



FORUM Idébarna
organisationer med
social inriktning

Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?



Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?

Göran Pettersson
Generalsekretare Forum

Mohamed Hama Ali
Jurist, Front Advokater

Amir Daneshpip
Jurist, Front Advokater

Publicerat i juli 2016 ©

Utredningen har tagits fram av Front Advokater på uppdrag av Forum.

www.socialforum.se

Forum är en intresseorganisation för den idéburna organiseringen och samlar civilsamhällets organisationer med social inriktning.

Ett särskilt tack till Jörgen Hettne, docent i i EU-rätt vid Institutionen för handelsrätt, Lunds Universitet, advokat Johan Lidén, Front Advokater, och Sorena Amini, Handelshögskolan i Stockholm, som alla på ett förtjänstfullt sätt har bidragit till framtagandet av denna utredning.

Foton tagna i olika sociala verksamheter, fotograf: Joel Ahlgren

— Förord

I vårt dagliga arbete möter vi ständigt kommunföreträdare som efterfrågar samverkansformer med civilsamhällets organisationer, utan att behöva använda upphandlingsregelverket eller andra modeller som bygger på konkurrens mellan kommersiella aktörer. I Civilsamhällesutredningens slutbetänkande, *Palett för ett stärkt civilsamhälle*, konstateras att det offentliga gärna ser ett utökat samarbete med civilsamhället, men av rädsla för att bryta mot nuvarande lagstiftning väljer de i stället att upphandla kontrakt som egentligen inte lämpar sig för konkurrensutsättning.

Den samverkansform som inom välfärdsområdet seglat upp som ett alternativ till såväl upphandling som konkurrensutsättning och kommersialisering är Idéburet offentligt partnerskap (IOP), en modell som Forum utvecklade 2010. Istället för att begränsa valmöjligheten till kommunal regi eller privata vinstdrivande företag, börjar allt fler efterfråga samverkansmöjligheter med den sociala ekonomins idéburna organisationer. Det är här IOP kan spela en nyckelroll.

I Sverige är de idéburna organisationerna en outnyttjad resurs inom välfärdsområdet. Inom t.ex. omsorgen drivs cirka en femtedel av verksamheten av privata utförare med vinstintresse. Motsvarande siffra för idéburna organisationer landar på knappt tre procent. Sett till andelen av den totala arbetskraften som arbetar med sjukvård och äldreomsorg utgör den ideella sektorn ytterst en liten del i Sverige i jämförelse med andra OECD-länder.

I förevarande utredning redogörs för EU-rättsliga aspekter på IOP och de EU-rättsliga regler som har betydelse för de idéburna organisationernas verksamhet. Utredningen avser särskilt de idéburnas insatser inom äldreomsorg, arbete med kvinnojourer, anordnande av boende för ensamkommande flyktingbarn och hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa. Det primära ansvaret för tillhandahållandet av välfärdstjänster åvilar kommunerna, landstingen och regionerna. Det faktiska utförandet hamnar dock ofta på privata aktörer, vilket aktualiserar komplicerade EU-regelverk.

Juridiken inom området är under förändring, samtidigt råder en begreppsförvirring och klassificeringsproblematik. En central del i utredningen behandlar vad som avses med ”tjänster av allmänt intresse”, ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” och ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”. Utan att föregripa de slutsatser som dras i utredningen kan det konstateras att det finns ett relativt brett utrymme enligt EU-rätten för IOP. Såsom konstateras i utredningen är stimuleringen av marknadsutvecklingen ett politiskt val, inte en rättslig skyldighet, vilket förklarar att bedömningen av vad som är ekonomiskt och icke-ekonomiskt kan skifta mellan EU:s medlemsstater men också inom medlemsstaterna.

Göran Pettersson
Generalsekretare Forum

Mohamed Hama Ali
Jurist, Front Advokater

Amir Daneshpip
Jurist, Front Advokater

— Innehåll

Del I

1	Inledning	7
2	Vad utgör ekonomisk verksamhet?	7
3	Vad är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?	10
4	Förbudet mot statligt stöd	12
5	Undantag enligt statsstödsreglerna	13
6	Processuella regler rörande statligt stöd	14
6.1	Anmälningsskyldigheten	14
6.2	Nya och befintliga stöd	14
6.3	Det processuella förfarandet	14
6.4	Återbetalning	15
6.5	Missbruk av stöd	15
7	Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd	15
8	EU:s upphandlingsregler	16
8.1	Idéburen sektor och offentlig upphandling	18
8.2	Implementeringen av EU:s nya upphandlingsdirektiv	18
8.3	Upphandling av välfärdstjänster och hinder för den idéburna sektorn	19
8.4	Vad kan göras för att förenkla LOU-regelverket för upphandling av välfärdstjänster?	20
8.4.1	Upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet ska inte omfattas av LOU	20
8.4.2	Reserverade kontrakt	22
8.4.3	Inför ett förenklat regelverk för upphandlingar av välfärdstjänster över tröskelvärdet	22

Del II

9	Aktörer, konkurrenssituation och trendutveckling	23
9.1	Äldreboenden	23
9.2	Hem för ensamkommande flyktingbarn	24
9.3	Kvinnojourer	24
9.4	Hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa	26

Del III

10	Slutsatser	27
10.1	EU-reglernas syfte och tillämpningsområde	27
10.2	Icke ekonomiska tjänster?	28
10.3	Bidrag till sociala tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?	28
10.4	Upphandling av sociala tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?	29
10.5	Särskilda regler för idéburna organisationer?	30



1 — INLEDNING

I denna utredning kommer EU-rättsliga aspekter på den särskilda samverkansformen mellan idéburna organisationer och det offentliga som betecknas IOP att belysas. Vad som har relevans är framför allt hur ekonomiska tjänster respektive icke ekonomiska tjänster kvalificeras EU-rättsligt samt vad som menas med begreppet ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse”. De EU-rättsliga regler som främst har betydelse för de idéburna organisationernas verksamhet och anknyter till nämnda begrepp är statsstödsreglerna och upphandlingsreglerna. Av särskild betydelse är att verksamhet som inte är ”ekonomisk” inte omfattas av EU:s statsstöds- och upphandlingsregler. Vidare finns utökade möjligheter till undantag och speciallösningar om det är fråga om en ”tjänst av allmänt intresse”.

Utredningen fokuserar särskilt på de idéburna organisationernas insatser inom äldreomsorg, arbetet med kvinnojourer, anordnande av boende för ensamkommande flyktingungdomar och hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa.

I Del I diskuteras till att börja med vad som utgör ekonomisk verksamhet och tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och därefter redogörs för statsstöds- och upphandlingsreglerna på ett relativt allmänt plan. I Del II av utredningen redogörs för hur marknaden ser ut avseende äldreomsorg, arbetet med kvinnojourer, boende för ensamkommande flyktingungdomar och hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa. I den avslutande delen, Del III, förs en diskussion om hur IOP ska kvalificeras rättsligt och vilket utrymme det finns för IOP enligt EU-rätten.

2 — VAD UTGÖR EKONOMISK VERKSAMHET?

EU:s inre marknad handlar om ett *ekonomiskt* utbyte mellan medlemsstaterna och de företag som är verksamma på denna marknad. Den statliga och kommunala verksamheten har dock i hög

grad kommersialiserats under senare tid, och det har därför uppstått ett stort antal ”marknader” där offentliga och privata aktörer erbjuder sina tjänster i konkurrens. Ibland används mot denna bakgrund termen ”marknadisering”.¹ Detta gäller till exempel sjukvård, utbildning, barnomsorg och äldreomsorg. När det första steget väl är taget, och en marknad öppnas för privata aktörer, blir EU:s regelverk som ska säkerställa att rättvisa konkurrensförhållanden råder på alla marknader med automatik relevant. Vad som är en ”marknad” är dock inte alltid en fråga som lätt låter sig besvaras. Det finns gråzoner där det måste avgöras vad som faller inom och utanför EU-rätten. I det följande ska redogöras för några utvecklingslinjer i rättspraxis i fråga om vad som bör betraktas som *ekonomisk verksamhet* och *icke-ekonomisk verksamhet*.

En särskild svårighet är till att börja med att det saknas en fördragsbaserad definition i EU-rätten av vad som utgör ekonomisk verksamhet. Ett skäl till detta är att medlemsstaternas samhällsmodeller ser så olika ut att det i princip är omöjligt att lägga fast en gemensam definition av ekonomisk verksamhet som fungerar i en EU-rättslig kontext. Europeiska kommissionen har sålunda påpekat att eftersom distinktionen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster beror på politiska och ekonomiska särdrag i en viss medlemsstat, är det inte möjligt att upprätta en uttömmande förteckning över verksamheter som på förhand kan definieras som ”icke-ekonomiska”.² Enligt kommissionen skulle en sådan förteckning inte tillföra någon verklig rättssäkerhet, och den skulle således vara av begränsad nytta. EU-domstolen har mot denna bakgrund under lång tid prövat om en viss verksamhet ska anses som ekonomisk från fall till fall, och det kan därför vara svårt att dra några säkra slutsatser utifrån denna rättspraxis.

I EU skiljer sig t.ex. de olika nationella hälso- och sjukvårdssystemen väsentligt åt. I vilken utsträckning olika vårdgivare konkurrerar med varandra i en marknadsmiljö är till stor del beroende



av hur dessa system är uppbyggda. Verksamhet som är ekonomisk i vissa medlemsstater behöver därför inte vara det i andra stater.³

Ett annat exempel är utbildningsområdet. Det har fastställts i EU-domstolens rättspraxis att allmän utbildning som anordnas inom ett nationellt utbildningssystem som finansieras och övervakas av staten får betraktas som *icke-ekonomisk verksamhet*. I detta avseende har domstolen påpekat att staten, genom att skapa och upprätthålla ett sådant system för offentlig undervisning – som i regel finansieras med medel ur den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar – inte avser att bedriva verksamhet i vinstsyfte, utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare.⁴

Enligt samma rättspraxis påverkas den offentliga utbildningens icke-ekonomiska art i princip inte av att elever eller deras föräldrar ibland måste betala undervisnings- eller inskrivningsavgifter som bidrar till att finansiera kostnaderna för att driva systemet. Sådana avgifter täcker ofta endast en bråkdel av de verkliga kostnaderna för tjänsten och kan således inte betraktas som betalning för den tjänst som tillhandahålls. Det kan vara fråga om offentliga undervisningstjänster, t.ex. yrkesutbildning,⁵ privata och offentliga grundskolor⁶ och förskolor⁷ samt viss universitetsutbildning.⁸

I princip renodlad offentligt finansierad utbildning måste dock särskiljas från utbildningstjänster som finansieras främst av föräldrar och elever eller kommersiella intäkter. Kommersiella företag som erbjuder högre utbildning som finansieras helt och hållet av studenter omfattas t.ex. helt klart av denna senare kategori.⁹ I vissa medlemsstater kan också offentliga institutioner erbjuda utbildningstjänster som, på grund av sin art, finansieringsstruktur och förekomsten av konkurrerande privata organisationer, ska betraktas som ekonomiska.

Svårigheten att avgöra vad som utgör ekonomisk verksamhet på utbildningsområdet sammanhänger dels med rättsutvecklingen vid EU-domstolen som innebär att allt fler verksamheter successivt kvalificeras som ekonomiska, dels den allmänna samhällsutvecklingen i många medlemsstater som innebär att offentliga angelägenheter i allt högre utsträckning utförs på marknadsekonomiska villkor av privata utförare (det handlar då inte om renodlad offentlig finansiering). När det gäller det svenska systemet med ett ökat inslag av privata skolor, har frågan om verksamhetens ekonomiska karaktär diskuterats i ett kommissionsärende om s.k. avknoppningar (COMP/H-2/BC-2012 33624, 29.3 2012). Kommissionen hävdade i ärendet att det, med hänsyn till statsstödsreglerna, inte var visat att det förelåg gränsöverskridande inslag. Härigenom undvek kommissionen att uttala sig

om det var fråga om ekonomisk verksamhet.¹⁰ Slutligen ska nämnas att i fråga om offentliga system som syftar till att säkerställa *social trygghet för medborgarna (socialförsäkring m.m.) har en särskilt omfattande rättspraxis från EU-domstolen utvecklats där bedömningen huruvida viss verksamhet är ekonomisk varierar med hur den är inrättad och organiserad. EU-domstolen fäster härvid stor vikt vid en distinktion mellan "ekonomiska system" och "system baserade på solidaritetsprincipen".* EU-domstolen har tillämpat en rad olika kriterier för att fastställa om ett system för social trygghet är solidaritetsbaserat och därför inte utgör ekonomisk verksamhet. En mängd faktorer kan vara viktiga i detta avseende:

- Om medlemskap i systemet är obligatoriskt.¹¹
- Om stödordningen har ett rent socialt syfte.¹²
- Huruvida systemet drivs utan vinstsyfte.¹³
- Om förmånerna är oberoende av hur stora bidrag som lämnats.¹⁴
- Om de förmåner som betalas inte behöver stå i proportion till den försäkrades inkomster.¹⁵
- Om systemet övervakas av staten.¹⁶

Sådana solidaritetsbaserade system måste alltså särskiljas från ekonomiska system.¹⁷ Till skillnad från solidaritetsbaserade system kännetecknas system av ekonomisk karaktär i regel av följande:

- Frivilligt medlemskap.¹⁸
- Principen om kapitalisering (rättigheterna är beroende av inbetalda bidrag och systemets ekonomiska resultat).¹⁹
- Verksamheten bedrivs i vinstsyfte.²⁰
- De aktuella pensionsrättigheterna kompletterar dem som tillhandahålls i ett grundläggande system.²¹

I vissa system kombineras inslag ur bägge kategorierna. I sådana fall är kvalificeringen av systemet beroende av att man gör en analys av systemets olika beståndsdelar och deras respektive vikt.

En tillstötandesvårighet är att det går att urskilja olika kriterier för tillämpningen av frihetsreglerna i fördraget (fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital) och konkurrenspolitiken (konkurrensregler riktade till företag och statsstödsreglerna).²² När det gäller konkurrenspolitiken måste till att börja med avgöras om den som bedriver verksamheten är att betrakta som *ett företag*. EU-domstolen har vid denna bedömning genomgående definierat företag som enheter som utövar ekonomisk verksamhet, oberoende av deras rättsliga ställning och hur de finansieras.²³

Som exempel kan nämnas att *en försäkringskassa*, till vilken företag som tillhör en bestämd

bransch och ett bestämt geografiskt område är skyldiga att ansluta sig för försäkring mot olycksfall i arbetet och yrkessjukdomar, *inte utgör ett företag* i den mening som avses i artiklarna 101 och 102 i Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (FEUF).²⁴ EU-domstolen menar att ett sådant organ fyller en funktion *av uteslutande social art*, då det verkar inom ett försäkringssystem för genomförande av solidaritetsprincipen och då detta försäkringssystem står under tillsyn av staten. Den omständigheten att försäkringskassan tillhandahåller försäkringstjänster kan som sådan inte påverka den rent sociala karaktär som är utmärkande för denna verksamhet. Omständigheten påverkar nämligen varken systemets solidariska karaktär eller den statliga tillsynen av systemet. Domstolen påpekade att beträffande villkoret avseende försäkringssystemets solidariska karaktär är detta uppfyllt när systemet finansieras genom avgifter för vilka avgiftssatsen inte är systematiskt proportionell i förhållande till den risk som försäkringen avser och när värdet av ersättningarna inte nödvändigtvis är proportionellt i förhållande till den försäkrades inkomst. Varken den omständigheten att det saknas en övre gräns för avgifterna eller att systemet inte genomförs av ett enda organ utan av flera, fördelade efter bransch och/eller geografisk utbredning eller att dessa organ kan besluta att fastställa en enhetlig minimiavgift, är av sådan art att de leder till slutsatsen att systemet inte skulle anses vara solidariskt finansierat. När det gällde villkoret om huruvida tillsyn utövas av staten, framhöll domstolen att den omständigheten att försäkringskassorna inom ramen för ett system med självstyre, gets en handlingsfrihet för att fastställa de omständigheter som ska avgöra avgifternas och ersättningarnas storlek som sådan inte påverkade arten av försäkringskassornas verksamhet, då detta handlingsutrymme föreskrevs och reglerades i lag, och försäkringskassorna i detta hänseende stod under statlig tillsyn.

En fråga som har särskild betydelse för bedömningen av om en viss verksamhet är ekonomisk eller inte är i vilken mån denna verksamhet innefattar myndighetsutövning eller om den, som det uttrycks i EU:s grundfördrag, är *"förenad med utövandet av offentlig makt"* (se artikel 51 FEUF). Enligt EU-domstolen avser begreppet offentlig makt i dessa sammanhang endast vissa typer av verksamheter, inte hela yrkesgrupper, och bestämmelsen har över lag tolkats snävt.²⁵ EU-domstolen har fastställt att den inte omfattar sådan verksamhet som har en rent stödjande och förberedande karaktär i förhållande till utövandet av offentlig makt eller sådan verksamhet som har en rent teknisk karaktär, såsom programmering och drift av databehandlingssystem.²⁶ Mot denna bakgrund har domstolen

slagit fast att verksamhet som utövas av advokater, bevakningsföretag, auktoriserade ombud i försäkringsföretag och verksamhet inom ramen för avtal som har samband med lokaler, tillbehör, anläggningar, underhåll, drift och förmedling av uppgifter som behövs för att genomföra ett lotteri, *inte* omfattas av undantaget, vilket alltså innebär att det är fråga om ekonomisk verksamhet.²⁷

Som begreppet har definierats i EU-domstolens rättspraxis sammanfaller utövandet av offentlig makt i stort sett med den svenska termen myndighetsutövning. Detta innebär inte att man kan sätta ett likhetstecken mellan de bägge begreppen, eftersom ”offentlig makt” som det kommer till uttryck i artikel 51 FEUF är ett självständigt begrepp vars innebörd är beroende av EU-domstolens tolkning.²⁸ Följande verksamheter har *inte* ansetts utgöra ekonomiska verksamheter:

- Armén eller polisen
- Flygnavigationssäkerhet och kontroll över flygtrafiken²⁹
- Sjötrafiksäkerhet och kontroll av sjötrafiken³⁰
- Föreningensbegränsande övervakning³¹
- Organisation, finansiering och verkställighet av fängelsesdomar.³²

3 — VAD ÄR TJÄNSTER AV ALLMÄNT EKONOMISKT INTRESSE?

När det har konstaterats att en viss verksamhet är ekonomisk gäller som utgångspunkt att fördragsbestämmelserna om EU:s ekonomiska friheter och konkurrensregler är tillämpliga fullt ut (vilket innefattar statsstöds- och upphandlingsreglerna). Detta medför normalt att det finns ett stort utbud av varor och tjänster till rimliga priser och att konsumenter är nöjda. Samtidigt kan ibland förutsättningar saknas för en fungerande marknad. I EU:s grundfördrag finns sedan länge särskilda bestämmelser som tar sikte på denna typ av situationer: när marknaden själv inte kan tillhandahålla vad konsumenter och politiska företrädare vill ha (se särskilt artikel 106 FEUF).³³ Dessa bestämmelser har med tiden blivit allt viktigare för utvecklingen av EU:s inre marknad.

Begreppet tjänster av allmänt intresse

I EU:s grundfördrag – och primärrätten i övrigt – används begreppet *tjänster av allmänt ekonomiskt intresse* för att markera den möjlighet som varje medlemsstat har att reglera sin egen marknad enligt andra premisser än de som är renodlat

marknadsekonomiska. Begreppet återfinns redan i Funktionsfördragets allmänna bestämmelser (artikel 14 FEUF), men också i dess bestämmelser om konkurrenspolitik (artikel 106.2 FEUF) och i ett särskilt *Protokoll om tjänster av allmänt intresse*. Dessutom används begreppet i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (artikel 36).³⁴

Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse relaterar i grunden till en åtskillnad mellan ”allmänna” och ”enskilda” intressen. I en renodlad marknadsekonomi förutsätts konkurrerande enskilda intressen vara ett medel för att uppnå eftersträvarde allmänna intressen, men i de fall detta inte anses fungera finns ett behov av statlig ingripande. Detta kan naturligtvis ta sig olika uttryck. I EU:s grundfördrag får detta behov sitt tydligaste uttryck genom bestämmelserna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Anledningen till att fördragstexten utgår från uttrycket tjänster av ”ekonomiskt” intresse är att många tjänster av ”icke-ekonomiskt” intresse ursprungligen föll utanför samarbetets ram. Mot bakgrund av den ämnesmässiga expansion som samarbetet genomgått har många sådana tjänster som ursprungligen föll utanför samarbetets ram nu kommit att omfattas av EU-rättens tillämpningsområde. Detta gäller framför allt hälso- och sjukvård, äldreomsorg och, i viss mån, utbildning. I dessa fall är det många gånger svårt att se var skiljelinjen går mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster, och därför talar man i stället ofta om ”tjänster av allmänt intresse” (och menar då tjänster som är både ekonomiska och icke-ekonomiska).³⁵ Frågan om var skiljelinjen går mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster och hur den ska dras i ett konkret fall avgörs ytterst av EU-domstolen (jämför avsnitt 2 ovan).

I EU:s grundfördrag finns ingen definition av tjänster av allmänt intresse, utan det ankommer på medlemsstaterna själva att avgöra om en tjänst ska betraktas som en sådan. Detta innebär att en tjänst som anses vara av allmänt intresse i en medlemsstat inte behöver vara det i en annan medlemsstat. EU-domstolen har dock uppställt ett antal kriterier som ska vara uppfyllda för att en tjänst ska anses vara av allmänt intresse (allmännyttig).³⁶ Den ska:

- Vara betydelsefull för konsumenterna
- Vara öppen för alla konsumenter
- Tillhandahållas på likartade villkor

Utan tvekan kan begreppsbildningen kännas förvirrande. Ett annat centralt begrepp som länge varit betydelsefullt i medlemsstaterna är *public service*, det vill säga offentlig tjänst. Detta är ett begrepp som ur ett nationellt perspektiv kvalificerar vilka tjänster som är av allmänt intresse och därför viktiga att tillhandahålla. I jämförelse med detta

relaterar det begrepp som används i EU:s grundfördrag – tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – till vilka tjänster som är av allmänt intresse ur ett europeiskt perspektiv. Genom Lissabonfördragets ändringar infördes en ny rättslig grund för lagstiftning om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i EU:s grundfördrag (artikel 14 FEUF):

Artikel 14 FEUF

Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i fördraget om Europeiska unionen och artiklarna 93, 106 och 107 i det här fördraget och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, ska unionen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragets tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Europaparlamentet och rådet ska genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa dessa principer och villkor, utan att det påverkar medlemsstaternas befogenheter att i överensstämmelse med fördragen tillhandahålla, beställa och finansiera sådana tjänster.

Genom Lissabonfördraget fogades även ett nytt *Protokoll om tjänster av allmänt intresse* till EU:s grundfördrag. Detta protokoll är avsett att fungera som tolkningsbakgrund till artikel 14 FEUF och har följande lydelse:

Protokoll om tjänster av allmänt intresse

Artikel 1

Unionens gemensamma värden i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 14 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt inbegriper särskilt

- nationella, regionala och lokala myndigheters avgörande roll och stora handlingsutrymme när det gäller att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så nära användarnas behov som möjligt,
- mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till,
- en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.

Artikel 2

Bestämmelserna i fördragen ska inte på något sätt påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.

Tillsammans innebär artikel 14 FEUF och detta särskilda *Protokoll om tjänster av allmänt intresse* att både EU och medlemsstaterna förpliktat sig att sörja för att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kommer unionsmedborgarna till godo. Mot denna bakgrund finns det också anledning att inte

— De tjänster som bedrivs av idéburna organisationer utgör normalt sociala tjänster av allmänt intresse enligt punkt 2.

enbart betrakta sådana tjänster som tänkbara undantag till fördragsbestämmelserna om EU:s ekonomiska friheter och konkurrensregler, utan tvärtom som uttryck för grundläggande principer. Det är i detta sammanhang intressant att EU genom artikel 14 FEUF tilldelas en särskild befogenhet att anta lagstiftning om sådana ”principer och villkor” som ska ligga till grund för det sätt på vilket tjänster av allmänt ekonomiskt intresse utförs. Det kan slutligen noteras att medlemsstaterna själva ansvarar för tjänster av allmänt intresse som *inte är av ekonomisk art*, vilket sammanhänger med att de i princip inte omfattas av bestämmelserna i EU-fördragen (se avsnitt 2 ovan).

Till dessa tjänster hör uppenbarligen också underkategorin *sociala tjänster av allmänt intresse* (som också kan vara ekonomiska eller icke ekonomiska).³⁷ I kommissionens meddelande om sociala tjänster i allmänhetens intresse i EU från 2006³⁸ beskrivs två huvudgrupper av sociala tjänster av allmänt intresse:

1. Lagstadgade och kompletterande sociala trygghetssystem, organiserade på olika sätt (ömsesidiga eller arbetsrelaterade organisationer), som täcker de största riskerna i livet, såsom de som är relaterade till hälsa, åldrande, arbetsolyckor, arbetslöshet, pension och funktionshinder.
2. Andra viktiga tjänster som tillhandahålls direkt till individen. Dessa tjänster, som spelar en roll som förebyggande faktor och främjar den sociala sammanhållningen, består av anpassad hjälp för att underlätta social integration och

skydda grundläggande rättigheter. De består för det första av hjälp till personer som befinner sig i en svår livs- eller krissituation (t.ex. orsakad av skuldsättning, arbetslöshet, drogberoende eller skilsmässa). För det andra består de också av verksamhet för att se till att de berörda personerna åter kan integreras i samhället (rehabilitering, språkutbildning för invandrare) och framförallt på arbetsmarknaden (arbetsträning och återintegrering). Dessa tjänster är ett komplement och stöd för familjer, särskilt för att ta hand om de yngsta och äldsta samhällsmedborgarna. För det tredje ingår i dessa tjänster åtgärder som syftar till integration av personer med långvariga hälsoproblem eller funktionshinder. För det fjärde ingår också subventionerade bostäder för socialt svagare medborgare och grupper. I vissa tjänster kan givetvis alla dessa fyra dimensioner ingå.

De tjänster som bedrivs av idéburna organisationer utgör normalt sociala tjänster av allmänt intresse enligt punkt 2. Som tidigare påpekats är utgångspunkten att medlemsstaterna har en stor frihet i att kvalificera något som en tjänst av allmänt intresse, och kommissionen och domstolen begränsar sig till att kontrollera att medlemsstaterna inte gjort en uppenbart oriktig bedömning i detta hänseende.³⁹ Om det dessutom utgör en ”ekonomisk” tjänst är beroende av den diskussion som förts i avsnitt 2. Som tas upp under avsnitt 10 bör arbetet med kvinnojourer och hjälp till utsatta migranter och hemlösa betraktas som icke-ekonomiska tjänster, medan äldreomsorg och boende för flyktingungdomar utgör sociala tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, mot bakgrund av hur situationen i Sverige ser ut.

4 — FÖRBUDET MOT STATLIGT STÖD

En väl fungerande konkurrens inom EU skapar förutsättningar för att effektiva och innovativa företag belönas på ett adekvat och riktigt sätt och att konsumenter får ökad tillgång till varor och tjänster, bättre service och lägre priser. Om marknadskrafterna sätts ur spel kommer konkurrenskraften att minska vilket bl.a. medför risk för högre konsumentpriser, lägre kvalitet på varor och tjänster samt färre innovationer. I Funktionsfördraget finns därför bl.a. i artiklarna 107–109 bestämmelser om statligt stöd som ska säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

För att en ekonomisk överföring av något slag ska kunna kvalificeras som statligt stöd i EU-rättslig mening måste fyra villkor vara uppfyllda:

1. Det måste vara fråga om en selektiv ekonomisk förmån, dvs. ett visst företag eller viss produktion måste gynnas,
2. Förmånen måste finansieras direkt eller indirekt genom offentliga medel,
3. Förmånen måste snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen och
4. Förmånen måste påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Det bör observeras att stödet kan komma direkt från staten eller från regionala eller lokala organ inom landet. Det som betecknas ”statligt stöd” i Funktionsfördraget omfattar alltså allt offentligt stöd i vid bemärkelse. Stödet ska gynna ett visst företag eller viss produktion, men företaget i fråga kan vara en icke vinstdrivande organisation som förklarades under avsnitt 2. Det ska vidare framhållas att de båda villkoren att stödet ska snedvrída konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna är i regel oskiljaktigt sammanbundna.⁴⁰ Villkoren är inte uppfyllda om endast handeln inom en medlemsstat påverkas eller då företagets verksamhet sker utanför EU:s gränser. Europeiska kommissionen, som i detta fall är ansvarig övervakningsmyndighet inom EU, är dock inte skyldig att visa ett stöds faktiska inverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. I praktiken krävs det inte mycket för att villkoren ska anses uppfyllda. Enligt fast rättspraxis utesluter t.ex. inte *a priori* det förhållandet att ett stöd är av relativt ringa betydelse eller att det mottagande företaget är relativt litet att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas.⁴¹ Även till synes lokala förhållanden kan sålunda omfattas. Av praktiska skäl har dock vissa schablonbestämmelser utfärdats. Stöd förutsätts inte påverka handeln inom EU om det omfattas av de s.k. *de minimis*-bestämmelserna. Enligt förordning 1407/2013⁴² om stöd av mindre betydelse rör det sig om stöd som understiger 200 000 euro under en period av tre år (inom vägtransportsektorn är motsvarande belopp 100 000 euro). För tjänster av allmänt ekonomiskt intresse gäller särskilda regler som tas upp längre fram.

Av störst intresse i förevarande sammanhang är emellertid att diskutera om förmånliga villkor för statliga företag (i jämförelse med privata företag) kan utgöra en selektiv ekonomisk förmån. För att kontrollera om stöd utgör en ekonomisk förmån



används ofta *principen om den marknadsekonomiska investeraren*.⁴³ För att bedöma om åtgärden har karaktären av ett stöd, provas därför vanligtvis om en privat aktör som till sin storlek är jämförbar med en statlig aktör skulle ha vidtagit åtgärden i fråga på samma villkor. Om staten agerat annorlunda och gett ett företag förmånligare villkor än de som råder på marknaden, t.ex. lägre ränta, är skillnaden mellan marknadsräntan och den ränta som faktiskt erläggs att betrakta som statligt stöd.

5 — UNDANTAG ENLIGT STATSSTÖDSREGLERNA

Det följer av artikel 107.2 FEUF att vissa stöd är automatiskt förenliga med den inre marknaden. Det rör sig om:

- a. Stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung,
- b. Stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser,
- c. Stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning i den utsträckning

stödet är nödvändigt för att uppväga de ekonomiska nackdelar som uppkommit genom denna delning.

Enligt tredje stycket i artikel 107 FEUF (som är av större intresse i detta sammanhang) *kan* vissa stöd anses som förenliga med den inre marknaden om de uppfyller särskilda syften. Det kan röra sig om:

- a. Stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning,
- b. Stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi,
- c) Stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,
- d) Stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom gemenskapen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

- e) Stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut.

Vid prövningen om villkoren i artikel 107.3 FEUF är uppfyllda har kommissionen ett utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom ekonomiska och sociala bedömningar måste göras i ett EU-rättsligt sammanhang.⁴⁴ Kommissionen prövar om villkoren är uppfyllda enligt ett särskilt förfarande som föreskrivs i artikel 108 FEUF och i förordning nr 659/09⁴⁵, vilket berörs längre fram.

Kommissionen har vidare behörighet att meddela s.k. *gruppundantag* enligt förordning nr 994/98.⁴⁶ Det innebär att vissa kategorier av stöd kvalificeras som förenliga med den inre marknaden och inte behöver anmälas. Mot denna bakgrund har kommissionen utfärdat förordning 651/2014 som innehåller ett stort antal gruppundantag.⁴⁷ Enligt denna utgör stöd för följande ändamål godtagbara stödskategorier (men inom varje kategori finns specifika villkor):

- Avsnitt 1 – Regionalstöd
- Avsnitt 2 – Stöd till små och medelstora företag
- Avsnitt 3 – Stöd för små och medelstora företags tillgång till finansiering
- Avsnitt 4 – Stöd till forskning, utveckling och innovation
- Avsnitt 5 – Stöd till utbildning
- Avsnitt 6 – Stöd för arbetstagare med sämre förutsättningar och arbetstagare med funktionshinder
- Avsnitt 7 – Stöd till miljöskydd
- Avsnitt 8 – Stöd för att avhjälpa skador som orsakats av vissa naturkatastrofer
- Avsnitt 9 – Socialt stöd för transport för personer bosatta i avlägsna områden
- Avsnitt 10 – Stöd till bredbandsinfrastruktur
- Avsnitt 11 – Stöd till kultur och bevarande av kulturarvet
- Avsnitt 12 – Stöd till idrottsinfrastruktur och multifunktionell rekreativinfrastruktur
- Avsnitt 13 – Stöd till lokal infrastruktur

Om avsikten är att bevilja stöd enligt gruppundantagsförordningens principer, ska inom 20 arbetsdagar från ikraftträdandet av en stödordning eller från beviljandet av ett stöd för ett särskilt ändamål till kommissionen på elektronisk väg överlämnas

en sammanfattning av uppgifterna om stödåtgärden. Kommissionen offentliggör sammanfattningarna i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Texten om stödåtgärden ska dessutom offentliggöras på internet.

6 — PROCESSUELLA REGLER RÖRANDE STATLIGT STÖD

6.1 Anmälningsskyldigheten

Den EU-rättsliga regleringen av statligt stöd grundas som nämnts på ett system med förhandsgranskning, vilket gör det möjligt för kommissionen att avgöra om de stöd som medlemsstaterna avser bevilja kan omfattas av de undantag som anges i artikel 107.2 FEUF och 107.3 FEUF. Alla åtgärder som omfattas av den vida definitionen av statligt stöd ska anmälas till kommissionen enligt artikel 108 FEUF. Redan i mål 6/64, *Costa mot Enel*, fastställde EU-domstolen att förbudet för medlemsstaterna att verkställa statsstöd som inte har anmälts till kommissionen i nuvarande 108.3 FEUF har *direkt effekt* och att artikeln ger upphov till rättigheter till förmån för enskilda som nationella domstolar är skyldiga att skydda.⁴⁸ De som ska skyddas är här konkurrenter till de företag som fått otillåtet stöd. Innebörden av detta utvecklades sedan i målet *Lorenz*,⁴⁹ där EU-domstolen underströk att den direkta effekten av förbudet omfattar allt stöd som har genomförts utan underrättelse. En medlemsstat är sålunda skyldig att avvakta resultatet av kommissionens inledande undersökning av om åtgärden är förenlig med den inre marknaden. Det finns därför ett förbud mot varje stöd som genomförs utan föregående anmälan (stand still-skyldighet eller genomförandeförbud).

Nationella domstolarna är därför skyldiga att på eget initiativ eller på begäran av tredje part säkerställa att anmälningsskyldigheten efterlevs om de bedömer att det är fråga om ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.⁵⁰ Detta innebär att en nationell domstol har anledning att tolka begreppet statligt stöd i artikel 107 FEUF när den ska bedöma om en vidtagen statlig åtgärd borde ha anmälts enligt 108.3 FEUF.⁵¹ Om den nationella domstolen är tveksam till om den ifrågavarande åtgärden kan betecknas som statligt stöd, kan den be kommissionen om upplysningar på denna punkt⁵² eller begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Den nationella domstolen kan dock inte uttala sig om huruvida stödåtgärderna är förenliga med den inre marknaden (artikel 107.2 och 107.3 FEUF), eftersom kommissionen, med förbehåll för Tribunalens och EU-domstolens prövningsrätt, ensam är behörig att avgöra detta.⁵³

6.2 Nya och befintliga stöd

Anmälningsskyldigheten omfattar sålunda alla nya stöd, men inte s.k. *befintligt stöd*, dvs. stöd som redan var genomfört när EU-fördragen trädde i kraft i den berörda medlemsstaten. För Sveriges del avses de stöd som den svenska regeringen informerade kommissionen om per den 30 juni 1995.⁵⁴ I praktiken skulle dock sådan information lämnas redan inför EES-avtalets ikraftträdande 1994, eftersom motsvarande statsstödsregler finns i detta avtal. Därtill kommer emellertid att en allmän preskriptionstid på 10 år gäller för möjligheten att återkräva oanmält stöd.⁵⁵ Stöd för vilket preskriptionstiden har löpt ut ska betraktas som befintligt stöd.⁵⁶ Kommissionen ska fortlöpande granska även befintliga stöd och kan därför komma fram till att de inte längre får utbetalas.⁵⁷ Någon retroaktiv återbetalning kan det dock inte bli fråga om i dessa fall.

6.3 Det processuella förfarandet

Det processuella förfarandet för anmälan och granskning av stöd var länge förhållandevis reglerat i EU-rätten. Fram till år 1999 fanns tillämpningsbestämmelserna till nuvarande artikel 108 FEUF endast i ett antal kommissionsmeddelanden samt i praxis från EU-domstolen och Tribunalen (dåvarande förstainstansrätten). Procedurbestämmelserna för statligt stöd återfinns emellertid numera i den tidigare nämnda förordningen 659/1999.⁵⁸ Dessutom har kommissionen med stöd av artikel 27 i denna förordning antagit förordning (EG) nr 794/2004 av den 21 april 2004 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 659/1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (nu artikel 108 FEUF).⁵⁹ Förordning 794/2004 innehåller tillämpningsföreskrifter angående anmälningar, årliga rapporter, tidsfrister och räntesatser.

I förordning nr 659/1999 definieras statligt stöd som; befintligt stöd, nytt stöd, olagligt stöd och missbruk av stöd.

Alla planer på att bevilja nytt stöd ska anmälas i god tid till kommissionen av den berörda medlemsstaten. Eftersom statligt stöd definieras enligt de villkor som uppställs i artikel 107.1 FEUF ska även stöd som en medlemsstat anser är förenligt med den inre marknaden enligt artiklarna 108.2 och 108.3 FEUF anmälas.⁶⁰

Kommissionen ska omgående underrätta den berörda medlemsstaten om att den har mottagit en anmälan.⁶¹ Därefter ska kommissionen inom två månader utföra en preliminär granskning av det eventuella stödet. Om kommissionen, efter att ha underrättats av en medlemsstat om planer att bevilja eller att ändra stöd, underlåter att inleda det kontradiktoriska förfarandet får denna stat efter

två månader (vid utgången av en tidsfrist som är tillräcklig för att genomföra en inledande undersökning av planen) verkställa det planerade stödet under förutsättning att den dessförinnan har underrättat kommissionen om detta. Stödåtgärder som därefter genomförs omfattas av systemet för befintligt stöd.⁶² Om kravet på underrättelse inte har uppfyllts omfattas inte stödåtgärden i fråga av reglerna för befintligt stöd.⁶³

6.4 Återbetalning

Anmälningsskyldigt stöd som beviljas utan föregående anmälan eller som utbetalas innan granskningsförfarandet har avslutats är *olagligt*. Skulle kommissionen finna att en stödåtgärd inte omfattas av något undantag, blir konsekvensen att den fattar ett negativt beslut med retroaktiv verkan, varvid stödbeloppet ska återbetalas med ränta. När kommissionen fattar ett sådant beslut anmodas den berörda medlemsstaten att vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren,⁶⁴ såvida inte preskriptionstiden på 10 år har löpt ut.⁶⁵ Stöd för vilket preskriptionstiden har löpt ut ska som framgått betraktas som befintligt stöd.⁶⁶ Kommissionen kan även, i avvaktan på att dess granskning blir färdig, fatta ett preliminärt beslut om att en medlemsstat omedelbart ska inställa utbetalningen eller återkräva ett icke anmält stöd.⁶⁷

I avsaknad av EU-rättsliga bestämmelser på området ska stöd som förklarats oförenligt med den inre marknaden återkrävas enligt de förfaranden som föreskrivs i nationell rätt under förutsättning att dessa förfaranden inte medför att det i praktiken är omöjligt att verkställa återbetalningen.⁶⁸ I Sverige har mot denna bakgrund lagen (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler införts. Denna avser att underlätta återbetalning av stöd som är oförenligt med EU:s regler.

Skyldigheten för medlemsstaten att upphäva ett stöd som kommissionen anser är oförenligt med den inre marknaden syftar till att återställa den situation som förelåg innan stödet gavs. Detta syfte uppnås genom att stödet i fråga, i förekommande fall jämte dröjsmålsränta, återbetalas av mottagaren. Genom denna återbetalning förlorar mottagaren de fördelar denne åtnjöt på marknaden i förhållande till sina konkurrenter och den situation som förelåg före utbetalningen av stödet är återställd.⁶⁹

Kravet på återbetalning kan få allvarliga konsekvenser för det företag som mottagit det rättsstridiga stödet och medföra att företaget går i konkurs. Det reses därför ofta invändningar mot återbetalning när beslut härom ska verkställas på nationell nivå. EU-domstolen har dock intagit en mycket restriktiv attityd till möjligheten att undslippa återbetalning. Den har erinrat om att de företag som mottar stöd

i princip inte kan ha berättigade förväntningar på att stödet är rättsenligt, såvida det inte har beviljats i enlighet med förfarandet i nämnda artikel.⁷⁰ Endast vid exceptionella omständigheter kan ett företag ha berättigade förväntningar på att stödet är lagenligt och av detta skäl motsätta sig att återbetala det. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva dessa omständigheter, i förekommande fall efter att ha ställt tolkningsfrågor till domstolen.⁷¹

6.5 Missbruk av stöd

Missbruk av stöd innebär att stödmottagaren har vidtagit en åtgärd i strid med ett beslut varigenom ett stöd har förklarats förenligt med den inre marknaden.⁷² När kommissionen har fattat ett beslut om att missbruk av stöd föreligger har den möjlighet att kräva återbetalning av stödet.⁷³

7 — TJÄNSTER AV ALLMÄNT EKONOMISKT INTRESSE OCH STATLIGT STÖD

Något som potentiellt kan ha stor betydelse för idéburna organisationer i förhållande till statsstödsreglerna är EU:s ovannämnda regelverk för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen har i ett *meddelande om tillämpning av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*⁷⁴ förklarat, som antytts ovan, att begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är ett föränderligt begrepp som bland annat beror på medborgarnas behov, den tekniska utvecklingen och marknadsutvecklingen samt sociala och politiska preferenser i den berörda medlemsstaten. Kommissionen påpekar att i avsaknad av särskilda unionsbestämmelser som fastställer räckvidden för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har medlemsstaterna stor handlingsfrihet när det gäller att definiera en viss tjänst som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen anser dock att de tjänster som ska klassificeras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse måste vara riktade till medborgarna eller ligga i hela samhällets intresse.

I rättspraxis har villkoren för att bevilja ersättning för tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse utvecklats successivt. I det betydelsefulla målet *Altmark*⁷⁵ var frågan om bussbolaget Altmark Trans kunde erhålla ett offentligt bidrag för att bedriva linjetrafik i den tyska regionen Landkreis Stendal utan att detta betraktades som statligt stöd i EU-rättslig mening. Domstolen påpekade att det krävdes att företaget i fråga gynnades ekonomiskt och fick en mer fördelaktig konkurrensställning än

konkurrerande företag för att ersättningen skulle betraktas som statligt stöd. Det var inte uteslutet att den aktuella linjetrafiken var så pass olönsam att den inte kunde bedrivas under normala konkurrensvillkor och att ett offentligt bidrag därmed kunde vara berättigat. EU-domstolen ställde dock upp ett antal villkor för att kontrollera att så verkligen var fallet. *För det första* skulle företaget i fråga ha ålagts en skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och denna skyldighet skulle vara klart definierad. *För det andra* skulle de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknades vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt. *För det tredje* fick ersättningen inte överstiga vad som krävdes för att täcka hela eller delar av de kostnader som hade uppkommit i samband med skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid hade erhållits och till en rimlig vinst på grundval av fullgörandet av denna skyldighet. *För det fjärde* skulle, i frånvaro av ett offentligt upphandlingsförfarande, storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag normalt skulle ha haft med tillägg för en rimlig vinst.

Ersättning som ges till företag som utför allmännyttiga tjänster är, om alla villkor i Altmarkdomen är uppfyllda, inte att betrakta som statligt stöd. Ersättning utgör dock statligt stöd om den t. ex. utgör överkompensation, dvs. den överstiger de

— Något som potentiellt kan ha stor betydelse för idéburna organisationer i förhållande till statsstödsreglerna är EU:s ovannämnda regelverk för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

kostnader som företaget ådrar sig i utförandet av den allmännyttiga tjänsten. Kommissionen har emellertid i en *förordning om stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*⁷⁶ föreskrivit villkor enligt vilka försumbart stöd till företag som tillhandahåller tjänster av allmänt intresse inte ska anses utgöra statligt stöd. Med försumbart stöd anses ett belopp som *inte överstiger 500 000 euro per företag under en treårsperiod*.

Om varken kriterierna i denna förordning eller kriterierna från Altmarkdomen är uppfyllda utgör

— Ett steg i att förenkla för offentliga aktörer att ingå olika partnerskap med idéburna organisationer är, såsom Civilsamhällesutredningen föreslår, att undanta upphandlingar av välfärdstjänster understigande tröskelvärdet om 750 000 euro från upphandlingsreglerna och att införa regler om reserverade kontrakt.

ersättningen statligt stöd som i princip ska anmälas till och godkännas av kommissionen. Kommissionen har emellertid möjlighet att med stöd av artikel 106 i Funktionsfördraget förklara att ett stöd är förenligt med den inre marknaden. Kommissionen har publicerat ett *beslut* (särskild form av gruppundantag) avseende stöd upp till 15 miljoner euro per år och vissa utpekade sektorer oavsett stödets omfattning.⁷⁷ Om villkoren i beslutet uppfylls anses stödet vara förenligt med den inre marknaden och någon förhandsanmälan behövs inte. Övriga stöd måste förhandsanmälas till kommissionen och bedöms istället i första hand enligt kommissionens *rambestämmelser* på området.⁷⁸

8 — EU:S UPPHANDLINGSREGLER

Reglerna om offentlig upphandling⁷⁹ syftar till god hushållning med samhällets resurser, rättvisa konkurrensvillkor och fri rörlighet för varor och tjänster mellan EU:s medlemsländer. Utifrån ett lokalt perspektiv kan det i högsta grad uppfattas som rationellt och rimligt för t.ex. en kommun att göra inköp från ett företag med verksamhet på orten trots att detta företag inte tillhandahåller det ekonomiskt mest lönsamma anbudet. Ett skäl till det kan vara att lokala företaget skapar sysselsättning och genererar skatteintäkter som kommer kommunen till godo. Det som är individuellt rationellt för en enskild kommun är emellertid inte nödvändigtvis rationellt för kollektivet av kommuner. Alla kommuner skulle, i varje fall genomsnittligt sett, tjäna på att komma överens om regler som förbjuder lokal favorisering.⁸⁰ Vid en upphandling kan upphandlaren visserligen tvingas fatta ett beslut som i det enskilda fallet inte är gynnsamt för den egna kommunen, men i gengäld kan kommunens företagare räkna med att inte missgynnas när andra kommuner genomför upphandlingar. Kommuninvånarna är i regel också betjänta av lägre priser. Detta synsätt präglar även EU:s regelverk för offentlig upphandling.⁸¹ Men det handlar då om att utsträcka resonemanget till att omfatta hela EU:s inre marknad. Vid förverkligandet av 1992 års inre marknadsprogram uppmärksammades mot denna bakgrund offentlig upphandling särskilt. Det påpekades att offentlig upphandling utgjorde en betydande del av BNP och fortfarande präglades av offentliga myndigheters benägenhet att hålla sina kontrakt inom det egna landet. Tanken var att konkurrensutsätta offentliga marknader i hela EU. Den övergripande målsättningen var att principerna om transparens, icke-diskriminering och objektivitet ska respekteras vid tilldelning av kontrakt som härrörde från den offentliga sektorn.

Det ankommer naturligtvis på en kommun,

eller annan upphandlande myndighet, att själv bestämna om en verksamhet ska anordnas i egen regi eller om en tredje part ska anlitas (uppdraget läggs ut på entreprenad). Bestämmelserna om offentlig upphandling aktualiseras först när en offentlig myndighet beslutar att anlita en tredje part för att utföra uppdraget mot ersättning. Det som komplicerar möjligheten till offentlig samverkan är att det inte har någon betydelse om den tredje parten

— Aktörer inom idéburen sektor har verksamhetsidéer som i stor utsträckning uppstått utifrån brukarnas behov och de har flera mål med sitt företagande; samhällliga, sociala och ekonomiska.

är en privat vinstdrivande aktör eller en ideell organisation. Utgångspunkten är att upphandlingsreglerna aktualiseras även när en offentlig myndighet avser att ingå avtal med en ideell organisation. Anledningen härtill är att det måste *säkerställas att det inte finns* andra privata aktörer som är redo att utföra uppdraget på förmånligare villkor än som följer av det tänkta avtalet. En förutsättning för att upphandlingsreglerna ska gälla är dock att den verksamhet det är fråga om kvalificeras som ”ekonomisk”. Därutöver ställs mindre långtgående krav på upphandling när det gäller sociala tjänster av allmänt intresse.⁸² I avsnitten 8.1-8.4 redogörs för några av de förenklningar som kan göras vad avser upphandlingar av välfärdstjänster när direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) ska implementeras i nationell rätt (möjligheten att ingå partnerskap utan upphandling berörs i Del III).

8.1 Idéburen sektor och offentlig upphandling

Aktörer inom idéburen sektor har verksamhetsidéer som i stor utsträckning uppstått utifrån brukarnas behov och de har flera mål med sitt företagande; samhällliga, sociala och ekonomiska. De utgör en outnyttjad resurs när det gäller att leverera till offentlig sektor. Detta beror på att de behov som dessa aktörer identifierat inte alltid upplevs lika prioriterade från förvaltningarna som från brukarna.

Ett annat skäl är att kommunerna generellt inte ”räknar med” med den sociala ekonomins organisationer när de t.ex. planerar utbyggnad av äldreomsorg.⁸³

Vid offentlig upphandling har dessa mindre aktörer små möjligheter att vara med och konkurrera vid anbudsgivning då upphandlingar ofta är anpassade för stora aktörer med finansiella muskler. Frånvaron av offentliga upphandlingar med sociala hänsyn som möjliggör konkurrens på lika villkor innebär att samhället ”går miste” om de sociala och samhällseliga värden som de idéburna organisationerna skulle kunna leverera. Ett större utbud av de idéburna organisationer som agerar på marknaden skulle kunna vara en del i att klara av framtidens välfärdsproduktion (se även avsnitt 9.1 beträffande sektorn för äldreomsorg). Det innebär också att snävt utformade upphandlingar, där enbart några få stora företag kommer ifråga som leverantörer, inte sker i optimal konkurrens. I förlängningen minskar den enskilde brukarens valfrihet när valet begränsas till ett fåtal stora aktörer som dominerar marknaden. Det är i sammanhanget viktigt att påpeka att upphandling på lika villkor inte handlar om att gynna en associationsform före en annan, snarare tvärtom. För att alla aktörer – små som stora, kommersiella som sociala – ska ha någorlunda lika förutsättningar, bör insatser göras som skapar en likvärdig möjlighet även för de aktörer som inte har stor finansiell och administrativ kapacitet att vara med och lämna anbud i ett upphandlingsförande.

8.2 Implementeringen av EU:s nya upphandlingsdirektiv

År 2014 antog EU tre nya upphandlingsdirektiv; tjänstekoncessionsdirektivet (2014/23/EU), LOU-direktivet (2014/24/EU) och LUF-direktivet (2014/25/EU).⁸⁴ Regeringen tillsatte 2012 en statlig utredning med uppgift att undersöka hur direktiven på bästa sätt skall implementeras i svensk rätt (Genomförandeutredningen). Upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (hädanefter ”välfärdstjänster”) regleras numera i LOU-direktivets avdelning III ”Särskilda upphandlingssystem”. I det följande redogörs enbart för LOU-direktivet och de regler som berör upphandling av välfärdstjänster.

Vad avser de nya reglerna om välfärdstjänster lämnade Genomförandeutredningen inga särskilda förslag om hur den kommande upphandlingslagstiftningen skulle kunna förenklas för att möjliggöra för fler aktörer, såsom idéburna organisationer, att delta i välfärdsproduktionen. Mot bakgrund av civilsamhällets allt större roll i organiseringen av välfärden och i takt med att IOP

har kommit att bli ett allt större samhällsfenomenon gavs såväl Civilsamhällesutredningen (U 2014:04), som tillsattes under 2014, och Välfärdsutredningen (Fi 2015:01), som tillsattes under 2015, i uppdrag att undersöka hur regelverket för upphandling av välfärdstjänster kan förenklas.

I sammanhanget ska noteras att i början av 2010 antogs Europa 2020-strategin mot bakgrund av den värsta globala finanskris som EU någonsin drabbats av. Strategin byggde på Lissabonstrategin för tillväxt och sysselsättning som inleddes 2000, lades om 2005 och löpte till 2010. I grundmedlandet sades det uttryckligen att den ”viktigaste prioriteringen på kort sikt är att ta oss ur krisen”, men för ”att bygga en hållbar framtid” måste EU ta itu med sina strukturproblem och ”lyfta blicken”. Målet var att ”komma stärkta ur krisen och omvandla EU till en smart och hållbar ekonomi för alla, med hög sysselsättning, produktivitet och social sammanhållning”.⁸⁵ Vidare ska även poängteras att de tidigare upphandlingsdirektiven, som utgör grunden till den nuvarande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), reviderades i ljuset av finanskrisen 2008 då miljontals människor inom EU hamnade i arbetslöshet.

I kommissionens vägledning om socialt ansvarsfull upphandling framhålls det att offentlig upphandling är, under förutsättningen att de unionsrättsliga principerna följs, ett kraftfullt verktyg för att uppnå EU:s och medlemsstaternas mål på det sociala området och främja hållbar utveckling.⁸⁶ Europa 2020-strategin uppställer en vision där en konkurrenskraftig social marknadsekonomi i

— Viktigaste prioriteringen på kort sikt är att ta oss ur krisen.

Europa under nästa årtionde bygger på prioriteringar om att b.l.a. stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning.⁸⁷

Genom att perspektivet på EU:s inre marknad utvecklas påverkas följaktligen synen och tolkningsutrymmet kring det upphandlingsrättsliga regelverket. EU:s kompetens är närmast exklusiv när det kommer till den ekonomiska politiken och marknaden, men vad beträffar socialpolitik i allmänhet och omfördelningsåtgärder i synnerhet saknar EU i princip regleringskompetens. Det är mot den bakgrunden som den offentliga upphandlingen kan fungera som ett lämpligt instrument för att uppnå unionens vision och icke-ekonomiska målsättningar på det socialpolitiska området.⁸⁸



8.3 Upphandling av välfärdstjänster och hinder för den idéburna sektorn

I det nya LOU-direktivet regleras upphandling av välfärdstjänster i artiklarna 74-77. Dessa artiklar i LOU-direktivet reglerar upphandling av välfärdstjänster överstigande det av LOU-direktivet fastställda tröskelvärdet om 750 000 euro exkl. mervärdesskatt. Detta innebär att LOU-direktivets regler tillämpas enbart på upphandlingar som överstiger nyss nämnda tröskelvärde. För upphandlingar som understiger tröskelvärdet gäller direktivet inte alls.

En av de bakomliggande tankarna med offentliga upphandlingar är att låta medborgarna få ta del av ett varierat utbud av varor och tjänster där flera företag, av olika storlek och med olika inriktning, kan konkurrera på likvärdiga villkor. Vidare är ”best value for money” en bärande princip, dvs. att offentliga aktörer ska säkerställa att våra skattemedel ska användas på bästa möjliga sätt. Inom den offentliga sektorn har det blivit allt vanligare med stora upphandlingar och nationella ramavtal som regionala myndigheter kan göra avrop från. Denna typ av upphandlingar ställer generellt sett högre krav vad avser såväl anbudsgivarens ekonomiska förmåga som anbudsgivarens personella resurser och erfarenhet. Kraven är lika för alla, vilket ligger

i linje med likabehandlingsprincipen, men det innebär också att många mindre och lokala leverantörer, inte minst idéburna organisationer, har svårt att konkurrera med de stora leverantörerna. På sikt kan detta leda till att flertalet idéburna organisationer, bl.a. inom den sociala sektorn, försvinner. Därtill är upphandlingsprocessen i sig komplicerad och ställer höga krav på snabbhet och kunnighet i att lägga anbud.

Upphandlingslagstiftningen är en mycket formalistisk lagstiftning och ett misstag i upphandlingen, exempelvis att ett skall-krav inte har iakttagits, innebär att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att diskvalificera hela anbudet. De formella kraven innebär med andra ord att det är lätt att göra misstag vid upphandlingar. Mindre organisationer har inte samma förutsättningar att avsätta resurser för anbudsgivning som större organisationer, vilket osökt leder till att vissa leverantörer slås ut ur upphandlingen eller väljer att inte lägga anbud över huvud taget.

De främsta hindren för deltagandet i upphandlingar för idéburna organisationer och andra mindre aktörer handlar framförallt om:

- Kostnaden för att ta fram anbud,
- Den korta tid som leverantörerna får på sig att ta fram anbud,

- De krav som ställs på leverantörerna,
- Ett upphandlingsregelverk som inte tar inte hänsyn till den kontinuitet som behövs för tillhandahållandet av välfärdstjänster,
- Att olika upphandlande myndigheter använder olika utvärderingsmodeller,
- Att anbud kan bli underkända av formella skäl som inte har betydelse för den tjänst (eller vara) som ska upphandlas,
- Att leverantörerna blir bundna av de anbud som läggs, vilket kan medföra att de tvingas binda upp resurser under lång tid utan att vara säkra på att få ett kontrakt.

8.4 Vad kan göras för att förenkla LOU-regelverket för upphandling av välfärdstjänster?

8.4.1 Upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet ska inte omfattas av LOU

Ett steg i att förenkla för offentliga aktörer att ingå olika partnerskap med idéburna organisationer är, såsom Civilsamhällesutredningen föreslår, att undanta upphandlingar av välfärdstjänster understigande tröskelvärdet om 750 000 euro från upphandlingsreglerna och att införa regler om reserverade kontrakt (mer om reserverade kontrakt i avsnitt 8.4.2).⁸⁹ LOU upplevs som krånglig och svårtillgänglig, vilket bland annat bekräftas av att antalet överprövningsprocesser har ökat markant de senaste åren. År 2007 inkom ca 1 100 ansökningar om överprövningar till förvaltningsrätterna medan motsvarande siffra för 2014 var ca 3 500.⁹⁰ Trenden i Sverige under senare år visar alltså på ökande tillströmning av upphandlingsmål. Även mot denna bakgrund framstår det som tydligt att det finns ett behov av ett förenklat regelverk för upphandling av välfärdstjänster.

Enligt Civilsamhällesutredningen är syftet med det föreslagna undantaget att förenkla för det offentliga att stärka samarbetet med den idéburna sektorn.⁹¹ Införandet av ett sådant undantag kommer naturligtvis att skapa större möjligheter för det offentliga att ingå partnerskap med den idéburna sektor enligt modellen IOP. Vidare rör det sig fortfarande om ett relativt begränsat belopp i jämförelse med kontrakt för upphandlingar av äldreomsorgsverksamhet.

Särskilt om att bestämma värdet på ett kontrakt för välfärdstjänster

Att undanta upphandlingar av välfärdstjänster, vars kontraktsvärde understiger 750 000 euro, från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde,

aktualiserar frågan om hur kontraktsvärdet ska bestämmas. Principer för detta finns i artikel 5 i LOU-direktivet. Utgångspunkten är att kontraktsvärdet är den totala ersättning exkl. mervärdesskatt som kan uppskattas utgå till leverantören enligt kontraktet under avtalstiden, varvid optioner av olika slag ska bedömas som om de utnyttjas (art 5.1 i LOU-direktivet, jfr 3 kap. 3 § LOU). Vidare gäller enligt etablerad rättspraxis att en upphandlande myndighet inte får dela upp en planerad anskaffning i syfte att hamna under regelverkets tröskelvärden (art 5.3 i LOU-direktivet, jfr 3 kap. 5 § LOU). Detta påbjuder med andra ord en ”genomlysning” av den upphandlande myndighetens kontraktsvärdesberäkning och utformningen av enskilda kontrakt. Ytterligare en viktig värdeberäkningsprincip gäller för behov av varu- eller tjänstekontrakt som *regelbundet återkommer*. För sådana behov gäller att det totala värdet av

— Kraven är lika för alla, vilket ligger i linje med likabehandlingsprincipen, men det innebär också att många mindre och lokala leverantörer, inte minst idéburna organisationer, har svårt att konkurrera med de stora leverantörerna.

”alla liknande kontrakt” över räkenskapsåret ska slås ihop (art 5.11 i LOU-direktivet). Denna reglering påminner om den som gäller enligt 15 kap. 3 a § LOU och som innebär att ”direktupphandlingar av samma slag” ska räknas samman.

För tjänstekontrakt gäller ofta ett linjärt samband mellan kontraktets löptid och värde. Ett fyra-årskontrakt har typiskt sett ett fyra gånger så högt kontraktsvärde som ett ettårskontrakt. Tydligt är därför att en upphandlande myndighets val av avtalslängd för specifika kontrakt kan få betydelse för möjligheten att använda ett undantag för välfärdstjänster för kontraktsvärden understigande 750 000 euro. Det kommer sannolikt i många fall att bli utmanande för upphandlande myndigheter att i det enskilda fallet avgöra hur en korrekt kontraktsvärdesberäkning ska göras. EU-domstolens rättspraxis ger viss vägledning, men det kan noteras att den i huvudsak avser avgränsningen av en byggentreprenad ur kontraktvärdessynpunkt. De frågor som uppstår i sammanhanget tjänsteupphandlingar är delvis av ett annat slag. Det är dock

rimligt att förvänta sig att svensk domstolspraxis tids nog växer fram i frågorna, på samma sätt som innebörden av ”direktupphandlingar av samma slag” i 15 kap. 3 a § LOU numera har belysts genom ett antal svenska kammarrättsavgöranden.

Följande exempel kan illustrera de frågor som uppkommer. Anta att en upphandlande myndighet under januari månad önskar ingå ett avtal om utförandet av vissa välfärdstjänster, för en avtalstid om ett år. Om den upphandlande myndigheten redan vid denna tidpunkt kan förutse ett behov av att ingå liknande kontrakt senare under året, ligger det nära till hands att bedöma att en sammanräkning av samtliga kontrakt måste ske redan inför inköpet i januari. Exemplet kan varieras på det sättet att det under sommaren inträffar omständigheter som gör att ett nytt behov, jämfört med den bedömning som gjordes i januari, uppstår till hösten. Såvitt gäller januari-kontraktet blir det då relevant att fråga sig om den upphandlande myndigheten, redan i januari, borde ha förutsett detta nya behov. Om behovet borde ha förutsetts redan i januari, var januari-bedömningen inte tillräckligt noggrann. Januari-kontraktet kan då vara en otillåten direktupphandling, om det sammanlagda kontraktsvärdet vid en korrekt januari-bedömning överstiger beloppsgränsen. När det gäller kontraktsvärdesberäkningen inför inköpet till hösten, krävs troligen i normalfallet en sammanläggning av januari-kontraktet och höst-kontraktet inför ingåendet av höst-kontraktet, *även om* höst-kontraktet är ett nytt behov relativt januari-inköpet. En upphandlande myndighet måste således, inför varje kontrakt, i viss mån blicka både framåt och bakåt.

När det gäller frågan om avtalstider för enskilda kontrakt, kan svåra bedömningsfrågor uppkomma. Självklart är att avtalstiden inte får bestämmas utifrån en önskan att hamna under en beloppsgräns. Utmaningar uppstår dock när verksamhetsrelaterade skäl av något slag utgör motiv för en viss (kort) avtalstid. Som har konstaterats ovan kan ett sådant ställningstagande få en mycket påtaglig påverkan på kontraktsvärdet, och därmed för valet av upphandlingsförfarande. I denna del får det således göras en nyanserad helhetsbedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Om en upphandlande myndighet ”anklagas” för att ha utformat ett visst kontrakt i syfte att komma åt en beloppsstyrd undantagsregel, får en långtgående förklaringsbördas antas inträda för den upphandlande myndigheten att redovisa sina skäl för det valda upplägget.

8.4.2 Reserverade kontrakt

Såsom framgår ovan har Civilsamhällesutredningen föreslagit att LOU-direktivets regler om reserverade kontrakt (artikel 77) för icke-vinstdrivande

organisationer bör införas i svensk rätt. Genom införandet av en sådan reglering ges ytterligare ett instrument för att stärka civilsamhällets roll i välfärdsproduktionen. Rent konkret innebär regelverket att medlemsstaterna ges möjlighet att begränsa deltagandet i vissa upphandlingar för organisationer inom den sociala sektorn där vinsterna återinvesteras i den egna verksamheten. De områden som omfattas av denna reglering är tjänster inom hälso- och sjukvård, sociala tjänster och kulturella tjänster. För att en organisation som inte drivs i vinstsyfte ska kunna tilldelas kontrakt som avses i artikel 77 ska organisationen i fråga utföra offentliga uppdrag som är kopplade till de aktuella tjänsterna, återinvestera sina vinster och ha en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande, eller som kräver aktivt deltagande av personal användare eller berörda parter. Vidare får organisationen inte ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten av den upphandlande myndigheten under de senaste tre åren och löptiden för kontrakten får inte överstiga tre år. Det sistnämnda kravet kan tyckas vara begränsande till sin natur eftersom de flesta välfärdstjänster kräver kontinuitet och längre avtalstider. Här finns dock ingen begränsning innebärande att upphandlingen ska vara under ett visst tröskelvärde. Trots den relativt begränsade treårsregeln öppnas möjligheter för tecknande av kontrakt som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro. Införandet av artikel 77 kan, såsom Civilsamhällesutredningen påpekar, innebära en möjlighet för en organisation utan vinstsyfte att etablera sig på en marknad.⁹² Inte heller går det att undkomma att en sådan reglering i svensk rätt kan komma att spela en viktig roll för den idéburna sektorns delaktighet i välfärdsproduktionen.

8.4.3 Inför ett förenklat regelverk för upphandlingar av välfärdstjänster över tröskelvärdet

För upphandling av välfärdstjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro föreskrivs i beaktandesats 114 i LOU-direktivet att dessa kontrakt bör vara öppna på unionsnivå. Däremot ges medlemsstaterna stor frihet att organisera valet av leverantörer på det sätt de finner lämpligast. Motiveringen är att man vill beakta de kulturella skillnaderna i medlemsstaterna och tjänsternas känslighet.

Av LOU-direktivets artikel 76 följer vidare att medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglig och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation.



Direktivet nämner varken vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas, hur tilldelningen ska göras, eller hur långt ett kontrakt får sträcka sig. Medlemsstaternas juridiska utrymme är även i denna del omfattande. Eftersom LOU-direktivet medger att medlemsstaterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet och kontinuitet, möjliggörs för upphandlande myndigheter att ingå kontrakt med längre avtalstider än vad som är möjligt

— Införandet av artikel 77 kan, såsom Civilsamhällesutredningen påpekar, innebära en möjlighet för en organisation utan vinstsyfte att etablera sig på en marknad.

idag. Mot bakgrund av att välfärdstjänster kräver stor kontinuitet lämnar detta upp för avtalstider som också är anpassade utefter den specifika tjänst som upphandlas. Att en upphandlande myndighet ges utrymmet att välja upphandlingsförfarande själv innebär också att det skapas ett utrymme för innovativa upphandlingsmodeller.

Upphandling av välfärdstjänster skiljer sig från andra typer av upphandlingar på så sätt att tjänsterna

är riktade till medborgarna och människors enskilda behov, vilket också ställer helt andra krav på kvalitet och kontinuitet. Behoven vid upphandling av välfärdstjänster skiljer sig helt enkelt från upphandling på andra områden.

Rent konkret innebär de nya reglerna i LOU-direktivet att Sverige vid implementeringen av det nya upphandlingsdirektivet kan införa avsevärda lättnader i LOU som idag gäller för upphandling av välfärdstjänster. Särskilt ska nämnas 15 kap. i LOU som vid implementeringen av det förra LOU-direktivet (direktiv 2004/18/EG) fick striktare regler i förhållande till vad som var nödvändigt (många av förfarandereglerna i 15 kap. LOU är lånade från de direktivstyrda reglerna).



9 — AKTÖRER, KONKURRENSSITUATION OCH TRENDUTVECKLING

Nedan redogörs för aktörer, konkurrenssituation och trendutveckling inom äldreomsorgen, arbetet med kvinnojourer, anordnandet av boenden för ensamkommande flyktingbarn och hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa.

9.1 Äldreboenden

Enligt SCB utfördes under 2013 verksamhet inom omsorgsområdet⁹³ för totalt 240 Mdr SEK.⁹⁴ De privatägda företagen utförde verksamhet för ca 52 Mdr SEK och motsvarande siffra för ideella organisationer var ca 7 Mdr SEK.⁹⁵ En femtedel av omsorgen drivs således av privata utförare med vinstintresse. Motsvarande siffra för ideella organisationer landar på knappt tre procent. Vidare utgör andelen av den totala arbetskraften som arbetar med sjukvård och äldreomsorg inom den ideella sektorn en ytterst liten del i Sverige i jämförelse med andra OECD-länder.⁹⁶

Riksorganisationen för idéburen vård och social omsorg (Famna) konstaterar i sin Tillväxtrapport⁹⁷ för 2015 att Famnas medlemmars omsättning för 2014 sammantaget uppgick till ca 4,7 Mdr SEK, vilket kan jämföras med Attendo Sverige AB (Attendo) vars omsättning 2014 uppgick till ca 3,6 Mdr SEK.

När kommunen inte bedriver verksamheten i egen regi konkurrensutsätts verksamheten genom LOU eller genom tillämpning av lagen om valfrihetssystem (LOV). LOV kan användas som ett alternativ till LOU och innebär att upphandlingen sker löpande istället för under ett visst tidsintervall. Kommunen ställer då upp ett antal krav och kriterier, de utförare som uppnår dessa blir godkända som leverantörer i ett valfrihetssystem.

SKL har under våren 2016 utrett hur många kommuner som har infört LOV.⁹⁸ Av SKL:s statistik framgår att 158 av landets 290 kommuner har infört

LOV. Vidare framgår att 18 kommuner har beslutat att införa LOV, ytterligare 32 kommuner utreder huruvida LOV ska införas och 46 kommuner har beslutat att inte införa LOV. Vad avser särskilda boenden⁹⁹ (samlingsnamn för äldreboende, servicehus och korttidsboende) har enligt SKL hittills 15 kommuner infört valfrihetssystem.

Trots förekomsten av mindre aktörer på lokal nivå domineras marknaden som helhet av ett fåtal större aktörer. Utöver Attendo är andra stora vinstdrivande aktörer Vardaga AB, Aleris AB och Humana AB. Dessa aktörer har varit eller är ofta private equity-ägda. Även om äldreomsorgsbranschen växer genom den demografiska utvecklingen med allt fler i pensionsålder är inträdesbarriärerna för de idéburna organisationerna fortsatt stora. Det beror framförallt på att det krävs omfattande ekonomiska satsningar för att delta i såväl ett upphandlingsförfarande som ett LOV-system. En annan faktor är att kapaciteten inom de idéburnas organisationer, dvs. de mervärden som återfinns i deras organisationer, inte tas tillvara på ett optimalt sätt genom ett upphandlingsförfarande som baseras på beställar-/utförarmodellen.

Vidare kan det mycket väl vara så att framtida ansträngda kommunala omsorgsbudgetar försvårar skapandet av omsorgslösningar som möter ökade krav och behov, inte minst mot bakgrund av den tilltagande diskrepansen mellan förvärvsarbete och den andel av befolkningen som uppnår pensionsålder.¹⁰⁰

Sammantaget får i denna del konstateras att marknaden för vård- och omsorg i Sverige, genom såväl LOU och LOV, i stor utsträckning är privatiserad. Andelen idéburna aktörer kommer inte i närheten av andelen privata utförare med vinstintresse. Vidare kan "marknadiseringen" av äldreomsorgsverksamheten ifrågasättas då marknaden är koncentrerad till, och domineras av, ett fåtal

stora aktörer. Befintligt system bidrar varken till effektiv konkurrens eller till att öka mångfalden bland aktörerna.

9.2 Hem för ensamkommande flyktingbarn

Ensamkommande flyktingbarn kan antingen placeras i ett hem för vård eller boende (HVB) eller i ett stödboende.¹⁰¹ Det som är avgörande för vilken form av boende som kan bli aktuellt är barnets ålder och stödbehov.

Enligt Inspektionen för vård och omsorg (IVO) drivs de flesta boenden för ensamkommande flyktingbarn, dvs. HVB-hem eller stödboenden, av kommunerna själva.¹⁰² Under juni 2016 fanns drygt 1500 verksamheter i landet. Ca 950 av dessa drivs av kommunerna själva. Antalet hem som drivs på entreprenad genom LOU uppgår till ca 250. Vidare återfinns enligt IVO drygt 300 hem som drivs i enskild regi. Bland de vinstdrivande aktörerna kan nämnas Attendo Individ & Familj AB, Baggium Vård & Behandling AB¹⁰³ och Aleris Omsorg AB.

Mellan 2012 och 2015 var den årliga genomsnittliga ökningen på antalet asylsökande ensamkommande flyktingbarn 114,6 procent. 2015 sökte 35 369 ensamkommande flyktingbarn asyl i Sverige. Den främsta orsaken till ökningen har varit oroligheter i omvärlden.¹⁰⁴

Efter 2015 års flyktingvåg lade Sverige om sin migrationspolitik. Konsekvensen har blivit att färre ensamkommande barn har sökt asyl i Sverige. Prognoserna för 2016 och 2017 reviderades i maj 2016 ner till 7 000 ensamkommande barn.¹⁰⁵ Hårdare medicinska bedömningar som ska fastställa de ensamkommande flyktingbarnens ålder kan leda till fler avvísningar. Följaktligen kommer färre att få uppehållstillstånd och efterfrågan på boenden kommer sannolikt att minska. Huruvida sittande regering, eller framtida regeringar, kommer att fortsätta på den nya inslagna vägen med en mindre generös migrationspolitik är svårt att sia om. Det kan noteras att även inom regeringen är flyktingfrågan en källa till splittring.

Vad avser konkurrenssituationen korrelerar kommunernas efterfrågan på boenden med regeringens migrationspolitik och framtida flyktingströmmar. För det fall kommunerna inte beslutar att bedriva hemmen i egen regi upphandlas driften av HVB-hem enligt LOU. Några enstaka kommuner har tillämpat LOV vid upphandling av HVB-hem. Huruvida LOV kan tillämpas vid upphandling av HVB-hem är dock föremål för olika tolkningar.

För ett år sedan befann sig Migrationsverket och många kommuner i akuta boendesituationer där många boenden direktupphandlades. Under samma period tecknades också flertalet partnerskap

i samverkan med idéburna aktörer, inte minst i Göteborg. Dessa avtal är komplexa till sin natur då de skapar mervärden som inte har haft någon motsvarighet i andra upphandlade lösningar. Det handlar bland annat om förankring och integration i svenska familjer för ensamkommande barn, samt skapandet av lösningar för en meningsfull fritid. Andra mervärden i partnerskapen bestod i att äldre ungdomar, via de idéburna organisationernas nätverk, kunde introduceras på arbetsmarknaden. De idéburna organisationernas omfattande erfarenhet, särställning inom föreningsliv och extensiva nätverk skapar mervärden som svårigen låter sig kodifieras i ett upphandlat kontrakt.

— SKL antog på sin kongress 2015 en motion om att kvinnojourernas verksamhet i kommunerna ska undantas från LOU.

I denna del kan det konstateras att det finns en marknad för bedrivandet av hem för ensamkommande flyktingbarn i Sverige och att antalet nya HVB-hem, av förklarliga skäl, ökat stadigt sedan årsskiftet 2015/2016. Så som nämnts i avsnitt 8 är välfärdstjänster mycket komplexa och kräver individuell anpassning. Detta gäller i särskilt hög grad i arbetet med socialt utsatta individer. Det kan också tänkas att resurskrävande upphandlingsprocesser allt som oftast gynnar stora aktörer på bekostnad av de mindre.

9.3 Kvinnojourer

En majoritet av de verksamma kvinnojourerna i Sverige är ideellt drivna organisationer som traditionellt erhållit finansiering genom statsbidrag, bidrag från kommunerna samt privata gåvomedel. Kvinnojourernas arbete innefattar såväl rådgivning som stöd till våldsutsatta kvinnor. SKL antog på sin kongress 2015 en motion om att kvinnojourernas verksamhet i kommunerna ska undantas från LOU. SKL:s ställningstagande om att undanta kvinnojourernas verksamhet från offentlig upphandling är inte bara ett politiskt ställningstagande utan det gjordes mot bakgrund av att SKL inte anser att upphandling, dvs. beställar-/utförarmodellen, kan vara en rimlig modell för relationen mellan kommunerna och kvinnojourerna.

Det finns ca 200 kvinno- och tjejjourer i landet.¹⁰⁶ De flesta jourerna är antingen med i riksorganisationen för Kvinno- och Tjejjourer i Sverige

(Roks) eller Unizon. Av Socialstyrelsen kartläggning från 2012 framgår det att 71 procent av de skyddade boendena drevs i ideell regi, åtta procent i privat regi och 21 procent i kommunal regi.¹⁰⁷

Det bidragsbaserade samarbetet mellan kommunerna och kvinnojourerna har länge utgjort ett viktigt element i finansieringen av många av dessa verksamheter. Dock har otydligheten över vad som konstituerar ett köp av en ”tjänst”, vilket aktualiserar tillämpningen av LOU, medfört att en del kommuner ”för säkerhets skull” valt att upphandla skyddade boenden för våldsutsatta kvinnor. När kommunerna väljer att upphandla skyddade boenden är upphandlingsunderlagen inte alltid behovsanpassade och tilldelningsgrunden är ofta lägsta pris, vilket medför att de redan etablerade ideella kvinnojourerna, med kvalitetsfokus framför prisfokus, får svårt att hävda sig mot vinstdrivande företag med kostnadsminimeringsfokus. Dessutom finns en uttalad motvilja mot kommersialiseringen av kvinnojourernas verksamhet.¹⁰⁸ De ideella kvinnojourernas omfattande kvinno- och barnkunskap samt de synergieffekter som fås av att driva flera verksamheter inom en jour, ser ut att differentiera dem tillräckligt för att undvika framtida upphandlingsförfaranden.

— När kommunerna väljer att upphandla skyddade boenden är upphandlingsunderlagen inte alltid behovsanpassade och tilldelningsgrunden är ofta lägsta pris.

Vidare kan noteras att bland de kommuner som inte vill upphandla de tjänster som kvinnojourerna utför finns ett stort intresse för IOP. Redan idag har fåtal kommuner, bl.a. Sigtuna, Växjö och Upplands Väsby kommun, arbetat fram överenskommelser om IOP på kvinnofridsområdet. Målet är att gemensamt hitta långsiktiga förutsättningar för att ta tillvara på de ideella kvinnojourernas erfarenhet av att arbeta med kvinnor och barn i utsatta situationer. Sammanfattningsvis finns det belägg för att konkurrensen från privata alternativ med vinstintresse kommer att vara låg även fortsättningsvis.

9.4 Hjälptill utsatta EU-migranter och hemlösa

Hemlösheten i Sverige är fortfarande ett stort problem, med växande hemlöshet i delar av landet.¹⁰⁹

I de flesta boenden för EU-migranter och hemlösa sköts driften av idéburna aktörer, (exempelvis av Stadsmissionen, Räddningsmissionen och Frälsningsarmén) i samarbete med socialtjänsten. Kommunerna kan sköta boenden för hemlösa i egen regi, men av tradition och hävd har driften ofta överlämnats till just idéburna aktörer.

De idéburna aktörer som bedriver verksamhet för utsatta EU-migranter och hemlösa finansierar det delvis genom bidrag från kommunerna, samt genom gåvobidrag från allmänheten eller på senare år genom IOP. Frånvaron av en marknad där tjänster tillhandahålls på kommersiella villkor medför att hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa kan definieras som en ”icke-ekonomisk tjänst”.

Trots att det i dagsläget inte finns en kommersiell marknad har flera kommuner, antingen baserat på ett politiskt ställningstagande eller på grund av en övertro på upphandlingsregelverkets räckvidd, valt att upphandla härbärgen. Som exempel kan nämnas Huddinge, Järfälla och Jönköpings kommun.



10 – SLUTSATSER

Idéburna offentliga partnerskap ligger juridiskt sett i något av en gråzon. Ett av de problem som framförts med dessa partnerskap som modell för samverkan är att det är en samarbetsform som beskrivs som juridiskt oprövad. Det faktum att IOP ses av kommunförvaltningarna som en ”oprövad modell” innebär att man från kommunhåll tenderar att se IOP som en riskabel samarbetsmodell. Om en rättsprövning i ett enskilt fall skulle visa att

— Det finns helt klart utrymme enligt EU-rätten att ingå partnerskapsavtal i de fall som de idéburna organisationerna efterlyser.

IOP inte är en laglig modell riskerar kommuner och landsting som använder den att göra sig skyldiga till otillåtna direktupphandlingar, och därmed till att betala ut medel till enskilda organisationer utan att ha lagstöd.¹¹⁰ Detta är sannolikt i många fall en obefogad oro. Det finns helt klart utrymme enligt EU-rätten att ingå partnerskapsavtal i de fall som de idéburna organisationerna efterlyser, dvs. när det inte finns en marknad eller en konkurrenssituation att vårda. Som kommer att visas i slutet av detta avsnitt finns det dock mycket som den svenska lagstiftaren kan göra för att skapa klarhet kring dessa frågor.

10.1 EU-reglernas syfte och tillämpningsområde

Det är till att börja med viktigt att hålla i minnet att tillämpningen av både EU:s upphandlings- och

statsstödsregler som framgått förutsätter en existerande eller åtminstone en potentiellt existerande marknad där ”företag” konkurrerar med varandra. Eftersom det finns en risk att syftet med EU:s inremarknadsregler och konkurrenspolitik kringgås om medlemsstaternas egna definitioner av vad som är företag respektive ekonomisk verksamhet läggs till grund för bedömningen, måste EU-domstolens funktionsinriktade och vida syn på dessa begrepp beaktas (se avsnitt 2). Den EU-rättsliga definitionen är att det ska handla en ”enhet” som deltar i en ekonomisk aktivitet, dvs. en aktivitet där varor och tjänster erbjuds mot ersättning. Att enheten inte är vinstdrivande är inte avgörande enligt EU-domstolen, utan ideella organisationer kan mycket väl betraktas som företag.¹¹¹ Enligt fast rättspraxis är det därför irrelevant mot bakgrund av både EU:s regler för offentlig upphandling och statsstöd att en viss enhet inte bedriver verksamhet i vinstsyfte¹¹² och att dess personal tillhandahåller sina tjänster som obetalda volontärer.¹¹³ Begreppet ekonomisk aktör är mycket brett och måste anses innefatta alla enheter som erbjuder varor eller tjänster på marknaden.¹¹⁴ Huruvida en viss enhet anses vara en ekonomisk aktör beror således inte på vad den är (t.ex. dess inre uppbyggnad, struktur eller funktions sätt), utan på vad den gör (dvs. vilken typ av verksamhet den bedriver).¹¹⁵

Samtidigt är *syftet* med de olika EU-regelverken på upphandlings- och statsstödsområdet naturligtvis lika viktigt att beakta. Upphandlingsreglerna ska tillse att de som tillhandahåller de varor eller tjänster som det är fråga om ska ha samma möjlighet att erbjuda dem till den offentliga aktör som efterfrågar dem (på hela EU:s inre marknad), och statsstödsreglerna ska säkerställa att företag inte gynnas till nackdel för något annat företag som erbjuder liknande varor och tjänster. Överlag handlar det alltså om att säkerställa rättvisa konkurrensförutsättningar i de fall det finns

förutsättningar för en god marknadsmiljö. Det ska dock noteras att bestämmelserna om statligt stöd respektive om offentlig upphandling har olika syften och tillämpningsområden när tjänster av allmänt ekonomiskt intresse diskuteras. Bestämmelserna om statligt stöd gäller *villkoren för finansiering av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*. De ska hindra en snedvridning av konkurrensen till följd av ekonomiska fördelar som staten och dess organ har beviljat en privat aktör. Ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse får därför inte vara större än vad som är nödvändigt för att tjänsten ska kunna tillhandahållas under ekonomiskt godtagbara villkor enligt artikel 106.2 FEUF. Om ansvaret för att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse tilldelas inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande, där man kan välja den leverantör som kan tillhandahålla tjänsten till lägsta kostnad för samhället, och om de övriga villkoren i Altmark- domen eller kommissionens sammanhängande regelverk är uppfyllda, utgör den beviljade ersättningen inte statligt stöd. Bestämmelserna om offentlig upphandling *gäller däremot villkoren för tilldelning av dessa tjänster*. De ska bl.a. förhindra att konkurrensen snedvrids till följd av hur de upphandlande myndigheterna förvaltat de offentliga medlen när tjänsterna tilldelas samt säkerställa största möjliga konkurrens inom Europa och ytterst leda till ett gott förhållande mellan kvalitet och pris, bl.a. till förmån för tjänstens användare.

10.2 Icke ekonomiska tjänster?

När det gäller sociala tjänster kan frånvaron av ”marknad”, dvs. frånvaro av någon privat aktör som erbjuder tjänsten, följaktligen betyda att tjänsten är *icke ekonomisk*. I vissa fall finns det inte någon marknad överhuvudtaget därför att tjänsten inte är möjlig att tillhandahålla på kommersiella villkor. Skälet kan vara att tjänsten genom lag är förbehållen offentlig utförare, t.ex. därför att den innebär myndighetsutövning som inte kan överlåtas på enskild part (se avsnitt 2). Men det kan också bero på att verksamhetens natur är sådan att en konkurrensutsättning ter sig orealistisk. Utan att det finns möjlighet att här gå på djupet, och utöver vad som redan behandlats i Del II, kan konstateras att det i dagsläget knappast finns någon kommersiell marknad för kvinnojourer eller beträffande den typen av tjänster som innebär hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa.¹¹⁶ En medlemsstat (på central, regional eller lokal nivå) är i detta fall inte tvungen att *skapa* en marknad genom att t.ex. försöka konkurrensutsätta den icke ekonomiska verksamheten genom offentlig upphandling för att på det sättet ”locka” fram nya aktörer. Att stimulera

marknadsutveckling är ett politiskt val, inte en rättslig skyldighet, vilket förklarar att bedömningen av vad som är ekonomiskt och icke ekonomiskt kan skifta mellan EU:s medlemsstater och också inom medlemsstater.

Om en svensk kommun konstaterar att det saknas marknadsförutsättningar (även potentiellt, dvs. det finns inte intresserade kommersiella aktörer i andra kommuner som skulle vara villiga att utföra

— Utan att det finns möjlighet att här gå på djupet, och utöver vad som redan behandlats i Del II, kan konstateras att det i dagsläget knappast finns någon kommersiell marknad för kvinnojourer eller beträffande den typen av tjänster som innebär hjälp till utsatta EU-migranter och hemlösa.

den ifrågavarande tjänsten), kan den därför utan att reflektera närmare över EU-rätten ingå partnerskap med en idéburen organisation för att på så sätt axla sitt politiska ansvar. En förutsättning är dock naturligtvis att verksamheten i fråga även rymms i det svenska kommunala uppdraget, dvs. är en kommunal angelägenhet enligt 2 kap. 1 § KomL. När det gäller stöd till kvinnojourer och utsatta EU-migranter och hemlösa bör det inte råda någon tvekan om att sådan verksamhet omfattas av allmänintresset.¹¹⁷ Eftersom det inte handlar om ekonomisk verksamhet kan det inte bli fråga om individuell inriktat stöd som bara får lämnas om det finns synnerliga skäl enligt 2 kap. 8 § KomL, vars syfte är att begränsa kommunens engagemang på näringslivets område.

10.3 Bidrag till sociala tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?

I andra fall bör större försiktighet iakttas, i synnerhet i ett land som Sverige där ”marknadiseringen” gått långt. Både äldreomsorg och boende för ensamkommande flyktingungdomar drivs på många håll i privat regi i kommersiellt syfte (se Del II ovan). Om det finns potentiella kommersiella aktörer som engagerar sig i de sociala aktiviteterna,

räcker detta för att tjänsten ska kvalificeras som ”ekonomisk”, och kommunen måste då beakta att det finns potentiellt intresserade marknadsaktörer om den ingår ett partnerskapsavtal med en idéburen organisation.

Som framgått innebär dock inte att en verksamhet kvalificeras som ”ekonomisk” att kommunen inte har rätt att säkerställa att verksamheten blir tillräckligt omfattande och att den kvalitet som eftersträvas uppnås. Det finns därmed utrymme för offentlig finansiering av verksamheten för att säkerställa det allmänna intresset. Det måste dock i så fall kontrolleras att den ersättningen som utgår inte påverkar konkurrensförutsättningarna på den marknad som anknyter till tjänsten. Det är t.ex. fullt tänkbart att den aktör som tar på sig ett offentligfinansierat uppdrag att utföra tjänsten (även om det handlar om en idéburen organisation) ”överkompenseras” och ges möjlighet att använda överskottet för att stärka sin position gentemot konkurrenter på samma eller en angränsande marknad. För att bidraget för att utföra en tjänst av ”allmänt ekonomiskt intresse”, som det uttrycks i EU-rätten, inte ska anses som ”statligt stöd” (som endast får beviljas under vissa förutsättningar, se avsnitt 5) ställs därför tämligen stränga krav. Det var en sådan situation som förelåg i det ovan refererade Altmarkmålet. Frågan var här om bussbolaget Altmark Trans kunde erhålla ett offentligt bidrag för att bedriva linjetrafik med bussar i den tyska regionen Landkreis Stendal utan att detta betraktades som statligt stöd i EU-rättslig mening. Domstolen påpekade att det var bara fråga om statligt stöd om företaget i fråga gynnades ekonomiskt och fick en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag. Den menade att det i det aktuella fallet inte var uteslutet att linjetrafiken var så pass olönsam att den inte kunde bedrivas under normala konkurrensvillkor och att ett offentligt bidrag därmed kunde vara berättigat. EU-domstolen ställde dock upp ett antal villkor för att kontrollera att så verkligen var fallet (se avsnitt 7).

Möjligheten för en medlemsstat att ge ersättning (som inte betraktas som statligt stöd) finns alltså när verksamheten är kommersiellt olönsam och inte kan levereras av ”marknaden”. En svensk kommun kan då under liknande villkor som omnämnts ovan i fråga om icke-ekonomiska tjänster, ingå ett partnerskapsavtal där ersättning utgår till en idéburen organisation för att täcka kostnaderna för utförandet av tjänsten. En förutsättning är att tjänsten anförtros den idéburna organisationen på ett tydligt sätt, t.ex. genom beslut av kommunfullmäktige, och att ersättningsvillkoren fastställs på förhand i avtalet. Betydelsen av de två sista Altmarkkriterierna, som alltså ska förhindra överkompensation och konkurrensnedvridning, minskar

drastiskt om de idéburna organisationerna endast begär ersättning för sina faktiska kostnader och drivs på ett rimligt effektivt sätt. Det handlar då rimligen inte heller om individuellt stöd till näringslivet i den mening som avses i 2 kap. 8 § KomL.

En förutsättning är dock som framgått att det inte redan finns marknadsaktörer som erbjuder äldreomsorg eller flyktingboende på normala marknadsvillkor och redan tillhandahåller eller kan tillhandahålla dessa tjänster på ett tillfredsställande sätt. Dessa aktörer ska alltså inte, om det beaktar sitt eget kommersiella intresse, vara villiga att utföra tjänsten eller åtminstone inte utföra den i samma utsträckning eller på samma villkor som åsyftas med de partnerskapsavtal som kommunen och den idéburna organisationen vill ingå.

Det ankommer på kommunen att avgöra vilka villkor som därvid ska gälla och bedöma om andra aktörer kan leva upp till dem. Vad gäller frågan om huruvida en tjänst *kan* tillhandahållas på dessa villkor av andra marknadsaktörer, kan kommunens bedömning överprövas och underkännas av Europeiska kommissionens endast i det fall kommunen gjort ett *uppenbart* fel.¹¹⁸ Kraven på anförtroende, objektiva, transparenta och adekvata ersättningsvillkor måste dock som nämnts framgå av partnerskapsavtalet. Vid osäkerhet kan regelverket för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (se avsnitt 7) användas. Av särskild betydelse är här att ett bidrag på 500 000 euro under en treårsperiod *inte* är att betrakta som statligt stöd.

10.4 Upphandling av sociala tjänster av allmänt ekonomiskt intresse?

Om det finns villiga aktörer på marknaden som konkurrerar med de idéburna organisationerna återstår möjligheten att ta hänsyn till tjänsternas kvalitet i ett upphandlingsförfarande där både ideella organisationer och kommersiella företag kan lämna anbud. Huruvida upphandlingsreglerna är tillämpliga är alltså inte beroende av om uppdraget är allmännyttigt eller inte, utan hänger samman med om det är fråga om ekonomisk verksamhet som erbjuds på marknaden. EU-domstolen påpekade t.ex. i domen i målet Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. att ett avtal inte kan undgå att omfattas av begreppet offentligt kontrakt i den mening som avses i direktiv 2004/18/EG *enbart* på grund av att ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna.¹¹⁹ Upphandling kan vidare mycket väl vara ett inslag i en tilldelning av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, vilket framgår av det fjärde Altmarkkriteriet.

Som utgångspunkt kan emellertid upphandlande myndigheter upphandla på marknaden villkor och

i stort sett efter egna preferenser. Det som måste beaktas är att principerna för den fria rörligheten för varor och tjänster och den fria etableringsrätten, vilket innebär att alla företag som erbjuder det som efterfrågas ska ges tillfälle att lämna ett anbud. Detta innebär att upphandlande myndigheter måste vara noga med att definiera vad det är man vill ha. I vissa fall kan det vara fullt legitimt att avgränsa föremålet för upphandlingen till en mycket smal kategori av varor eller tjänster. De upphandlande myndigheterna bestämmer alltså kvalitetsnivåer, prestanda, sociala krav, miljökrav m.m. som hänger samman med föremålet för upphandlingen.¹²⁰ Vad en upphandlande myndighet måste eftersträva är därför att säkerställa att en jämförelse kan äga rum av alla anbud som inte på objektiva och legitima grunder kan uteslutas från upphandlingen. Mot denna bakgrund är det inte förvånade att EU-domstolen visat acceptans för t.ex. miljörelaterade tilldelningskriterier. Till skillnad från obligatoriska krav, t.ex. en teknisk specifikation som måste vara uppfylld, möjliggör de en jämförelse av kvalitet och pris för alla produkter eller tjänster som uppfyller kraven för att få befinna sig i fri cirkulation på EU:s inre marknad.¹²¹ De krav som härigenom blir aktuella blir då bara ett av flera tilldelningskriterier med förutsägbar betydelse i den viktning som ska äga rum när det ekonomiskt mest lönsamma anbudet ska väljas. Att utforma tilldelningskriterier är naturligtvis mer omständligt för de upphandlande myndigheterna, men det är helt i linje med syftet att göra det möjligt för så många entreprenörer som möjligt i medlemsstaterna att inkomma med anbud. Tilldelningskriterier kan därför vara ett viktigt komplement till tillåtna avgränsningar av upphandlingens föremål.

— Det ska slutligen framhållas att den svenska lagstiftaren enligt EU-domstolens rättspraxis har möjlighet att underlätta för idéburna organisationer i upphandlingsförfaranden.

Motsvarande resonemang kan föras även angående s.k. kontraktsvillkor, som avser utförandet av ett kontrakt och inte behöver vara uppfyllda av leverantören när anbudet lämnas in. Det kan handla om sociala, miljömässiga eller andra villkor som innefattar förpliktelser som den leverantör som tilldelas kontraktet åtar sig att leva upp till. De särskilda

kontraktsvillkoren ska ha koppling till det upphandlade kontraktet och vara förenliga med principerna för offentlig upphandling (likabehandling, ickediskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet), och de ska anges i annons eller förfrågningsunderlag. Ett särskilt kontraktsvillkor måste inte vara uppfyllt vid anbudstillfället, utan ska fullgöras under avtalstiden. Enligt såväl nuvarande lagstiftning som det nya LOU-direktivet är det tillåtet att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, vilket ofta sker i form av särskilda kontraktsvillkor.

Varken tilldelningskriterium eller kontraktsvillkor får emellertid formuleras så att det i praktiken fungerar som ett obligatoriskt krav. Detta kan strida mot proportionalitetsprincipen som ingår bland unionsrättens allmänna rättsprinciper och därför är av ständig relevans i upphandlingssituationer.¹²²

Om detta utrymme för sociala villkor utnyttjas borde idéburna organisationer, som endast begär ersättning för sina faktiska kostnader, och som drivs på ett rimligt effektivt sätt, i många fall kunna vinna offentliga upphandlingar på grund av sina förhållandevis låga kostnader för den aktuella verksamheten.

10.5 Särskilda regler för idéburna organisationer?

Det ska slutligen framhållas att *den svenska lagstiftaren* enligt EU-domstolens rättspraxis har möjlighet att underlätta för idéburna organisationer i upphandlingsförfaranden. EU-domstolen angav i mål C-70/95, Sodemare m.fl.¹²³ att en medlemsstat vid utformning av sitt sociala trygghetssystem, för att uppnå de målsättningar som eftersträvas (i det aktuella fallet ett socialtjänstsystem för äldre som på grund av sitt tillstånd behöver vård), kan krävas att anslutningen till systemet av privata aktörer som ska utföra socialvårdstjänster *underkastas villkoret att de ska verka utan vinstsyfte*.

En liknande möjlighet ges i de nya upphandlingsdirektiven för s.k. *reserverade kontrakt*. Medlemsstaterna har möjligheten att under vissa omständigheter reservera kontrakt för *organisationer som inte drivs i vinstsyfte*. Detta går ett steg längre eftersom det innebär att andra aktörer inte kan lämna anbud. Bestämmelser om reserverade kontrakt återfinns bl.a. i artikel 77 i LOU-direktivet. Möjligheten är emellertid begränsad i fråga om vilka tjänster som omfattas, vilken typ av organisationer som kan komma i fråga och kontraktets löptid. Enbart vissa särskilt definierade sociala tjänster kan komma i fråga och den maximala löptiden är tre år. Organisationer ska, för att kunna tilldelas reserverade kontrakt, ha till syfte att utföra offentliga

uppdrag kopplat till de aktuella tjänsterna, återinvestera sina vinster och ha en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Den svenska lagstiftaren har hittills inte föreslagit en sådan regel för svensk del.¹²⁴

En annan möjlighet är att, såsom nämnts i avsnitt 8.4.1, undanta upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet om 750 000 euro från upphandlingsreglerna. Införandet av ett sådant undantag kommer att skapa större möjligheter för det offentliga att ingå partnerskap med den idéburna sektorn enligt modellen IOP. Vidare bör det utrymme som finns i LOU-direktivet avseende möjligheterna att införa ett förenklat regelverk avseende upphandlingar av välfärdstjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro tas tillvara av den svenska lagstiftaren (se avsnitt 8.4.3 ovan).

Den svenska lagstiftaren kan därutöver säkra att idéburna organisationer ges möjlighet att anförtros uppdrag mot ersättning *utan upphandlingsförfarande*. I detta fall liknar resonemanget det som angetts angående tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ovan, med den skillnaden att lagstiftningen ger kommunen rätt att bortse från att det finns kommersiella aktörer som är villiga att utföra motsvarande tjänster när fördelarna med att anlita en idéburen organisation överväger. I mål C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. bekräftat genom mål C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autoneggio (CASTA) m.fl., angav EU-domstolen att en medlemsstat, när den avgör vilken socialpolitik som ska gälla i landet, själv bedömer om anlita av frivilligorganisationer svarar mot de sociala målsättningar som eftersträvas. Om detta faktiskt bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen och till att uppfylla de mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som eftersträvas kan dessa organisationer anförtros uppdrag som normalt ska föregås av ett upphandlingsförfarande. I mål C-50/14 *CASTA* preciserades att när en medlemsstat tillåter offentliga myndigheter att direkt anlita frivilligorganisationer för utförandet av vissa uppdrag är en offentlig myndighet som avser att ingå avtal med sådana organisationer *inte*, enligt unionsrätten, skyldig att först jämföra anbud från olika organisationer.

Det som krävs är att frivilligorganisationer, när de anlitas för detta ändamål, inte eftersträvar andra målsättningar än de nyss angivna, att deras tjänster inte genererar någon vinst för dem, bortsett från ersättning för rörliga, fasta och löpande kostnader, vilka är nödvändiga för tillhandahållandet av tjänsterna, och att de inte genererar någon vinst för organisationernas medlemmar. Frivilligorganisationer kan utöva sin verksamhet med hjälp av anställda i

den utsträckning det behövs för att de ska fungera väl. Vad gäller ersättningen för kostnader, ska det tillses att inget vinstsyfte, inte heller indirekt, eftersträvas under sken av frivilligverksamhet, och att frivilligarbetare endast kan få ersättning för kostnader som faktiskt uppkommit för de tillhandahållna tjänsterna inom ramen för de gränser som organisationerna själva på förhand fastställt.¹²⁵ EU-domstolen fäste i båda målen särskilt vikt vid att ett avtal med en frivilligorganisation, t.ex. ett IOP, måste bidra till att uppnå den sociala målsättningen samt målen avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet. I mål C-50/14 *CASTA* tillade domstolen att när en medlemsstat, som tillåter offentliga myndigheter att direkt anlita frivilligorganisationer för utförandet av vissa uppdrag, tillåter att dessa organisationer bedriver viss affärsverksamhet, ankommer det på medlemsstaten att fastställa gränser inom vilka denna verksamhet får bedrivas. Dessa gränser måste säkerställa att denna affärsverksamhet är marginell i förhållande till organisationernas samlade verksamhet och stödjer fullgörandet av organisationernas frivilligverksamhet.

Det finns alltså ett reletivt brett utrymme enligt EU-rätten för IOP. Det finns därmed anledning för Välfärdsutredningen (Fi 2015:01) att överväga förslag i denna riktning i enlighet med sitt uppdrag. En svensk lagbestämmelse som efterliknar den italienska lagstiftningen, vilken ansågs förenlig med EU-rätten i de ovan redovisade målen, är fullt möjlig att införa. I korthet skulle den innebära att ett uppdrag att utföra sociala tjänster av allmänt intresse *får* anförtros idéburna organisationer, utan upphandling, under förutsättning att den ersättning som utgår endast täcker organisationernas kostnader enligt ovan angivna villkor och att detta regleras i ett särskilt avtal. Endast om denna möjlighet inte utnyttjas inträder skyldigheten att upphandla tjänsterna i enlighet med reglerna för offentlig upphandling.

— Referenser

- 1 Se Bergström C.F. och Hettne, J., *Introduktion till EU-rätten*, Studentlitteratur 2014, s. 226.
- 2 Jfr Kommissionens meddelande om tillämpning av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, KOM (2011) 9404 slutlig.
- 3 Se mål T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot kommissionen, punkt 39.
- 4 Se bl.a. mål C-318/05, kommissionen mot Tyskland, punkt 68.
- 5 Se mål 263/86, Belgien mot René Humbel och Marie-Thérèse Edel.
- 6 Se mål C-318/05, kommissionen mot Tyskland; mål C-76/05 Herbert Schwarz och Marga Gootjes-Schwarz mot Finanzamt Bergisch Gladbach.
- 7 Jfr i detta avseende EFTA-domstolens dom i mål E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority.
- 8 Se mål C-109/92, Stephan Max Wirth mot Landeshauptstadt Hannover; mål C-281/06 Hans-Dieter Jundt och Hedwig Jundt mot Finanzamt Offenburg.
- 9 Se t.ex. mål C-76/05, Schwartz, punkt 40.
- 10 För en kommentar, se Madell, T. och Welander C, *SSGIs in Sweden: With a Special Emphasis on Education*, i Neergard, Szycczak, van der Gronden and Krajewski (eds) *Socioal Services of General Interest in the EU*, T.M.C Asser Press 2013, p. 459 ff.
- 11 De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet och Pistre, punkt 13.
- 12 Mål C-218/00, Cital och INAIL, punkt 45.
- 13 De förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, Bundesverband AOK, punkterna 47–55.
- 14 De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet och Pistre, punkterna 15–18.
- 15 Mål C-218/00, Cital och INAIL, punkt 40.
- 16 De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet och Pistre, punkt 14; mål C-218/00, Cital och INAIL, punkterna 43–48, de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, Bundesverband AOK, punkterna 51–55.
- 17 Se särskilt mål C-244/94, FFSA m.fl., punkt 19.
- 18 Mål C-67/96, Albany, punkterna 80–87.
- 19 Mål C-244/94, FFSA m.fl., punkterna 9 och 17–20; mål C-67/96, Albany, punkterna 81–85; se även de förenade målen C-115/97 – C-117/97 Brentjens, punkterna 81–85, mål C-219/97, Drijvende Bokken, punkterna 71–75 och de förenade målen C-180/98 till C-184/98, Pavlov m.fl., punkterna 114 och 115.
- 20 De förenade målen C-115/97 – C-117/97, Brentjens.
- 21 De förenade målen C-180/98 – C-184/98, Pavlov m.fl., punkt 115. I det aktuella fallet fäste domstolen vikt vid det förhållandet att specialistläkarna kunde välja att tjäna in sin referenspension hos fonden eller hos ett försäkringsbolag med vederbörligt tillstånd samt fondens rätt att för vissa kategorier av specialistläkare bevilja dispens vad gäller de andra delarna av pensionsystemet.
- 22 Se mål C-519/04 P David Meca-Medina och Igor Majcen mot kommissionen, punkterna 30–33; mål C-350/07 Kattner Stahlbau GmbH mot Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, punkterna 66, 72, 74 och 7; samt yttrande från generaladvokat Poiares Maduro i mål C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mot kommissionen, punkterna 50 och 51.
- 23 De förenade målen C-180/98 till C-184/98 Pavlov m.fl. mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.
- 24 Se mål C-350/07, Kattner Stahlbau.
- 25 Se mål C-355/98 kommissionen mot Belgien; mål C-114/97 kommissionen mot Spanien; mål C-42/92, Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de verzekeringen; mål C-2/74 Jean Reyners mot Belgiska staten.
- 26 Se mål C-42/92, Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de verzekeringen; mål C-3/88, kommissionen mot Italien.
- 27 Se mål C-42/92, Adrianus Thijssen mot Controledienst voor de verzekeringen.
- 28 Se prop. 2008/09:187, Genomförande av tjänstedirektivet, s. 45. Se även Hettne, J., Kommunal samverkan i EU-rättslig belysning, SOU 2012:30 bilaga 4 s. 576 och för en fördjupad analys av skillnaden mellan myndighetsutövning och offentlig makt, Höök, J., Dags att mönstra ut begreppet myndighetsutövning? i Allmänt och enskilt: Festskrift till Lena Markusson (Iustus 2013) s. 177.
- 29 Se mål C-364/92, SAT/Eurocontrol, punkt 27 och mål C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen, punkt 71.
- 30 Kommissionens beslut av den 16 oktober 2002 i ärende N 438/02 - Belgien – Stöd till hamnmyndigheter, EGT C 284, 21.11.2002.
- 31 Se mål C-343/95 Cali & Figli, punkt 22.
- 32 Kommissionens beslut i ärende N 140/2006 – Litauen – Stöd till statliga företag som är verksamma vid uppfostringsanstalter, EUT C 244, 11.10.2006
- 33 Se Bergström C.F. och Hettne, J., *Introduktion till EU-rätten*, Studentlitteratur 2014, s. 235.
- 34 Se Hettne, J., *EU, lokala marknader och allmänintresset*, Sieps 2011:3epa, s. 9 ff. Se även Madell, T., *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv*, Sieps 2011:8, s. 26 ff.

- 35 Se Louis, J.-V. & Rodrigues, S., Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne (Bruylant 2006), s. 3 ff; Hettne, J., EU, lokala marknader och allmänintresset, Sieps 2011:3epa, s. 9 ff; Madell, T., Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv, Sieps 2011:8, s. 26 ff.
- 36 Jfr mål C-393/92 Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij, punkt 48.
- 37 Se Gronden, J.W., Social Services of General Interest and EU Law i Szyszczak m.fl. (red.), Developments in Services of General Interest (Springer 2011).
- 38 KOM (2006) 177 slutlig.
- 39 Se t.ex. de förenade målen C-197/11 och C-203/11, Eric Libert m.fl. mot Gouvernement flamand, punkt 88.
- 40 Se de förenade målen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-607/97, T-1/98, T-3/98, T-6/98 och T-23/98, Alzetta Mauro m.fl. mot kommissionen, punkt 81, och där nämnd rättspraxis.
- 41 Se mål 142/87, Belgien mot kommissionen, REG 1990, s. I-959, punkt 43; de förenade målen C-278/92, C-279/92 och C-280/92, Spanien mot kommissionen, punkt 40-42.
- 42 Kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013, EUT L 352, s. 1.
- 43 Jfr Santa Maria, A., Competition and State Aid, An Analysis of the EC Practice, s. 23 ff. En variant av denna princip är det s.k. Private-Creditor Criterion som användas för att granska statens agerande som långgivare.
- 44 Se bl.a. mål 730/79, Philip Morris mot kommissionen, punkt 24 och mål 310/85, Deufil mot kommissionen, punkt 18.
- 45 Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT L 83, 27.3.1999, s. 1.
- 46 Rådets förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen på vissa slag av övergripande statligt stöd, EGT L 142, 14.5.1998, s. 1.
- 47 Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i FEUF, EUT L 187, s. 1.
- 48 Mål 6/64, Costa, REG 1964, s. 1201.
- 49 Mål 120/73, Lorenz, REG 1973, s. 1471.
- 50 Se bl.a. mål C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires och Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon.
- 51 Mål 78/76, Steinike och Weinlig, punkt 14, och mål C-189/91, Kirsammer-Hack, punkt 14.
- 52 Kommissionen har utfärdat ett meddelande om hur den avser att bistå nationella domstolar genom ett närmare samarbete vid tillämpningen av statsstödsreglerna EGT nr C 312, 23/11/1995 s. 8-13.
- 53 Se mål C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires och Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, punkt 14.
- 54 Se det svenska anslutningsfördraget, artikel 144.
- 55 Se artikel 15 i förordning 659/1999.
- 56 Se artikel 15.3 i förordning 659/1999.
- 57 Jfr mål C-47/91, Italien mot kommissionen, punkterna 23 och 25 och mål C-387/92, Banco Exterior de España, punkt 20 samt artikel 18 i förordning nr 659/1999.
- 58 EGT nr L 83, 27/03/1999 s. 1-9.
- 59 EUT nr L 140, 30/04/2004 s. 1 - 134.
- 60 Se mål 171/83 R, kommissionen mot Frankrike, punkt 12.
- 61 Artikel 2.1 i förordning 659/1999.
- 62 Mål C-39/94 SFEI mot kommissionen, punkt 38 samt artikel 4.6 i förordning 659/1999.
- 63 Se mål T-187/99, Agrana Zucker und Stärke AG, punkt 39.
- 64 Se artikel 14 i förordning 659/1999.
- 65 Se artikel 15 i förordning 659/1999.
- 66 Se artikel 15.3 i förordning 659/1999.
- 67 Se bl.a. mål C-301/87, Frankrike mot kommission (Boussac), punkt 19.
- 68 Se de förenade målen 205/82-215/82, Deutsche Milchkontor m.fl., punkt 19 och mål 94/87, kommissionen mot Tyskland, punkt 12.
- 69 Se mål C-350/93, kommissionen mot Italien, punkterna 21 och 22 och mål C-110/02, kommission mot rådet, punkt 42.
- 70 Se mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, punkt 14, mål C-69/95, Spanien mot kommissionen, punkt 51, och mål C-24/95, Alcan Deutschland, punkt 25.
- 71 Se mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, punkt 16.
- 72 Se artikel 1.g i förordning 659/1999.
- 73 Jfr artikel 16 i förordning 659/1999.
- 74 EUT 2012/C 8/02.
- 75 Mål C-280/00, Altmark, punkt 88 ff. Av intresse i sammanhanget är förstainstansrättens avgörande i BUPA-målet där kriterierna i Altmark- domen anpassades till nya och annorlunda omständigheter. I detta mål prövade förstainstansrätten ett påstått stöd till en riskutjämningsordning som inrättats av Irland på marknaden för privata sjukförsäkringar. Mål T-289/03, BUPA.
- 76 Kommissionens förordning av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT L 114, 26.4.2012, s. 8.
- 77 Kommissionens beslut av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT, L 7, 11.1.2012, s. 3.
- 78 Meddelande från kommissionen – Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2011) EUT C 8, 11.1.2012, s. 15.
- 79 För svensk del, se lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
- 80 Se Bergman, M, m.fl., Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris, Studentlitteratur, 2011.
- 81 Se Hettne, J., Strategisk upphandling – stärkt miljöskydd och socialt ansvar på en konkurrenskraftig inre marknad? in Bakardjieva, A., Oxelheim, L. and Persson, T. (red.), Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris (Europaperspektiv 2013), Santérus 2013.
- 82 Av beaktandesats 6 i LOU-direktivet framgår att: ”*Det bör likaledes erinras om att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster, såsom posttjänster, som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som en blandning av dessa. Det är lämpligt att klargöra att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde.*”
- 83 Se Ternegren, E., Hur få fler företag som utförare av offentliga tjänster, Coompanion, Nutek, s. 3.
- 84 Det kan noteras att de nya upphandlingsdirektiven skulle ha implementerats i nationellt rätt senast den 18 april 2016. Den svenska implementeringen av direktiven har dock dröjt på tiden och enligt regeringen ska direktiven implementeras i nationell rätt först i januari 2017.

- 85 KOM(2010) 2020, 3.3.2010.
- 86 Socialt ansvarfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, Europeiska kommissionen, 2011, s. 9-10.
- 87 KOM(2010) 2020, Europa 2020 - En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.
- 88 KOM(2011) 15 slutlig, s. 35.
- 89 Det ska noteras att även SKL har tillstyrkt Civilsamhällesutredningens förslag i denna del. Se SKL:s remissvar, daterad den 10 juni 2016, dnr 16/02274.
- 90 Konkurrensverket, Siffror och fakta om offentlig upphandling, Rapport 2015:9, s. 75.
- 91 SOU 2016:13, s. 370.
- 92 SOU 2016:13, s. 372.
- 93 Med omsorgsområdet avses bl.a. vård och omsorg i särskilda boendeformer för äldre och funktionshindrade personer, boende med sjuksköterskevård, öppna sociala insatser för äldre och funktionshindrade personer, andra öppna sociala insatser, boende med särskild service för personer med utvecklingsstörning och annan vård och omsorg med boende.
- 94 SCB, Finansärer och utförare inom vård, skola och omsorg 2013, OE 29 SM 1501, s. 9.
- 95 SCB, Finansärer och utförare inom vård, skola och omsorg 2013, OE 29 SM 1501, s. 9.
- 96 Tillväxtverket, Varför är det så få idéburna organisationer i välfärden, Rapport 0142, s. 13.
- 97 Famna: <http://www.famna.org/famna2014/wp-content/uploads/2016/02/tillvaxtrapport-2015-feb-16.pdf>
- 98 SKL: <http://skl.se/demokratiledningstyrning/driftformervalfrihet/valfrihetssystemersattningssystem/socialomsorg/valfrihetssystemkommunerbeslutslaget2016.8959.html>
- 99 Med särskilda boenden menas boenden som kommunen enligt 5 kap. 5 § SoL ska inrätta för äldre människor som behöver särskilt stöd. Sedan den 1 januari 2009 kan kommuner upphandla tjänster inom hälsovård och socialtjänster, såsom särskilda boenden, genom LOV.
- 100 Enligt Pensionsmyndigheten är ca 20 procent av Sveriges befolkning pensionärer, en siffra som väntas stiga ytterligare (<https://secure.pensionsmyndigheten.se/23006.html>). Den demografiska utvecklingen kommer att ställa höga krav på en fungerande äldreomsorg med stor kapacitet.
- 101 Med *HVB* avses enligt 3 kap. 1 § SoF ett hem inom socialtjänsten som tar emot personer för vård eller behandling i förening med ett boende. Om hemmet drivs av ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ krävs att verksamheten drivs yrkesmässigt och att utföraren erhållit tillstånd enligt 7 kap. 1 § SoL från IVO att driva verksamheten. Med *stödboende* avses enligt 3 kap. 1 § SoF en verksamhet inom socialtjänsten som tar emot enskilda i åldern 16–20 år i ett eget boende med individanpassat stöd. Om en sådan verksamhet drivs av ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ krävs dessutom att verksamheten bedrivs yrkesmässigt. Även här krävs enligt 7 kap. 1 § SoL tillstånd från IVO.
- 102 IVO: <http://www.ivo.se/globalassets/dokument/om-ivo/statistik/2016-t1/ekb-statistik-160614.pdf> (se särskilt s. 4)
- 103 Baggium Vård & Behandling AB är en del av Humana-koncernen.
- 104 Migrationsverket: <http://www.migrationsverket.se/Andra-aktorer/Kommuner/Om-ensamkommande-barn-och-ungdomar/Statistik.html>
- 105 Migrationsverket: <http://www.migrationsverket.se/download/18.2d998ffc151ac3871598f92/1461750863230/Migrationsverkets+prognos+april+2016.pdf> (se särskilt s. 5)
- 106 SOU 2016:13, s. 391.
- 107 SOU 2016:13, s. 393.
- 108 SOU 2016:13, s. 395. Se även: <http://www.roks.se/nyheter/2015-02-10/civilministern-vill-inte-att-kvinnojouurer-upphandlas>
- 109 Stockholms Stadsmissions hemlöshetsrapport: <http://www.stadsmissionen.se/Global/Om%20oss/Press/Dokument/Hem-1%C3%B6s%202015.pdf> (se särskilt s. 7).
- 110 SOU 2016:13, s. 404.
- 111 EU-domstolen har genomgående definierat företag som enheter som utövar ekonomisk verksamhet, oberoende av deras rättsliga ställning och hur de finansieras, se t.ex. de förenade målen C-180/98 till C-184/98, Pavlov m.fl.
- 112 Se mål C-119/06, kommissionen/Italien, punkterna 37–41, mål C-305/08, CoNISMa, punkterna 30 och 45, och i mål C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. punkt 26.
- 113 Se mål C-119/06, kommissionen/Italien, punkt 40 och där angivna rättspraxis.
- 114 Se, bland annat, dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkterna 21–23, och generaladvokaten Mazaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet CoNISMa, punkterna 22 och 23.
- 115 Se förslag till avgörande av generaladvokat Whal i mål C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino", punkt 24.
- 116 Se särskilt diskussionen om kvinnojouurer i SOU 2016:13, s. 390 ff.
- 117 Se Madell, T., Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv (Sieps 2011:8), bl.a. förteckningen på s. 106.
- 118 Meddelande från kommissionen – Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2011) EUT C 8, 11.1.2012, s. 15.
- 119 Punkt 29 i domen i mål C-159/11. Se även generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det målet, punkterna 31–34.
- 120 Se Hettne, J., Strategisk upphandling – starkt miljöskydd och socialt ansvar på en konkurrenskraftig inre marknad? in Bakardjieva, A., Oxelheim, L. and Persson, T. (red.), Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris (Europaperspektiv 2013), Santérus 2013.
- 121 Se målen C-513/99, Concordia Bus och C-448/01, Wienstrom.
- 122 Jfr mål C-213/07, Michaniki.
- 123 Se punkt 32.
- 124 Se SOU 2016:13, s. 372.
- 125 Se mål C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl., punkterna 59–62.

FRONT ADVOKATER

Front Advokater
Kungstorget 2, Göteborg.
info@front.law
031-10 76 00
www.front.law



FORUM Idéburna
organisationer med
social inriktning

Forum - Idéburna organisationer med social inriktning
Hantverkargatan 3F, Stockholm.
kansli@socialforum.se
08-651 07 21
www.socialforum.se