att upphandlingsbestämmelserna i EES-avtalet var tillämpliga och att kontrakten hade ett bestämt gränsöverskridande intresse. Kontrakten kunde enligt min mening därför inte rimligtvis vara aktuella eller av intresse endast för leverantörer som redan hade en stadigvarande verksamhet i Norge. De bestämmelser som var aktuella i ESA:s ärende var upphandlingsbestämmelserna i EES-avtalet, vilka är likalydande med bestämmelserna i EU:s upphandlingsdirektiv. Enligt bestämmelserna i EU:s upphandlingsdirektiv är det inte möjligt att genom ett summariskt förfarande utesluta företag som har vinstsyfte, vilket framkommer av EU-domstolens praxis, se nästa avsnitt.

Enligt min uppfattning strider således den norska förordningen nr 402 av den 7 april 2006 om offentlig upphandling mot bestämmelserna om offentlig upphandling i EES-avtalet. Övrig norsk regering avseende möjligheter att begränsa vinstuttag m.m. för privata företag vid tillhandahållandet av välfärdstjänster, vilken inte omfattas av upphandlingsbestämmelserna i EES-avtalet, omfattas dock inte av detta utlåtande.

10. Fri rörlighet för tjänster

Av det föregående framgår att EU:s upphandlingsdirektiv grundar sig på bestämmelserna om de fria rörligheterna i EUF-fördraget och på de allmänna rättsprinciper som härstammar från dessa bestämmelser, bl.a. principerna om likabehandling och ickediskriminering. Frågan är då om det enligt unionsrätten är möjligt att begränsa deltagande i offentliga upphandlingar till en viss kategorier av leverantörer. Ett mycket intressant beslut i sammanhanget är EU-domstolens avgörande i målet *Vivaido*.³³ Det bör redan inledningsvis konstateras att avgörandet är ett motiverat beslut, inte en dom, vilket innebär att EU-domstolen ansåg att svaret på frågan klart kunde utläsas av rättspraxis.³⁴

Frågan i målet, ställd av en italiensk domstol, var om det i offentliga upphandlingar enligt det klassiska direktivet är möjligt att begränsa deltagandet till leverantörer med vinstsyfte. I den italienska lagstiftningen kunde endast kommersiella företag bli registrerade i det särskilda nationella systemet för kvalifikation av anbudsgivare.

33 Se mål C-502/11, *Vivaio*.

34 Se a a., punkt 28

Företag som inte bedrev en kommersiell verksamhet såsom den definierades i den italienska lagstiftningen kunde således inte delta i offentliga upphandlingar. S.k. enkla bolag ansågs inte bedriva kommersiell verksamhet, varför dessa bolag inte kunde bli registrerade i systemet. Sådana bolag omfattades av andra bestämmelser än kommersiella bolag bl.a. avseende minimikapital, ansvaret för varandras skulder om de bildade partnerskap och reglerna om konkurs. För att delta i en offentlig upphandling krävdes att en leverantör hade ett intyg från det särskilt organet som utövade tillsyn över systemet. Ett företag överklagade beslutet att inte tilldelas intyg och hävdade att beslutet stred mot både EU:s och de nationella italienska upphandlingsbestämmelserna, eftersom bolaget inte på lika villkor kunde delta i den italienska offentlig upphandlingen.

EU-domstolen inledde med att konstatera att det som huvudregel inte är möjligt att utesluta ett företag som omfattas av begreppet leverantör i upphandlingsdirektiven från att delta i anbuds-förfaranden, enbart på grund av anbudsgivarens rättsliga form. EU-domstolen påpekade att ett av målen för EU:s regler för offentlig upphandling är största möjliga konkurrens i syfte att säkerställa bredast möjliga deltagande av anbudsgivare i en upphandling, dels för att uppfylla unionens intresse när det gäller fri rörlighet för varor och tjänster, dels för att upphandlande myndigheter får ett bredare utbud av varor och tjänster bäst lämpade för de aktuella behoven.³⁵ Domstolen menade att det var uppenbart av både unionens regler och praxis från domstolen att den person eller enhet som, på grund av villkoren i en upphandlingsannons, anser sig lämplig att säkerställa genomförandet av kontraktet, direkt eller genom underleverantörer, oavsett deras ställning samt frågan om det är alltid aktiv på marknaden eller om den uppträder endast sporadiskt, har rätt att lämna anbud i en offentlig upphandling. Den faktiska kapaciteten hos de som uppfyller villkoren i upphandlingsannonsen uppskattas först i ett senare skede av förfarandet.³⁶

Domstolen undersökte huruvida nationella bestämmelser som förbjöd vissa leverantörer att delta i offentliga upphandlingsförfaranden ändå kunde vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet. Möjligheterna i upphandlingsdirektiven att utesluta vissa leverantörer kan kompletteras med nationella bestämmelser, om de är förenliga med de allmänna rättsprinciperna. Domstolen menade dock att bestämmelserna i den italienska lagen, om att säkerställa ekonomisk styrka hos anbudsgivare, inte kunde rättfärdiga att enkla bolag uteslöts från offentliga upphandlingsförfaranden.

Domstolen påpekade sedan att medlemsstaterna hade möjlighet att reglera verksamheten för sådana enheter som universitet och forskningsinstitut, som inte hade något vinstsyfte och som huvudsakligen bedrev undervisnings- och forskningsverksamhet.³⁷ De kunde tillåta, eller inte tillåta, sådana enheter att bedriva verksamhet på marknaden, beroende på huruvida den aktuella verksamheten var förenlig med deras institutionella syften och deras stadgar. Om de tillät sådana organ att verka på marknaden, kunde de emellertid inte hindra dem från att även delta i offentliga upphandlingar.³⁸ Domstolen undersökte sedan bestämmelserna för de italienska enkla bolagen och konstaterade att dessa faktiskt kunde bedriva en viss kommersiell verksamhet, varför det heller inte av den anledningen var möjligt att hindra dessa bolag från att delta i offentliga upphandlingsförfaranden.

35 Se a.a. punkt 31 och mål C-305/08, CoNISMå, punkt 37

36 Se mål C-502/11, Vivaio, punkt 34 och mål C-305/08, CoNISMå, punkt 42.

37 Se mål C-502/11, Vivaio, punkt 47 och mål C-305/08, CoNISMå, punkt 48.

38 Se mål C-305/08, CoNISMå, punkt 49.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att det inte är möjligt att i offentliga upphandlingar som omfattas av unionsrätten hindra företag som bedriver en kommersiell verksamhet eller som har ett vinstsyfte att delta. Intressant nog är det i stället möjligt att hindra vissa icke-kommersiella organ från att delta i offentliga upphandlingar.

11. Sammanfattande slutsatser

I utlåtandet behandlas frågan om möjligheter till att positivt särbehandla företag utan vinstsyfte i offentliga upphandlingar. Som slutsats av den utredning jag har gjort menar jag, till skillnad från Shekarabi, att det inte är möjligt i dag att i offentliga upphandlingar som omfattas av unionsrätten positivt särbehandla företag utan vinstsyfte. Det är heller inte möjligt att hindra företag med vinstsyfte att delta i offentliga upphandlingar i Sverige. Jag menar att det skulle strida både mot principerna om likabehandling och öppenhet, vilkas rättsliga grund är bestämmelserna om fri rörlighet i EUF-fördraget, och vilka föreskriver att alla företag ska ha rätt att delta i en offentlig upphandling. Principerna är tillämpliga på samtliga offentliga upphandling i vilka kontraktet har ett bestämt gränsöverskridande intresse, oavsett föremålet för upphandlingen eller värdet på kontraktet.

Slutsatsen är densamma, oavsett om det handlar om att reservera kontrakt för företag utan vinstsyfte eller att ge sådana företag särskild fördel i form av exempelvis extra poäng vid anbudsutvärderingen i en offentlig upphandling, eftersom resultatet är detsamma; företag utan vinstsyfte särbehandlas positivt i förhållande till företag med vinstsyfte. Enligt min mening skulle det endast vara möjligt att i offentliga upphandlingar som omfattas av unionsrätten positivt särbehandla leverantörer utan vinstsyfte, om ett undantag från de grundläggande friheterna i EUF-fördraget infördes. Det finns emellertid varken i EUF-fördragets bestämmelser om de fria rörligheterna eller i upphandlingsdirektiven i dag någon sådan möjlighet eller särskild bestämmelse om undantag.

Ett osannolikt resultat av utredningen visar att det är möjligt för medlemsstaterna att hindra vissa organ som verkar utan vinstsyfte från att delta i offentliga upphandlingar. Domstolen påpekade i målet Vivaio att medlemsstaterna har möjlighet att reglera verksamheten för sådana enheter som universitet och forskningsinstitut, som inte hade något vinstsyfte och som huvudsakligen bedrev undervisnings- och forskningsverksamhet, och hindra dem från att delta i offentliga upphandlingar.³⁹

Offentliga upphandlingar av kontrakt för B-tjänster med ett bestämt gränsöverskridande intresse omfattas av primärrättens reglering av offentlig upphandling. De omfattas därmed av samma bestämmelser om de fria rörligheterna och de allmänna rättsprinciper som även omfattar kontrakt som regleras i upphandlingsdirektiven. Inte heller vid dessa upphandlingar är det därmed möjligt att positivt särbehandla företag utan vinstsyfte.

Endast i det sannolikt fåtal offentliga upphandlingar av välfärdstjänster där kontraktet understiger EU:s tröskelvärde för tjänsteupphandlingar, ca 1,92 miljoner svenska kronor exklusive mervärdesskatt, och där det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse, skulle det vara möjligt att positivt särbehandla leverantörer utan vinstsyfte. Sådana upphandlingar omfattas inte av unionsrätten, varför de i stället omfattas av den svenska statens bestämmanderätt. Det förutsätter dock en ändring av det svenska regelverket så att 15 kap. LOU, vari B-tjänster regleras, medger sådana hänsyn.

Täby som ovan

Andrea Sundstrand

³⁹ Se mål C-502/11, Vivaio, punkt 47 och mål C-305/08, CoNISM, punkt 48.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Sverige

Lagen (2007:241) om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

Prop. 2004/05:145 Driftformer för offentligt finansierade sjukhus.

SOU 2001:31 Mera värde för pengarna.

SOU 2003:23 Vårda vården - samverkan, mångfald och rättvisa.

EU

Direktiv 2004/18

Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV (EUT L 74, 15.3.2008, s. 1).

Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C179/02).

Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011)0896 slutlig, 20.12.2011).

A voluntary European quality framework for social services, SPC/2010/10/8 slutlig, 6.10.2010

Norge

Förordning nr 402 av den 7 april 2006 om offentlig upphandling.

Domstolspraxis

Sverige

RÅ 1993 ref. 93.

EU

mål C-2/74, Reyners mot Belgium (ECR 1974 s. 631).

mål 120/78, Rewe Zentral (Cassis de Dijon) (ECR 1979 s. 649).

mål C-55/94, Gebhard (ECR 1994 s. I-5777).

mål C-28/95, Leur-Bloem (ECR 1997 s. I-4161).

mål C-70/95, Sodemare (ECR 1997 s. I-3395).

mål C 92/00, HI (ECR 2002 s. I-5553).

mål C-507/03, kommissionen mot Irland (An Post) (ECR 2007 s. I-9777).

mål C-305/08, CoNISMa (ECR 2009 s. I-12129).
mål C-502/11, Vivaio (ännu ej rapporterad).

Norge

ESA:s beslut av den 21 juni 2010 i mål nr 66111 och mål nr 66744.

Övriga offentliga handlingar

NOU:s skrivelse dnr 2001/0094-22.

Doktrin m.m.

Madell&Wehlander, SSGIs in Sweden: With a Special Emphasis on Education, i Neergaard; Szyszczak; van de Gronden; Krajewski (red.), Social Services of General Interest in the EU, 2012.

Pedersen, Upphandlingens grunder, 2011.

Shekarabi, Ardala, Vinst och den offentliga tjänstemarknaden – en rättslig analys, Ny Tid rapport 15, 2012.

Sundstrand, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), 2012.



ALMEGA