

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-02-26

Närvarande: F.d. justitieråden Severin Blomstrand och Annika Brickman samt justitierådet Thomas Bull

Särskilda regler för upphandling av välfärdstjänster

Enligt en lagrådsremiss den 18 januari 2018 har regeringen (Finansdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Förslaget har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Susanne Ellegård, biträdd av departementssekreteraren Sara Rostamian.

Förslaget föranleder följande yttrande av Lagrådet:

2 kap. 2 §

I 2 kap. finns bestämmelser om blandade kontrakt. Enligt 1 § avses med blandat kontrakt – såvitt nu är av intresse – ett kontrakt som

avser olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggentreprenader) som alla regleras i lagen.

I 2 § första stycket föreskrivs att, om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i lagen, upphandlingen ska genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet. Paragrafens tredje stycke innehåller bestämmelser om hur huvudföremålet ska bestämmas för ett blandat kontrakt som avser vissa kombinationer av tjänster. Dessa kombinationer är dels kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster, dels kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 a och andra tjänster.

Vad som sålunda regleras i tredje stycket avser inte blandade kontrakt enligt definitionen i 1 §. Stycket har därmed inte sin plats i 2 kap., om inte definitionen ändras.

Bestämmelsens utformning och placering i lagen bör övervägas ytterligare under den fortsatta beredningen.

19 kap. 6 a §

Paragrafen gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att reservera deltagandet i en upphandling av vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt sociala tjänster för organisationer som uppfyller vissa krav. De organisationer som kan komma i fråga ska "ha som syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster". De ska vidare "återinvestera eventuell vinst för att uppnå syftet". Slutligen ska de ha "en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda

parter”. En i praktiken viktig begränsning är också att kontraktstiden inte får överstiga tre år och att en organisation som har fått ett kontrakt i en reserverad upphandling inte får delta i en sådan upphandling under de tre följande åren.

Ett syfte med förslaget sägs (s. 56) vara att i upphandlingar underlätta för ”idéburen sektor”. Detta syfte kan inte utläsas av lagtexten och vilka slag av organisationer som är ”idéburna” framgår inte av vare sig författningskommentaren eller remissen i övrigt. Flertalet privata företag som bedriver sjukvård eller erbjuder sociala tjänster får emellertid med vanligt språkbruk anses uppfylla kraven enligt den första punkten. Likaså torde de flesta företag ha en lednings- och ägarstruktur som bl.a. kräver aktivt deltagande av personalen.

Kravet på återinvestering av eventuell vinst, liksom att återinvesteringen ska göras för att uppnå syftet att fullgöra det offentliga uppdraget, torde vara svårt att förena med den begränsade kontraktstiden. Det problemet bör emellertid vara detsamma för de idéburna aktörerna. Att kontraktets löptid är så begränsad tycks också motverka syftet med direktivet i denna del, som enligt skäl 118 i direktivet är ”att sörja för kontinuitet i offentliga tjänster”. Regeringen har i den delen förutsatt att en organisation som har vunnit en reserverad upphandling kan komma tillbaka och vinna en ordinär upphandling för en följande period (s. 58). För de flesta organisationer torde det dock framstå som svindlande osäkert att förlita sig på att den upphandlande myndigheten kommer att välja ett annat förfarande och att företaget kommer att vinna en ny upphandling som inte är reserverad. Enligt skäl 118 bör dessutom de aktuella tjänsterna endast omfattas av det enklare systemet.

Lagrådet konstaterar sammanfattningsvis att paragrafen, inte minst mot bakgrund av det angivna syftet, framstår som närmast

obegriplig. En utgångspunkt för den närmare utformningen av bestämmelsen har varit att den i sak och terminologiskt ska utformas så direktivnära som möjligt (s. 57). En brist av nu angivet slag bör emellertid – som Lagrådet har framhållit tidigare – inte godtas i den svenska lagstiftningen. Det är direktivets sakliga innehåll som ska införas i nationell lag och det är den nationella lagstiftaren som avgör hur det ska göras. (Se artikel 288 tredje stycket i EUF-fördraget.)

19 kap. 35 och 36 §§

Ordet ”och” bör läggas till före ”vars värde”.

19 kap. 37 §

I paragrafen anges hur värdet av en upphandling av välfärdstjänster ska beräknas. Syftet är att kunna avgöra om det är möjligt att underlåta annonsering med hänvisning till undantagsbestämmelsen i 36 § andra stycket 1. I paragrafen bör anges att bestämmelsen avser värdet av en upphandling enligt 36 §.

19 kap. 38 §

I paragrafens första stycke hänvisas till 12 kap. 12 och 13 §§. I 35 § räknas tillämpliga bestämmelser upp. Uppräkningen innefattar inte 12 kap. Under föredragningen har upplysts att avsikten med hänvisningen till 12 kap. 12 och 13 §§ i 19 kap. 38 § inte är att göra nämnda bestämmelser i 12 kap. tillämpliga. Avsikten är endast att peka ut de beslut och upplysningar som avses i 19 kap. 38 §. Hänvisningstekniken är svår att förstå. Lagrådet noterar att motsvarande teknik används på andra ställen i kapitlet. Under den fortsatta beredningen bör regleringen förklaras närmare.

Lagrådet föreslår vidare att andra stycket ges följande lydelse.

Om upphandlingen har skett utan annonsering enligt 36 § andra stycket, ska den upphandlande myndigheten, när beslut har fattats om vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet, snarast möjligt underrätta anbudsgivarna om beslutet.

19 kap. 39 §

I paragrafen anges att en upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling, men bara om värdet överstiger 100 000 kr. I andra stycket görs en hänvisning till 12 kap 17 § om bevarande av handlingar.

Paragrafen bygger på direktivbestämmelser. Utformningen väcker dock frågor om hur krav på dokumentation i annan lagstiftning, som förvaltningslagen (2017:900), förhåller sig till bestämmelsen. I förvaltningslagen finns sådana bestämmelser i bl.a. 27 och 31 §§. I den lagens 4 § anges visserligen att bestämmelser i annan lag eller förordning går före förvaltningslagens reglering. Konsekvensen av den nu föreslagna paragrafen blir att det inte krävs någon form av dokumentation vid upphandlingar under 100 000 kr. Inte ens de grundläggande kraven i förvaltningslagen behöver uppfyllas. Lagrådet undrar om det verkligen är avsikten. Om inte bör regleringens utformning övervägas ytterligare.

20 kap. 1 och 13 §§ samt 21 kap. 1 §

Uppräkningen av paragrafer i första stycket bör ges följande lydelse.

... 12 kap. 12 § första stycket *eller* 19 kap. 29 eller 38 § ...

Motsvarande justeringar bör göras i uppräkningsarna i 13 § och 21 kap. 1 §.

20 kap. 2 §

För tydlighetens skull bör det anges i fjärde punkten att hänvisningen till 36 § andra stycket avser 19 kap.