

Utrikesdepartementet
103 39 STOCKHOLM

Remissyttrande över betänkandet Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare (s.k. ensamkommande barn) (Ds 2004:54)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU begränsar sitt yttrande till de frågor som har beröring med offentlig upphandling.

Sammanfattning av NOU:s yttrande

NOU anser att frågan om det uppstår ett upphandlingskontrakt mellan staten genom Migrationsverket och en "avtalskommun" kan bli föremål för en slutlig bedömning först när den slutliga utformningen fastslagits. NOU anser att en offentlighetsrättslig reglering i förordningen utesluter att ett kontrakt enligt LOU föreligger. Frågan om en offentlighetsrättslig reglering föreligger eller ej kan inte avgöras förrän lagförslaget och förslag till förordning presenteras.

I enlighet med betänkandet är en avtalskommun en kommun som staten genom Migrationsverket tecknar avtal med om att anordna boenden för asylsökande ensamkommande barn. I betänkandet avsnitt "6.4.2 Offentlig upphandling" föreslås att ersättningen till en avtalskommun liksom kraven på den tjänst kommunen skall tillhandahålla bör läggas fast i offentlighetsrättslig reglering. I förslaget hänvisas till begreppet samverkansavtal samt regleringen inom sjukvården och lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik.

Tillämpning av LOU

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under

Johanna Persson

dessa tröskelvärden samt för upphandling av bland annat s.k. B-tjänster (begreppet B-tjänster förklaras nedan), oavsett värde, styrs av EG-fördragets grundläggande principer och utformades på grundval av tidigare gällande svenska regler.¹ För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande² konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden. Detsamma gäller upphandling av tjänster enligt bilaga B till LOU oavsett värde. Till dessa s.k. B-tjänster hör även bilagans grupp 25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst. Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler, som anses komma till uttryck i 1 kap. 4 § LOU, även vid upphandlingar enligt lagens 6 kap. Angående B-tjänster över tröskelvärdena tillkommer dessutom kravet på efterannonsering av tilldelade kontrakt och regler om hänvisning till tekniska specifikationer m.m.

Begreppet upphandlingskontrakt definieras i 1 kap. 5 § LOU som skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Samma lagrum definierar upphandling som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn definierar begreppet upphandlingskontrakt som skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör och en upphandlande myndighet.³ Av tjänstedirektivet framgår att begreppet leverantör även kan omfatta offentliga organ.⁴ Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t. ex. enligt lagar, andra författningar eller anställningsavtal skall inte omfattas.

¹ Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

² Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även dom i mål C-324/98, p. 62.

³ Direktiv 93/36/EEG artikel 1 (a), Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (a) och Direktiv 93/37/EEG artikel 1 (a). Språkbruket skiljer sig något åt mellan direktiven men den avsedda innebörden torde vara det samma.

⁴ Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (c).

Johanna Persson

NOU:s bedömning

NOU:s uppfattning, som det givits uttryck för i ett tidigare remissyttrande,⁵ är att det kan förefalla motstridigt att samverkansavtal ges en legaldefinition av "avtal" samtidigt som det inte anges att det omfattas av LOU. Det kan således inte anses uteslutet att ett samverkansavtal skulle kunna falla inom definitionen av ett upphandlingskontrakt. EG-domstolen har konstaterat att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra vad som är ett avtal.⁶ Emellertid följer det av EG-domstolens avgörande i Scala-målet⁷ att alla avtal som omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde skall upphandlas, även om de i den nationella rätten kategoriseras på annat sätt. Det är inte beteckningen i sig som är viktig utan innebörden i funktionella termer. Avgörande i avseendet om LOU är tillämplig eller inte är således om den aktuella situationen avser tilldelning av kontrakt med motprestation eller om det är en bidragssituation / anslutning till en lagstadgad taxeersättning. Bidrag, gåvor och liknande transaktioner utan krav på motprestation är undantagna den direkta tillämpningen av LOU. En anslutning till taxeersättning som innebär att alla villkor är fastställda samt att ingen motprestation åligger kommunerna anses inte vara tilldelning av kontrakt enligt LOU. Istället är det reglerna om statsstöd som blir tillämpliga på en sådan situation. NOU anser, i likhet med ovan skrivning angående samverkansavtal, att begreppet "avtalskommun" är motstridigt och bör undvikas eftersom det innehåller ordet "avtal" trots att det enligt Utrikesdepartementets förslag inte skall anses omfattas av LOU. NOU:s uppfattning är att om förslaget om avtalskommuner enligt betänkandet läggs fast i offentligrättslig reglering kan det inte anses föreligga ett kontrakt enligt LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 mars 2005, i vilket deltog, Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktorn Börje Hed. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Johanna Persson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

⁵ NOU:s dnr 2000/0193-29, NOU:s synpunkter angående betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård (SOU 1999:149).

⁶ EG-domstolens dom den 18 november 1999 mål C-107/98 Teckal Srl mot Commune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Domstolen anger att det enligt direktivet är tillräckligt att konstatera att ett avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en i förhållande till denna juridiskt fristående person.

⁷ EG-domstolens dom C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi.

Johanna Persson

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Johanna Persson