

Socialdepartementet
Enheten för sociala tjänster
103 33 STOCKHOLM

Angående promemorian Kommunal befogenhet att tillhandahålla hushållsnära tjänster till äldre (dnr S2005/8833/ST)

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) begränsar sitt yttrande till de frågor berör offentlig upphandling.

NOU har inga åsikter om huvudförslaget att kommuner får befogenhet att tillhandahålla hushållsnära tjänster åt äldre personer utan föregående individuell behovsprövning.

NOU anser dock att frågan om hur kundvalssystem skall kombineras med ramavtal bör belysas innan lagstiftningen träder i kraft.

Olika slag av tjänster och tröskelvärden

NOU vill förtydliga följande angående nya tröskelvärden. Såsom konstateras i promemorian måste kommunen tillämpa lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) om kommunen inte utför tjänsterna i egen regi, utan väljer någon annan utförare. Delar av de aktuella tjänsterna är A-tjänster och andra delar är B-tjänster enligt bilaga till LOU. En B-tjänst upphandlas alltid enligt reglerna i 6 kap. LOU, medan en A-tjänst upphandlas enligt 5 kap. LOU, om den överstiger tröskelvärdet.¹ Tröskelvärdet justeras vartannat år av Europeiska kommissionen. Nya tröskelvärden som börjar gälla den 1 januari 2006 för andra upphandlande enheter än statliga myndigheter förväntas bli 1 826 000 kr. Den svenska tröskelvärdesförordningen väntas inom kort.

Ramavtal inom klassiska sektorn

De aktuella tjänsterna faller inom klassiska sektorn, som avser sådan upphandling som görs av en kommun eller ett landsting, och som bygger på direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG. Varken dessa direktiv eller LOU innehåller några bestämmelser om användning av ramavtal vid upphandling i den klassiska sektorn². Enligt LOU:s allmänna definitioner beskrivs dock ramavtal som ett ”avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga

¹ Till A-tjänsterna hör bl.a. städning och sophantering.

² Däremot finns två bestämmelser om ramavtal i 4 kapitlet avseende försörjningssektorn.

villkor för avrop som görs under en viss period". Först genom det nya direktivet 2004/18/EG införs bestämmelser om ramavtal inom den klassiska sektorn. Införlivandet i svensk rätt av detta direktiv är dock försenat och kommer inte att ske inom direktivets införlivningstid, som går ut den 1 februari 2006. Enligt uppgift från Finansdepartementet förväntas den nya lagen träda i kraft i oktober 2006, således efter det föreslagna ikraftträdandet för de aktuella reglerna för hushållsnära tjänster, som angivits till den 1 juli 2006.

Ramavtal och kundvalssystem

NOU anser att frågan om hur kundvalssystem skall kombineras med ramavtal bör belysas innan lagstiftningen träder i kraft. Situationen idag är sådan att de nya EG-direktiven ännu inte införlivats i svensk rätt utan är föremål för en lagstiftningsprocess. Avseende de aktuella tjänsterna är det dock enbart A-tjänster över tröskelvärdena som styrs av direktivreglerna.

Enligt betänkandet om nya upphandlingsregler SOU 2005:22 finns två möjliga sätt att hantera parallella ramavtal, d.v.s. ett ramavtal med flera leverantörer. Det ena alternativet är att kontrakt kan utdelas på grundval av de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget i ramavtalet, utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Det andra alternativet, som avser en situation när inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, är en andra konkurrensutsättning, d.v.s. att leverantörerna inbjuds på nytt att lämna anbud på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Enligt utredningens förslag kräver det första alternativet någon form av fördelningsnyckel som speglar den rangordning anbuden fick på grundval av de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget. Ett kundvalssystem synes svårt att tillämpa på detta sätt.

NOU anser vidare att det finns olika typer av kundvalssystem. De flesta används på kommunal nivå. Gemensamt för dessa är att en kommuninvånare erhåller en anvisning eller check som berättigar honom/henne att mot denna erhålla en viss tjänst. Detta innebär att privata utförare bedriver en kommunal verksamhet på uppdrag av kommunen.

Frågan om hur kundvalssystem förhåller sig till reglerna för offentlig upphandling har varit föremål för flera utredningar, bl.a. Upphandlingskommittén SOU 2001:31. Utredningen har kommit fram till att uppdragsförhållandet medför att det föreligger upphandlingsskyldighet. Regeringen har angivit att frågan om kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. skall utredas vidare (prop. 2001/02:142, sid. 86). Någon utredning har dock inte tillsatts och något slutligt ställningstagande finns inte.

För närvarande kan det endast sägas att graden av den upphandlande enhetens inblandning får avgöra huruvida transaktionen är att beteckna som ett ömsesidigt kontrakt med ekonomiska villkor eller någon annan form av överenskommelse. I de fall en kommun tillhandahåller en lista på leverantörer, dvs. väljer dem som får tillhandahålla tjänsterna samt garanterar betalningen, uppstår det ett kontrakt mellan kommunen och leverantören, även om det är kommuninvånaren som väljer vilken av de anvisade leverantörerna som skall anlitas. Sådan blir situation framför allt när det är fråga om obligatoriska uppgifter för en kommun, såsom tillhandahållande av förskoleverksamhet eller äldreomsorg. Det finns dock fall när en kommuninvånare erhåller en check som får

användas för vissa tjänster även utanför den egna hemkommunen, såsom fotvård. Sådana är närmast att beteckna som en form av individuellt bistånd till den enskilde och omfattas sannolikt inte av reglerna om offentlig upphandling. Härutöver finns andra typer av kundvalssystem i vilka kommunens ansvar för tjänstens tillhandahållande är delat eller inte lagstadgat och dessa är svårare att bedöma. Det framgår inte av förslaget vilken form av avtal som avses.

Överprövning och avbruten upphandling

NOU anser att det behöver förtydligas hur kontraktstilldelningar till egenregi skall behandlas. För det fall att ett ramavtal med kundvalssystem tillämpas måste det klargöras i vilket skede kontraktstilldelningen görs. Om kontraktstilldelningen sker vid varje tillfälle som en kund ”avropar” en tjänst, inträder en överprövningsfrist. En situation med ett ramavtal som omfattar både egenregi och privata leverantörer kan få till följd att ett val av egenregi vid kontraktstilldelning anses som ett avbrytande av upphandling. För att en upphandlande enhet skall kunna avbryta en upphandling krävs enligt NOU:s uppfattning sakliga skäl. Det har uppstått en del praktiska juridiska problem angående hur tilldelningen till egenregi skall hanteras. Dessa frågor kan komma att få ett klargörande i rättspraxis inom kort. Om ett förtydligande inte görs i rättspraxis, anser NOU att frågan kan behöva förtydligas via lagstiftning.

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndesammanträde den 14 december 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommersrådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed, upphandlingschef Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Karin Peedu. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Karin Peedu

³ Direktivet är i skrivande stund föremål för införlivning i svensk rätt.