



UPPSALA  
UNIVERSITET

Juridiska institutionen  
Vårterminen 2020

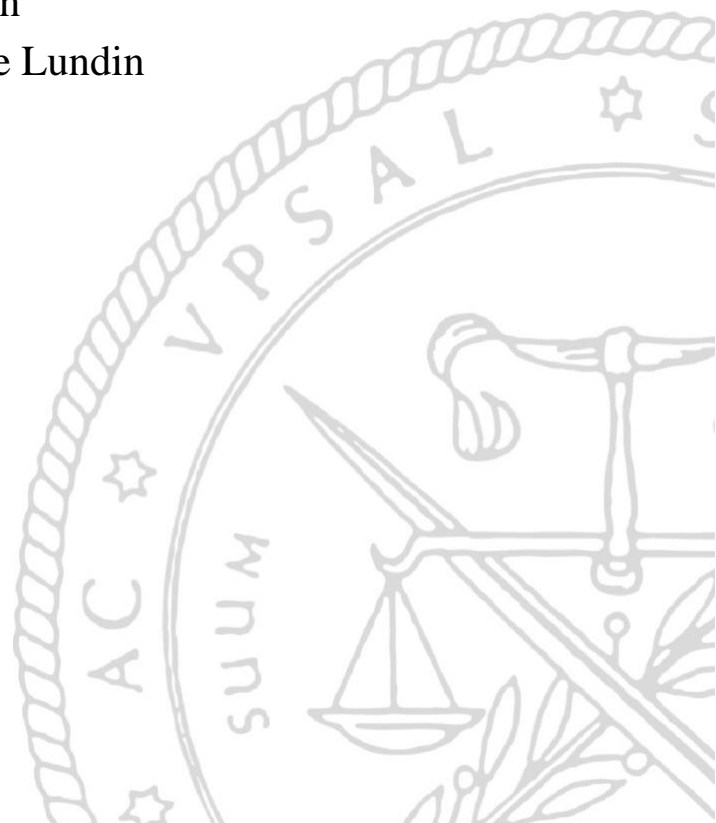
Examensarbete i förvaltningsrätt, särskilt offentlig upphandling  
30 högskolepoäng

**Kommuners möjligheter att finansiera och samverka med  
idéburna kvinnojourer utan tillämpning av LOU – en analys  
av gränsen mellan bidrag, IOP och upphandlingsplikt**

The possibilities of municipalities to finance and collaborate with  
values-based shelters for women without the application of the  
Public Procurement Act – an analysis of the boundary between  
grant, IOP and public procurement

Författare: Philippa Nilsson

Handledare: Professor Olle Lundin





# Innehållsförteckning

Förord .....	5
Sammanfattning .....	6
1 Inledning .....	7
1.1 Behovet av stöd med anledning av våld i nära relation .....	7
1.2 Idéburens aktörers samverkan med kommuner i arbetet mot våld i nära relation.....	7
1.3 Bidrag respektive IOP:s osäkra förhållande till offentlig upphandling .....	8
1.4 Kritiken mot offentlig upphandling, idéburens aktörers mervärde och den politiska viljan ....	10
1.5 Syfte och avgränsningar .....	12
1.6 Metod och material.....	13
1.7 Disposition.....	14
2 Begreppsdefinitioner .....	16
2.1 Idéburen aktör och idéburen kvinnojour .....	16
2.2 Valfärdstjänster, välfärdsverksamhet och kvinnojoursverksamhet .....	16
2.3 Offentlig upphandling, konkurrensutsättning och upphandlingsplikt .....	17
2.4 Bidrag – organisationsbidrag och verksamhetsbidrag .....	17
2.5 Idéburet offentligt partnerskap.....	18
3 EU:s behörighet inom offentlig upphandling och svensk välfärd .....	20
3.1 EU:s exklusiva behörighet och medlemsstaternas frihet att organisera sina sociala trygghetssystem .....	20
3.2 Upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.....	21
4 Upphandlingspliktiga tjänster .....	22
4.1 Vilka tjänster som omfattas av LOU – en hätsk debatt .....	22
4.2 HFD 2020 ref. 15 om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse .....	23
4.3 Sylvans tolkning om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.....	25
4.4 Argument mot Sylvans tolkning om icke-ekonomiska tjänster och den sannolika innebörden av HFD 2020 ref. 15 i den delen.....	27
4.5 Sammanfattande slutsats om upphandlingspliktiga tjänster .....	30
5 Upphandlingspliktiga kontrakt .....	31
5.1 Vad som utgör ett kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen.....	31
5.2 Ekonomiska villkor – en förutsättning för LOU:s tillämplighet.....	32
5.2.1 Ekonomiska villkor – vad är det? .....	32
5.2.2 Valfärdstjänster som är av direkt ekonomiskt intresse .....	32
5.2.3 Rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.....	35

5.3	Är en idéburen kvinnojour lika med en ekonomisk aktör? .....	37
5.3.1	Definition av ekonomisk aktör – marknad som förutsättning .....	37
5.3.2	När en marknad bör anses uppstå enligt upphandlingslagstiftningen.....	38
5.3.3	Bristande konkurrens som undantag från LOU:s tillämpningsområde.....	40
5.3.4	Analys av HFD 2020 ref. 15 i frågan om när en marknad uppstår .....	41
5.3.5	Sammanfattande slutsats om ekonomisk aktör och när en marknad uppstår.....	42
5.4	Kravet om skriftlighet – en muntlig genväg?.....	42
5.5	Rättsliga utgångspunkter för den fortsatta prövningen.....	44
6	Är bidrag upphandlingspliktiga? .....	46
6.1	Bidrag – ett avtal med ekonomiska villkor? .....	46
6.2	Idéburen kvinnojoursverksamhet – tjänster som kommuner är skyldiga att tillhandahålla enligt lag?.....	47
6.2.1	Idéburna kvinnojourers olika verksamhetsdelar .....	47
6.2.2	Kommunens skyldighet att tillhandahålla stöd- och rådgivningsinsatser till våldsutsatta kvinnor 47	
6.2.3	Kommunens skyldighet att tillhandahålla skyddade boenden .....	49
6.2.4	Kommunens skyldighet att bedriva opinionsbildning och kunskapsutveckling inom området våld i nära relation .....	49
6.2.5	Sammanfattande slutsatser om kommuners skyldighet enligt lag .....	50
6.3	Bidrag – ett upphandlingspliktigt kontrakt?.....	50
6.3.1	Organisationsbidrag .....	50
6.3.2	Olika former av verksamhetsbidrag.....	51
6.3.3	Verksamhetsbidrag – exempel 1 .....	52
6.3.4	Verksamhetsbidrag – exempel 2.....	54
6.3.5	Verksamhetsbidrag – exempel 3.....	57
6.4	Sammanfattande slutsatser om bidrag och LOU:s tillämpningsområde.....	58
7	Är IOP upphandlingspliktiga? .....	59
7.1	IOP – en stängd möjlighet att undgå LOU? .....	59
7.2	IOP – ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening? .....	60
7.3	Analys av IOP i förhållande till LOU:s tillämpningsområde.....	62
7.3.1	Finansiering knuten till en motprestation?.....	62
7.3.2	Rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär? .....	64
8	Slutsatser och avslutande kommentarer .....	67
8.1	Bidrags och IOP:s förhållande till LOU:s tillämpningsområde .....	67
8.2	Avslutande kommentarer .....	68
	Käll- och litteraturförteckning .....	70

# Förord

Efter fem års juridikstudier, inklusive en termin vid University of Sussex, är det med stolthet jag nu avslutar min juristutbildning vid Uppsala universitet. Jag har förhoppningsvis lärt mig en hel del. Om inte annat har jag lärt mig att våga lita på min egen förmåga, vilket för mig är en stor vinst. Det är med nyfikenhet och tillförsikt jag nu blickar ut mot framtiden.

Jag har en mängd personer att tacka och som bidragit till att jag snart kan titulera mig själv som utexaminerad jurist. Till att börja med hade det sannolikt inte blivit någon examen utan mina fantastiska kamrater och kursare som stöttat och peppat längs vägen. Ni vet vilka ni är. För det är jag evigt tacksam. Jag vill även rikta ett hjärtligt tack till Helene Molander som gav mig chansen att utveckla mitt intresse för offentlig upphandling vid sidan av mina studier genom en tjänst hos Region Stockholm. Jag vill vidare tacka regionjurist Johanna Elmstedt för intressanta synpunkter av relevans för mitt uppsatsämne. Ett stort tack ska också riktas mot Advokatfirman Vinges upphandlingsgrupp där jag fick förmånen att genomföra uppsatspraktik. Tack Daniel Wendelsson, Kristoffer Sällfors och Marion Kronberg för att jag fick lära av era stora kunskaper inom offentlig upphandling och för chansen att testa på byrålivet. Och tack till professor Olle Lundin som i egenskap av handledare bidragit med uppmuntrande ord och positiv energi.

Avslutningsvis vill jag tacka mina kära föräldrar och min Axel som alltid finns där för mig – Tack för all kärlek, jag älskar er också.

Philippa Nilsson  
Stockholm 12 juli 2020

# Sammanfattning

Reglerna om offentlig upphandling innebär i huvudregel att upphandlande myndigheter, exempelvis kommuner, måste konkurrensutsätta sina köp av tjänster genom att annonsera sin avsikt att ingå kontrakt avseende en viss tjänst och sedan tilldela kontraktet till den leverantör som inlämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Konkurrensutsättning genom offentlig upphandling har dock främst gynnat kommersiella vinstdrivande aktörer, till nackdel för civilsamhällets idéburna aktörer. Idéburna aktörer upplever därför stora svårigheter att vinna kontrakt i offentlig upphandling. Detta har identifierats som ett problem för svensk välfärd, särskilt när det gäller tillhandahållandet av kvinnojourverksamhet – som främst erbjuds av idéburna aktörer.

I syfte att främja idéburna aktörer som bedriver kvinnojourverksamhet väljer kommuner bort offentlig upphandling vid sin finansiering och samverkan med idéburna kvinnojourer. De finansierings- och samverkansformer som används i stället är främst bidrag och sk. idéburet offentligt partnerskap som ingås och tilldelas utan konkurrensutsättning. Frågan är dock om dessa direkttilldelade bidrag och partnerskap faller inom tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling, och därav måste tilldelas som kontrakt genom ett upphandlingsförfarande som innebär konkurrens med flera leverantörer. Det är denna frågeställning som uppsatsen ägnas åt att besvara.

Uppsatsens slutsats är att det finns flera möjligheter för kommuner att direkttilldela bidrag till, och ingå idéburet offentligt partnerskap med, idéburna kvinnojourer utan att reglerna om offentlig upphandling blir tillämpliga. Dock blir reglerna om offentlig upphandling troligtvis tillämpliga i det fall en kommun finansierar idéburna kvinnojourer i syfte att för kommunens räkning låta de idéburna kvinnojourerna utföra uppgifter som egentligen åligger kommunen.

# 1 Inledning

## 1.1 Behovet av stöd med anledning av våld i nära relation

Av BRÅ:s nationella kartläggning av brott i nära relationer från 2014 framgår att 6,8 procent av Sveriges befolkning uppger att de har blivit utsatta för våld i nära relation under 2012.<sup>1</sup> I kartläggningen framgår vidare att en dryg femtedel av Sveriges befolkning utsätts för brott i nära relation någon gång under livet samt att omkring 65 000 barn uppskattas uppleva återkommande våld i hemmet.<sup>2</sup> Fördelningen av de som utsätts för våld i nära relation är jämn mellan män och kvinnor, men kvinnor utsätts enligt kartläggningen i större utsträckning för upprepat samt grövre våld än män. Kvinnor har därav också ett större behov av sjukvård och andra stödinsatser än män.<sup>3</sup> Under våren 2020 har våld i nära relation dessutom ökat markant med anledning av isolering i hemmet som en följd av covid-19-pandemin, varför kvinnors behov av stöd- och hjälpinsatser bedöms vara större än någonsin.<sup>4</sup>

## 1.2 Idéburna aktörers samverkan med kommuner i arbetet mot våld i nära relation

Det är socialnämnden i varje kommun som, enligt 5 kap. 11 § första stycket socialtjänstlagen (2001:453) (SoL), har till uppgift att verka för att den som utsatts för brott får stöd och hjälp. Vidare ska kommuners socialnämnder enligt andra stycket i samma bestämmelse beakta att kvinnor som är eller har varit utsatta för våld av närstående kan vara i behov av stöd och hjälp för att förändra sin situation. Det är dock huvudsakligen civilsamhällets idéburna aktörer som tillhandahåller stöd- och hjälpinsatser till våldsutsatta kvinnor genom kvinnojoursverksamhet.<sup>5</sup> Exempelvis bedriver idéburna aktörer hela 71% av alla skyddade boenden i Sverige.<sup>6</sup> Kommuner samverkar således med idéburna aktörer i stor utsträckning för att uppfylla sina uppgifter enligt SoL samt

<sup>1</sup> BRÅ, Brott i nära relationer – En nationell kartläggning, Rapport 2014:8, s. 7.

<sup>2</sup> BRÅ, Brott i nära relationer – En nationell kartläggning, Rapport 2014:8, s. 8 f. och s. 66 f.

<sup>3</sup> BRÅ, Brott i nära relationer – En nationell kartläggning, Rapport 2014:8, s. 7 och s. 10.

<sup>4</sup> TV4 Nyheterna 18/4 2020, FN 6/4 2020 och Jämställdsmyndigheten 2/4 2020.

<sup>5</sup> SOU 2017:112 s. 270 och SOU 2019:56 s. 318.

<sup>6</sup> SOU 2016:13 s. 393.

tillgodose behovet av skyddade boenden och andra stöd- och hjälpinsatser till kvinnor som utsätts för våld i nära relation.<sup>7</sup>

När kommuner samverkar med idéburna aktörer som bedriver kvinnojoursverksamhet används främst direkttilldelade bidrag och sk. idéburet offentligt partnerskap (IOP) som finansierings- och samverkansform.<sup>8</sup> Samverkansformen IOP innebär generellt att en kommun och en idéburen aktör samarbetar avseende ett överenskommet ändamål, där samarbetet innebär att kommunen bidrar med finansiering och den idéburna aktören bidrar med verksamhetsdrift.<sup>9</sup> Grundfunktionen med IOP är att kommuner ska kunna ingå avtal direkt med en utvald idéburen aktör utan föregående konkurrensutsättning.<sup>10</sup>

På senare tid har dock frågor väckts huruvida dessa direkttilldelade bidrag och IOP-avtal är förenliga med lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och det upphandlingsdirektiv<sup>11</sup> som LOU implementerar (upphandlingsdirektivet).<sup>12</sup> Enligt denna lagstiftning ska nämligen kommuners köp av tjänster i huvudregel konkurrensutsättas genom offentlig upphandling i det fall anskaffningen omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.<sup>13</sup> LOU och upphandlingsdirektivet (upphandlingslagstiftningen) innebär med andra ord upphandlingsplikt vid kommuners köp av tjänster.

### **1.3 Bidrag respektive IOP:s osäkra förhållande till offentlig upphandling**

Frågan huruvida det är möjligt för kommuner att finansiera samt samverka med idéburna aktörer genom direkttilldelning av bidrag respektive IOP tåls att ställas. Bidrag omfattas

<sup>7</sup> Ds 2019:7 s. 5, s. 60 och s. 68.

<sup>8</sup> Ds 2019:7 s. 69 och s. 75, SOU 2019:56 s. 285 f., SOU 2016:13 s. 394 f. och s. 400 och SOU 2016:78 s. 618.

<sup>9</sup> Se begreppsdefinitionen i avsnitt 2.5. Jfr SOU 2019:56 s. 290 f., s. 328, SOU 2019:56 Vägledning s. 4 f., SOU 2016:78 s. 617 f. och SOU 2016:13 s. 398.

<sup>10</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 279 f., SOU 2016:78 s. 404-406, Unizon 12/11 2015, Kanakaris m.fl. Dagens Samhälle 17/5 2019 och Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 5 och s. 31-35.

<sup>11</sup> Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>12</sup> Thorell Upphandling 24/11 2017, Ds 2019:7 s. 82 och SOU 2016:13 s. 396.

<sup>13</sup> Direktiv 2014/24/EU beaktandesats 1 och 6, SOU 2017:38 s. 35, SOU 2016:13 s. 408, SOU 2016:78 s. 613 f. och prop. 1992/93:56 s. 6.

<sup>13</sup> SOU 2016:78 s. 620, SOU 2013:12 s. 506 och prop. 2015/16:195 s. 284 och s. 286.



visserligen inte av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde,<sup>14</sup> dock har det i doktrin och i flera statliga offentliga utredningar konstaterats att gränsen mellan bidrag och köp av tjänst är grå och svår att dra.<sup>15</sup> I mars 2020 bedömde även HFD i HFD 2020 ref. 15 att ett avtal benämnt ”idéburet offentligt partnerskap” som Alingsås kommun ingått med en idéburen aktör utan föregående offentlig upphandling omfattades av LOU:s tillämpningsområde, varför kommunen hade vidtagit en otillåten direktupphandling. Vidare bedömer Arbetsmarknadsdepartementet i en promemoria från 2019 att kommuner som placerar enskilda kvinnor på skyddade boenden som bedrivs av idéburna aktörer i regel köper en tjänst som måste upphandlas enligt LOU.<sup>16</sup> Å andra sidan bedömer utredningen SOU 2019:56 *Idéburen välfärd*, som publicerades i december 2019, att det är fullt möjligt att finansiera idéburna aktörers skyddade boenden genom bidrag och samverkansformen IOP utan att LOU blir tillämplig.<sup>17</sup>

Sammanfattningsvis råder det en befogad osäkerhet om och när direkttilldelning av bidrag och IOP-avtal till idéburna aktörer utan tillämpning av LOU är möjligt ur ett juridiskt hänseende. Denna osäkerhet innebär dessutom en reell finansiell risk för kommuner. I det fall kommuner gör en felbedömning och vid sin finansiering av idéburna aktörers verksamhet faktiskt köper en upphandlingspliktig tjänst utan föregående offentlig upphandling kan kommunen nämligen påföras en sju-siffrig upphandlings-skadeavgift för sin otillåtna direktupphandling enligt 21 kap. 1 § LOU.<sup>18</sup> På grund av rådande osäkerhet har vissa kommuner börjat upphandla och konkurrensutsätta kvinnojoursverksamhet i enlighet med LOU i rädsla för att annars vidta en otillåten direktupphandling.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Prop. 2015/16:195 s. 933, Brunlid UrT 2016 nr 4 s. 406 och SOU 2016:13 s. 409.

<sup>15</sup> Risvig Hamer UrT 2016 nr 3 s. 192, SOU 2013:12 s. 506, SOU 2016:13 s. 396, SOU 2016:78 s. 613 och SOU 2019:56 s. 259 f.

<sup>16</sup> Ds 2019:7 s. 34, s. 48, s. 50, s. 81 f.

<sup>17</sup> SOU 2019:56 s. 269 och s. 319.

<sup>18</sup> Se exempelvis HFD 2020 ref. 15.

<sup>19</sup> SOU 2016:13 s. s. 349 f. och s. 395 f., Daneschpip m.fl., *Idéburet offentligt partnerskap – Vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?*, s. 29 och jfr Mårtensson *Upphandling* 24 24/5 2019.

## **1.4 Kritiken mot offentlig upphandling, idéburna aktörers mervärde och den politiska viljan**

Trots de juridiska frågetecknen och risken för upphandlingsskadeavgift råder ändå en utbredd motvilja bland kommuner att konkurrensutsätta kvinnojourns verksamhet genom offentlig upphandling.<sup>20</sup> Även idéburna aktörer, samt de intresseorganisationer som står bakom dem, är mycket kritiska till offentlig upphandling av kvinnojourns verksamhet.<sup>21</sup> Kritiken och oviljan mot offentlig upphandling av kvinnojourns verksamhet grundar sig i att offentlig upphandling inte anses vara anpassat för idéburna aktörers verksamhet.<sup>22</sup> Bland annat menar kritikerna att offentlig upphandling inte förmår att fånga upp och premiera idéburna aktörers särart och mervärde.<sup>23</sup> Som en följd upplever idéburna aktörer stora svårigheter att vinna kontrakt i upphandlingar, samtidigt som idéburna aktörer har finansieringsproblem.<sup>24</sup> Offentlig upphandling som finansierings- och samverkansform har därmed främst gynnat kommersiella vinstdrivande välfärdsaktörer som växer fort i takt med att offentlig sektor i allt större utsträckning väljer att upphandla välfärdstjänster snarare än att utföra dem i egen regi.<sup>25</sup> Offentlig upphandling riskerar alltså att konkurrera ut och eliminera idéburna aktörer som är beroende av offentlig finansiering, vilket gäller inte minst inom kvinnojourns verksamhet.<sup>26</sup>

Att idéburna aktörer missgynnas av offentlig upphandling har i ett flertal statliga offentliga utredningar bedömts som ett oroväckande problem då idéburna aktörer anses utgöra ett viktigt komplement till den välfärdsverksamhet som bedrivs i offentlig samt privat vinstdrivande regi.<sup>27</sup> Värdet och fördelarna med idéburna aktörer som lyfts fram är

<sup>20</sup> SOU 2019:56 s. 318 och SOU 2016:13 s. 397.

<sup>21</sup> SOU 2016:13 s. 395 f., Kanakarar m.fl. Dagens Samhälle 17/5 2019, Eriksson Inköpsrådet 20/5 2019, Mårtensson Upphandling 24/5 2019 och Tanha Sveriges Radio 7/3 2019.

<sup>22</sup> SOU 2016:13 s. 395-397, SOU 2019:56 s. 318 f., SOU 2016:13 s. 356, SOU 2013:12 s. 502 f. och Tanha Sveriges Radio 7/3 2019.

<sup>23</sup> SOU 2013:12 s. 503, SOU 2019:56 s. 318 f., SOU 2016:13 s. 351 f., 355 f. och s. 395-397, och Tanha Sveriges Radio 7/3 2019.

<sup>24</sup> SOU 2016:13 s. 362, SOU 2016:78 s. 467 och SOU 2013:12 s. 502 f.

<sup>25</sup> SOU 2016:13 s. s. 353, SOU 2017:38 s. 36 f. och s. 40 och SOU 2016:78 s. 138, s. 146 och s. 326 f.

<sup>26</sup> SOU 2016:13 s. s. 353 och s. 396 f., SOU 2016:78 s. 144 och s. 317, SOU 2017:38 s. 246, Ds 2019:7 s. 73 f., Shekarabi m.fl. Expressen Debatt 3/7 2015 och jfr 2019:56 s. 90 f. och SOU 2016:78 s. 326 f.

<sup>27</sup> SOU 2013:12 s. 501, SOU 2016:78 s. 464 och prop. 2006/07:38 s. 12.

bland annat att idéburna aktörer historiskt genererat innovation genom att utveckla och bedriva välfärdsverksamhet som tillgodoser nischbehov i samhället som offentlig sektor inte tillhandahåller och som inte heller är tillräckligt lönsamt för vinstdrivande aktörer att bedriva.<sup>28</sup> Idéburna aktörer tillmötesgår således behov som annars inte hade bemötts i samma utsträckning.<sup>29</sup> Exempelvis var det idéburna aktörer som var allra först med att erbjuda stöd- och hjälpinsatser till kvinnor som utsatts för våld i nära relation i form av kvinnojoursverksamhet.<sup>30</sup>

Vidare anses idéburna aktörer bidra med ett *mervärde* genom att ta ett större ansvar för bedriven verksamhet samt utföra mer extrainsatser till behövande än vad vinstdrivande verksamheter gör.<sup>31</sup> Exempelvis brukar idéburna aktörer som bedriver kvinnojoursverksamhet inte enbart erbjuda skyddat boende utan även tillhandahålla andra stödåtgärder samt aktiviteter för den våldsutsatta personen och till de barn som vistas på boendet.<sup>32</sup> Idéburna aktörer gör således ofta mer än vad som efterfrågas i förfrågningsunderlag, vilket kan förklaras med att idéburna aktörer har ett ideellt syfte.<sup>33</sup> En ytterligare fördel som framhållits är att idéburna aktörer har större förtroende hos vissa grupper än vad offentlig sektor och kommersiella aktörer har, varför idéburna aktörer ibland har lättare att nå fram till vissa behövande.<sup>34</sup> Som exempel tvekar vissa kvinnor att kontakta svenska myndigheter i rädsla att förlora sitt uppehållstillstånd i Sverige.<sup>35</sup>

Det är mot denna bakgrund som många kommuner främst väljer bidrag och idéburet offentligt partnerskap framför offentlig upphandling som finansierings- och samverkansform när det gäller idéburna aktörers kvinnojoursverksamhet.<sup>36</sup> Kommunernas agerande får också fullt stöd av dåvarande civilminister Ardalan Shekarabi<sup>37</sup> som har uttalat att det är viktigt att regeringen fortsätter signalera att

<sup>28</sup> SOU 2016:78 s. 464 och SOU 2017:38 s. 246.

<sup>29</sup> SOU 2016:13 s. 16.

<sup>30</sup> SOU 2017:38 s. 16 och SOU 2019:56 s. 61.

<sup>31</sup> Ds 2019:7 s. 73 och SOU 2016:13 s. 355 ff.

<sup>32</sup> Ds 2019:7 s. 73 och SOU 2016:13 s. 384 f.

<sup>33</sup> SOU 2016:13 s. 384.

<sup>34</sup> SOU 2016:13 s. 356.

<sup>35</sup> Prop. 2006/07:38 s. 18.

<sup>36</sup> SOU 2016:13 s. 397.

<sup>37</sup> Numera socialförsäkringsminister: Atallah SVT Nyheter 2/10 2019.

kvinnajoursverksamhet inte bör upphandlas.<sup>38</sup> Denna ståndpunkt delas även av Sveriges Kommuner och Regioner (SKR) som menar att kvinnajoursverksamhet bör undantas från upphandlingsplikt.<sup>39</sup> I samma linje förespråkar *Välfärdsutredningen* användningen av idéburet offentligt partnerskap vid samverkan med idéburna aktörer.<sup>40</sup> Trots den uttalade politiska viljan att undanta idéburna aktörers kvinnajoursverksamhet från reglerna om offentlig upphandling kvarstår dock frågan huruvida alternativa finansierings- och samverkansformer, så som bidrag och idéburet offentligt partnerskap, är förenliga med LOU – och upphandlingsdirektivet framför allt.

## 1.5 Syfte och avgränsningar

Syftet med denna uppsats är att utreda kommuners möjligheter att finansiera och samverka med idéburna aktörer som bedriver kvinnajoursverksamhet genom bidrag och idéburet offentligt partnerskap utan att upphandlingslagstiftningen blir tillämplig. För en fullständig analys av kommuners juridiska utrymme att direkttilldela bidrag och partnerskap måste upphandlingslagstiftningen beaktas jämsides med EU:s regler om statsstöd och reglerna om kommunal kompetens.<sup>41</sup> Som avgränsning utreds dock enbart bidrag och idéburna offentliga partnerskaps förhållande till upphandlingslagstiftningen.

Såväl staten som kommuner och regioner delar ut bidrag i form av pengar till idéburna aktörer.<sup>42</sup> Med bidrag avses i denna uppsats enbart *kommunala pengabidrag* som är riktade till idéburna aktörer. Det är upp till varje kommun hur bidrag och villkoren för dess utdelning utformas, varför kommunala bidrag kan skilja sig mycket åt.<sup>43</sup> Bidrag kan emellertid generellt delas upp i två huvudtyper: organisationsbidrag och verksamhetsbidrag.<sup>44</sup> Det är gentemot dessa huvudtyper som denna uppsats analyserar kommunala bidrags förhållande till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> Eriksson Inköpsrådet 20/5 2019, se även Shekarabi m.fl. Expressen Debatt 3/7 2015.

<sup>39</sup> Mårtensson Upphandling 24/5 2019, Shekarabi m.fl. Expressen Debatt 3/7 2015 och Unizon 12/11 2015.

<sup>40</sup> SOU 2016:78 s. 622 f.

<sup>41</sup> SOU 2019:56 s. 18, s. 280 och s. 319 och SOU 2016:13 s. 406.

<sup>42</sup> Prop. 2009/10:55 s. 130 f. och SOU 2019:35 s. 242.

<sup>43</sup> SOU 2019:35 s. 244 och SOU 2019:56 s. 77.

<sup>44</sup> Prop. 2009/10:55 s. 133 och SOU 2019:35 s. 243.

<sup>45</sup> Se begreppsdefinition i avsnitt 2.4.

Som aktuellt och belysande exempel utreds syftet endast i förhållande till kommuners samverkan med, och finansiering av, idéburna aktörer som bedriver kvinnojourverksamhet. Ambitionen är dock att uppsatsens analyser och slutsatser ska kunna användas mer generellt vid bedömningen av bidrags och idéburna offentliga partnerskaps förhållande till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.

Som ytterligare avgränsning utreds endast finansiering och samverkan vars värde överstiger tröskelvärdena för offentlig upphandling.<sup>46</sup> Möjligheterna att underlätta för idéburna aktörer att delta i offentliga upphandlingar inom ramen för LOU har behandlats i doktrin, propositioner och statliga offentliga utredningar,<sup>47</sup> och behandlas inte särskilt i denna framställning. Vidare behandlar inte uppsatsen finansiering och samverkan som sker genom en tillämpning av lagen (2008:962) om valfrihetssystem. Upphandlingslagstiftningen reglerar upphandlande myndigheters inköp av tjänster, varor och byggentreprenad. Denna uppsats behandlar dock enbart offentlig upphandling i förhållande till köp av tjänster.

## 1.6 Metod och material

I framställningen används den rättsdogmatiska metoden, dvs. upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde fastställs genom att analysera innehållet i befintliga rättskällor.<sup>48</sup> Den upphandlingslagstiftning som står i fokus för uppsatsens syftesformulering bygger emellertid på ett EU-rättsligt direktiv,<sup>49</sup> varför framställningen huvudsakligen tar utgångspunkt från EU-rättslig metod. EU-rättslig metod innebär att direktivlagstiftning, i förevarande fall upphandlingsdirektivet, tolkas i enlighet med EU:s fördrag och med hjälp av EU-domstolens avgöranden.<sup>50</sup> Eftersom EU:s fördrag sällan saknar tolkningsutrymme används främst EU-domstolens uttalanden om upphandlingsdirektivets tillämpningsområde samt EU-domstolens tolkning av upphandlingsrättsliga

<sup>46</sup> Tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling och SOU 2019:56 s. 244 f. och s. 321.

<sup>47</sup> Prop. 2017/18:158 s. 1, s. 105 f. och s. 110, SOU 2016:13 s. 19, SOU 2016:78 s. 21, SOU 2018:44 s. 129, SOU 2019:56 s. 331 ff. och Sundstrand UrT 2016 nr 2 s. 139-150.

<sup>48</sup> Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s. 21 och s. 26.

<sup>49</sup> Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>50</sup> Reichel, EU-rättslig metod, s. 110 ff och s. 125 och Bergström och Hettne, Introduktion till EU-rätten, s. 20 f. och s. 413 f.

rekvisit.<sup>51</sup> Om EU-domstolen inte har uttalat något konkret i en viss fråga tolkas frågeställningen vidare i ljuset av upphandlingsdirektivets syfte.<sup>52</sup> Även icke-bindande rättsakter, så som skälen till upphandlingsdirektivet, används som tolkningsdata när upphandlingsdirektivets tillämpningsområde analyseras.<sup>53</sup> Tillämpningsområdet för den nationella upphandlingslagstiftningen, dvs. LOU, tolkas vidare med hjälp av, och i linje med, slutsatserna från den EU-rättsliga metoden i enlighet med principen om direktivkonform tolkning.<sup>54</sup>

I det fall EU-rättslig metod utifrån EU-rättsliga källor inte belyser eller giver vägledning vid en viss upphandlingsrättslig tolkningsfråga används i stället traditionell rättsdogmatisk metod<sup>55</sup> i syfte att påvisa hur tolkningsfrågan troligtvis löses i svensk rättstillämpning fram till att EU-domstolen klargör frågan. Traditionell rättsdogmatisk metod innebär att gällande rätt uttolkas i enlighet med svensk rättskällehierarki.<sup>56</sup> Källorna, och dess inbördes hierarki, är följande: lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.<sup>57</sup> Traditionell rättsdogmatisk metod utifrån svensk rättskällehierarki tillämpas även i det fall EU-rättens källor uttryckligen hänvisar till nationell rätt.

## 1.7 Disposition

Inledningsvis redogör följande kapitel för definitioner av viktiga begrepp som används i uppsatsen i syfte att möjliggöra så god förståelse som möjligt för uppsatsens innehåll. Därefter redogörs upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde och dess förhållande till EU-rätten. Framställningen är sedan uppdelad i en allmän del och en speciell del. Kapitel 4 och 5, som tillhör den allmänna delen, utreder innebörden av rekvisiten *tjänst* respektive *kontrakt* i upphandlingslagstiftningen i syfte att identifiera huruvida en tillämpning av dessa rekvisit kan undanta kommuners finansiering och samverkan med

<sup>51</sup> Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten, s. 47 f.

<sup>52</sup> Mål C-434 *Kommissionen v. Frankrike* p. 21, mål C-305/08 *CoNISMa* p. 50 och Reichel, EU-rättslig metod, s. 114.

<sup>53</sup> Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten, s. 391 f. och Reichel, EU-rättslig metod, s. 125.

<sup>54</sup> Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten, s. 413 f., mål C-275/06 *Promusicae* p. 68 och Reichel, EU-rättslig metod, s. 124 f.

<sup>55</sup> Traditionell rättsdogmatisk metod skiljer sig till viss del från EU-rättslig metod: Hettne och Otken Eriksson, EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 34 ff.

<sup>56</sup> Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s. 21 och s. 26.

<sup>57</sup> Jfr Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s. 28.

idéburna kvinnojourer från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde. Därefter i den speciella delen, som finnes i kapitel 6 och 7, tillämpas slutsatserna från den allmänna delen mer konkret i förhållande till bidrag respektive idéburet offentligt partnerskap. Avslutningsvis presenteras uppsatsens slutsatser i kapitel 8 om vilka möjligheter kommuner har att finansiera och samverka med idéburna aktörer som bedriver kvinnojoursverksamhet genom bidrag och idéburet offentligt partnerskap utan att upphandlingslagstiftningen blir tillämplig. Kapitel 8 innehåller även avslutande kommentarer.

## 2 Begreppsdefinitioner

### 2.1 Idéburen aktör och idéburen kvinnojour

En idéburen aktör utgör en organisation där människor har gått samman för att uppnå ett gemensamt mål eller intresse utifrån en gemensam värdegrund.<sup>58</sup> Idéburna aktörer ingår i civilsamhället, vilket betyder att de är skilda från offentlig sektor och marknaden.<sup>59</sup> *Idéburen aktör* som begrepp saknar dock ännu en rättslig definition.<sup>60</sup> Under december 2019 lade utredningen *Idéburen välfärd* på uppdrag av regeringen fram ett förslag på hur *idéburen aktör* bör definieras i lag.<sup>61</sup> Det är utifrån detta förslag som denna uppsats definierar idéburen aktör. Med idéburen aktör avses i denna uppsats därmed en juridisk person som:

- 1) inte är direkt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,
- 2) har ett oegennyttigt syfte (dvs. är icke-vinstdrivande),
- 3) bedriver, eller har för avsikt att bedriva, offentligt finansierad välfärdsverksamhet, och
- 4) inte gör några värdeföringar till annan än idéburna aktörer eller till forskning.<sup>62</sup>

Eftersom denna uppsats främst behandlar idéburna aktörer som bedriver kvinnojourns verksamhet används begreppet *idéburen kvinnojour* vid hänvisning till en idéburen aktör som bedriver kvinnojourns verksamhet.

### 2.2 Välfärdstjänster, välfärdsverksamhet och kvinnojourns verksamhet

Med *välfärdstjänster* eller *välfärdsverksamhet* avses i denna uppsats tjänster och verksamheter med tydligt uttalade sociala mål. Hälso- och sjukvård, äldreomsorg och flyktingmottagande är alla exempel på välfärdstjänster som erbjuds i välfärdsverksamhet.<sup>63</sup> Kvinnojourns verksamhet är ytterligare ett exempel på välfärdsverksamhet som erbjuder välfärdstjänster. Kvinnojourns verksamhet består i att tillhandahålla

<sup>58</sup> Prop. 2009/10:55 s. 30 och SOU 2019:56 s. 55 ff.

<sup>59</sup> Prop. 2009/10:55 s. 30 och SOU 2019:56 s. 55 ff.

<sup>60</sup> SOU 2019:56 s. 103 och s. 165.

<sup>61</sup> SOU 2019:56 s. 39 och s. 165.

<sup>62</sup> SOU 2019:56 s. 165 och s. 168 f.

<sup>63</sup> Jfr Brunlid UrT 2016 nr 4 s. 405.



*rådgivning och stöd* till våldsutsatta kvinnor, bedriva och tillhandahålla *skyddat boende* till våldsutsatta kvinnor och medföljande barn, samt bedriva *påverkansarbete med opinionsbildning och kunskapsutveckling* inom området mäns våld mot kvinnor och våld i nära relationer.<sup>64</sup>

### **2.3 Offentlig upphandling, konkurrensutsättning och upphandlingsplikt**

Med begreppen offentlig upphandling, konkurrensutsättning och upphandlingsplikt avses i denna uppsats den skyldighet upphandlande myndigheter har att offentliggöra genom annonsering sin avsikt att ingå kontrakt avseende en viss tjänst, för att sedan låta anbudsgivare konkurrera om kontraktet och sedermera vara tvungen att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som uppfyller alla uppställda krav samt ingivit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>65</sup>

### **2.4 Bidrag – organisationsbidrag och verksamhetsbidrag**

Med *organisationsbidrag* avses i denna uppsats ett grundbidrag för att stödja idéburna aktörers existens och viktiga roll som röstbärare och opinionsbildare i samhället.<sup>66</sup> Organisationsbidrag erhålls utan några krav på motprestation, men den idéburna aktören kan behöva uppfylla vissa grundläggande villkor för att få bidraget.<sup>67</sup> Exempel på sådana villkor är att mottagaren är en idéburen aktör, att den idéburna aktören i sin verksamhet respekterar grundläggande demokratiska värderingar, att verksamheten bedrivs i kommunen och att aktören har ett organisationsnummer samt ett visst minimiantal medlemmar.<sup>68</sup> Däremot avgränsas inte organisationsbidrag till vissa utpekade verksamheter.<sup>69</sup>

Med *verksamhetsbidrag* avses i denna uppsats ett riktat bidrag till idéburna aktörer som har en viss verksamhetsinriktning i syfte att stödja den idéburna aktörens roll att ge

<sup>64</sup> Ds 2019:7 s. 48, SOU 2014:49 s. 304 och SOU 2016:13 s. 391 f.

<sup>65</sup> SOU 2019:56 s. 249, 10 kap. 1 § LOU och 16 kap. 12 § LOU.

<sup>66</sup> Prop. 2009/10:55 s. 131, SOU 2014:49 s. 311 och SOU 2019:56 s. 77.

<sup>67</sup> SOU 2014:49 s. 311 f. och SOU 2019:56 s. 77 f.

<sup>68</sup> SOU 2014:49 s. 312, SOU 2019:35 s. 240 och s. 245 och SOU 2019:56 s. 77 f.

<sup>69</sup> Prop. 2009/10:55 s. 133.

service till såväl medlemmar som till allmänheten.<sup>70</sup> En kommun kan exempelvis välja att rikta verksamhetsbidrag till idéburna aktörer som i allmänhet bedriver verksamhet inom kvinnofrid och våld i nära relationer, eller till idéburna aktörer som specifikt bedriver skyddade boenden för våldsutsatta kvinnor.<sup>71</sup> Verksamhetsbidrag kan även förenas med krav på motprestation,<sup>72</sup> men inte nödvändigtvis.

## 2.5 Idéburet offentligt partnerskap

Idéburet offentligt partnerskap, IOP, är en samverkansform mellan offentlig sektor och idéburna aktörer som utvecklades 2010 av intresseorganisationen Forum – Idéburna organisationer med social inriktning (Forum).<sup>73</sup> IOP har varken en rättslig eller enhetlig definition, men beskrivs vanligtvis som ett mellanting mellan bidrag och offentlig upphandling.<sup>74</sup> Med IOP avses i denna uppsats en överenskommelse om ett samarbete mellan en upphandlande myndighet och en idéburen aktör som syftar till att uppnå ett eller flera allmännyttiga ändamål där samarbetet innebär att den upphandlande myndigheten bidrar med finansiering medan den idéburna aktören bidrar med särskild kunskap och verksamhetsdrift.<sup>75</sup> Grundfunktionen med IOP är, som nämnt ovan, att kommuner ska kunna ingå avtal direkt med en utvald idéburen aktör utan föregående konkurrensutsättning.<sup>76</sup>

Det som skiljer en överenskommelse om IOP från ett upphandlat kontrakt är att IOP inte är ett detaljreglerat kommersiellt avtal utifrån ett på förhand fastställt förfrågningsunderlag.<sup>77</sup> En överenskommelse om IOP innehåller heller inga bestämmelser om

<sup>70</sup> Prop. 2009/10:55 s. 133, SOU 2019:56 s. 78 och SOU 2014:49 s. 312.

<sup>71</sup> Prop. 2009/10:55 s. 133, SOU 2019:56 s. 78 och SOU 2014:49 s. 312.

<sup>72</sup> SOU 2014:49 s. 312 och SOU 2019:56 s. 78.

<sup>73</sup> Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – Vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 5 och SOU 2019:56 s. 277.

<sup>74</sup> SKR, Utveckla idéburet offentligt partnerskap i kommuner landsting och regioner, Rapport 2017, s. 4 f. och s. 15, SOU 2019:56 s. 278 ff. och s. 288 f., SOU 2016:13 s. 397 f. och s. 408.

<sup>75</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 290 f., s. 328, SOU 2019:56 Vägledning s. 4 f., SOU 2016:78 s. 617 f. och SOU 2016:13 s. 398.

<sup>76</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 279 f., SOU 2016:78 s. 404-406, Kanakaris m.fl. Dagens Samhälle 17/5 2019 och Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 5 och s. 31-35.

<sup>77</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 290, SOU 2019:56 Vägledning s. 4 och SOU 2016:13 s. 398 f.

sanktioner.<sup>78</sup> IOP bygger i stället på en ömsesidig och jämbördig partsrelation, baserad på tillit, där gemensamma beslut tas om det överenskomna allmännyttiga ändamålet, vilket alltså bidrar till idéburna aktörers inflytande och oberoende ställning.<sup>79</sup> I och med det ökade inflytandet och avsaknaden av detaljreglering kan således idéburna aktörers mervärde tillvaratas.<sup>80</sup> Vidare möjliggör IOP en dialogföring samt ett utbyte av erfarenheter och perspektiv, vilket i sin tur möjliggör att komplexa samhällsproblem kan bemötas med flexibilitet.<sup>81</sup>

IOP lyckas alltså med något som offentlig upphandling inte gör, nämligen att möjliggöra för idéburna aktörer att bibehålla sin särart och innovativa roll i välfärdsutvecklingen.<sup>82</sup> Sammanfattningsvis innebär IOP att en idéburen aktör inte blir blott en anlita utförare av välfärdstjänster eller en tyst mottagare av villkorade bidrag, utan en för den upphandlande myndigheten jämlik och långsiktig samarbetspartner.

<sup>78</sup> SOU 2019:56 Vägledning s. 4.

<sup>79</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 278 f., SOU 2016:78 s. 617 och SKR, Utveckla idéburet offentligt partnerskap i kommuner landsting och regioner, Rapport 2017, s. 5.

<sup>80</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 278.

<sup>81</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 278 f. och s. 289 ff. och se SKR, Utveckla idéburet offentligt partnerskap i kommuner, landsting och regioner, Rapport 2017, s. 4 ff.

<sup>82</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 278 f. och s. 289 ff.

# 3 EU:s behörighet inom offentlig upphandling och svensk välfärd

## 3.1 EU:s exklusiva behörighet och medlemsstaternas frihet att organisera sina sociala trygghetssystem

Som utgångspunkt för denna framställning är det viktigt att notera att Sverige är medlem i EU. Medlemskapet innebär bland annat, som väl känt, att EU-rätten äger företräde framför nationell rätt.<sup>83</sup> Medlemsstaterna är vidare skyldiga att implementera EU:s direktiv samt tillämpa en direktivkonform tolkning, som i övrigt är förenlig med EU:s fördrag.<sup>84</sup>

Enligt principen om tilldelade befogenheter äger EU-rätten dock enbart tillämpning inom EU:s befogenhetsområden.<sup>85</sup> Relevant för denna uppsats är att EU har *delad* befogenhet med medlemsstaterna vad gäller inre marknaden.<sup>86</sup> Delad befogenhet innebär att medlemsstaterna bibehåller sin befogenhet tills EU väljer att utöva sin befogenhet på området, genom exempelvis direktivlagstiftning.<sup>87</sup> När EU väl har utövat sin befogenhet har medlemsstaternas befogenhet också krympt i samma mån, vilket ger EU exklusiv behörighet på det lagstiftade området.<sup>88</sup>

Inom offentlig upphandling har EU valt att utöva sin befogenhet på den inre marknaden sedan 1971 genom olika direktiv som uppdateras och byts ut.<sup>89</sup> Det senaste och nu gällande upphandlingsdirektivet som är aktuellt vid köp av tjänster är som nämnt upphandlingsdirektivet – direktiv 2014/24/EU.<sup>90</sup> När en upphandlande myndighet tillämpar den lag som implementerar upphandlingsdirektivet, dvs. LOU, måste LOU alltså tillämpas direktivkonformt. Samtidigt följer det uttryckligen av artikel 1.5 i

<sup>83</sup> Mål 6/64 *Costa v. ENEL*, Chalmers m. fl., *European Union Law*, 4 uppl, s. 203 ff.

<sup>84</sup> Bergström och Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, s. 413 f. och s. 440.

<sup>85</sup> Bergström och Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, s. 76 f.

<sup>86</sup> Bergström och Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, s. 84.

<sup>87</sup> Bergström och Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, s. 85.

<sup>88</sup> Bergström och Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, s. 85.

<sup>89</sup> Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 58.

<sup>90</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG.

upphandlingsdirektivet att direktivet *inte* påverkar hur medlemsstaterna väljer att organisera sina sociala trygghetssystem, vilket även EU-domstolen har uttalat.<sup>91</sup>

Kommuner som väljer att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer vad gäller stödinsatser till våldsutsatta kvinnor kan argumenteras vara ett sätt att organisera det sociala trygghetssystemet, vilket i så fall skulle falla utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Frågan är dock var gränsen för upphandlingsdirektivets, tillika LOU:s, tillämpningsområde går vilket med tanke på EU:s tilldelade befogenheter och EU-rättens företrädare också bör bestämma gränsen för medlemsstaternas frihet att organisera sina sociala trygghetssystem.<sup>92</sup>

### **3.2 Upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde**

Enligt 1 kap. 2 § LOU ska LOU tillämpas när upphandlande myndigheter vidtar åtgärder i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt. En motsvarande beskrivning av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde återfinns i artikel 1.2 i upphandlingsdirektivet.<sup>93</sup> Kommuner är upphandlande myndigheter i LOU:s mening enligt 1 kap. 22 § LOU, varför kommuners samverkan med idéburna aktörer som bedriver kvinnojourverksamhet inte får resultera i köp av tjänst genom kontrakt i det fall LOU:s tillämpningsområde ska undvikas. Det är således definitionen och gränsdragningen av begreppen *tjänst* och *kontrakt* enligt LOU:s och EU-rättens mening som är avgörande för när bidrag och IOP kan direkttilldelas idéburna aktörer utan att LOU blir tillämplig. I syfte att besvara frågeställningen om kommuners möjligheter att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan tillämpning av LOU är följande avsnitt ägnat att utreda vad som är en tjänst enligt upphandlingslagstiftningen, och i kapitlet därefter utreds sedan vad som utgör ett kontrakt enligt samma lagstiftning.

<sup>91</sup> Mål C-218/00 *Cisal* p. 30.

<sup>92</sup> Jfr Janssen, *EU Public Procurement Law & Self Organisation*, s. 76 f.

<sup>93</sup> Tillämpningsområdet är inte förändrat i förhållande till tidigare direktiv, se skäl 4 i upphandlingsdirektivet.

## 4 Upphandlingspliktiga tjänster

### 4.1 Vilka tjänster som omfattas av LOU – en hätsk debatt

Begreppet tjänst definieras varken i LOU eller i upphandlingsdirektivet.<sup>94</sup> Begreppet har dock en EU-rättslig innebörd och eftersom EU-rätten äger företräde framför nationell rätt, samt eftersom direktiv ska tolkas i enlighet med EU-rätten i övrigt, är det EU-rättens definition(er) av tjänst som ska tillämpas i förhållande till LOU.<sup>95</sup>

En tjänst är enligt artikel 57 FEUF en prestation som normalt utförs mot ersättning. Sådana tjänster reglerar EU-rätten och omfattas således av LOU och upphandlingsdirektivet.<sup>96</sup> Inom EU-rätten kan dock vissa tjänster kategoriseras och klassificeras som *tjänster av allmänt intresse*, vilka i sin tur kan delas upp i *ekonomiska* och *icke-ekonomiska* tjänster av allmänt intresse.<sup>97</sup> Det är en relativt vedertagen uppfattning att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse faller utanför EU:s fördrag och därmed inte heller omfattas av upphandlingsdirektivet.<sup>98</sup> Detta klargörs bland annat av beaktandesats 6 i upphandlingsdirektivet där det framgår att *icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse* inte bör omfattas av direktivets tillämpningsområde. Vidare framgår av artikel 2 i EU:s protokoll (nr 26) om tjänster av allmänt intresse (protokollet), som har samma rättskällevärde som FEUF,<sup>99</sup> att bestämmelserna i fördragen inte på något sätt påverkar medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.

Det faktum att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte skulle omfattas av varken unionsrätten eller upphandlingsdirektivet har skapat debatt och förvirring om vilka möjligheter det ger upphandlande myndigheter att, utan konkurrensutsättning, ingå avtal

<sup>94</sup> SOU 2019:56 s. 246.

<sup>95</sup> Mål C-28/95 *Leur-Bloem* p. 32, SOU 2019:56 s. 199, s. 246, Bergström och Hettne, Introduktion till EU-rätten, s. 413 f. och s. 440 och HFD 2020 ref. 15 p. 16.

<sup>96</sup> Mål C-28/95 *Leur-Bloem* p. 32, SOU 2019:56 s. 199, s. 246, Bergström och Hettne, Introduktion till EU-rätten, s. 413 f. och s. 440 och HFD 2020 ref. 15 p. 16.

<sup>97</sup> Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten, s. 236 f.

<sup>98</sup> Prop. 2015/16:195 s. 336, SOU 2016:78 s. 400, SOU 2016:13 s. 412 och HFD 2020 ref. 15 p. 1, Brunlid UrT 2016 nr 4 s. 406 och jfr Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten, s. 237 ff.

<sup>99</sup> Thorell UrT 2017 nr 4 s. 273.

med tredje man som avser icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.<sup>100</sup> Närmare bestämt kretsar debatten kring huruvida tjänster som tredje man utför och får betalt för av upphandlande myndigheter överhuvudtaget *kan* klassificeras som tjänster av icke-ekonomiskt allmänt intresse. Mathias Sylvan har framfört en tolkning som innebär att skattefinansierade välfärdstjänster utgör sådana icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, vilka sedermera enligt honom kan utföras av tredje man på uppdrag av en upphandlande myndighet mot betalning utan att upphandlingslagstiftningen blir tillämplig.<sup>101</sup> Därav menar Sylvan att det är fullt möjligt för kommuner att fritt ingå avtal med idéburna kvinnojourer utan föregående offentlig upphandling.<sup>102</sup> Philip Thorell, å andra sidan, hävdar bestämt att en upphandlande myndighets anskaffning av icke-ekonomiska tjänster från tredje man *inte* faller utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, utan tvärtom måste upphandlas likt andra tjänster.<sup>103</sup>

#### **4.2 HFD 2020 ref. 15 om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse**

I avsaknad av konkreta uttalanden från EU-domstolen angående frågan om icke-ekonomiska tjänsters förhållande till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde var förhoppningen att HFD i det numera avgjorda ”IOP-målet”, HFD 2020 ref. 15, skulle klargöra den korrekta tolkningen i den hätska debatten.<sup>104</sup> HFD 2020 ref. 15 behandlade frågan om ett avtal avseende äldreomsorgstjänster benämnt ”idéburet offentligt partnerskap” som Alingsås kommun hade ingått med stiftelsen Bräcke Diakoni utan föregående offentlig upphandling egentligen omfattades av LOU:s tillämpningsområde. Konkurrensverket menade att så var fallet och att Alingsås kommun således hade vidtagit en otillåten direktupphandling, varför Konkurrensverket yrkade att Alingsås kommun skulle påföras en upphandlingsskadeavgift.<sup>105</sup> Alingsås kommun bestred

<sup>100</sup> Sylvan Upphandling24 8/8 2017, Thorell Upphandling24 24/11 2017, Sylvan Upphandling24 2/1 2018 och Thorell UrT 2017 nr 4 s. 279.

<sup>101</sup> Sylvan, Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad, s. 6 f. och Sylvan PPLR 2016 nr 6 s. 255.

<sup>102</sup> Sylvan Forum SVT Play 05:28:11-06:14:34 27/1 2020.

<sup>103</sup> Thorell Upphandling24 24/11 2017 och Thorell UrT 2017 nr 4, s. 279 f.

<sup>104</sup> SOU 2019:56 s. 206 och s. 288, Sylvan Mathias Sylvan 4/10 2019 och Thorell Upphandling24 24/11 2017.

<sup>105</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 4 och Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017 p. 1-4.

Konkurrensverkets bedömning och menade till sitt försvar, som var helt baserat på Sylvans tolkning och resonemang,<sup>106</sup> att avtalet inte omfattades av LOU:s tillämpningsområde överhuvudtaget eftersom de äldreomsorgstjänster som avtalet avsåg var icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.<sup>107</sup> Alingsås kommuns försvar hindrade dock inte HFD från att fastställa kammarrättens dom om upphandlingsskadeavgift för Alingsås kommun då det ingångna IOP-avtalet bedömdes omfattas av LOU och således utgöra en otillåten direktupphandling.<sup>108</sup> Genom HFD 2020 ref. 15, som meddelades 11 mars 2020, står det numera alltså klart att HFD underkänt Sylvans tolkning av icke-ekonomiska tjänsters förhållande till upphandlingslagstiftningen. Däremot är HFD inte alls tydlig med om, och i så fall under vilka förutsättningar, icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse någonsin kan utföras av tredje man med offentlig finansiering utan att LOU blir tillämplig. HFD uttalar enbart följande:

”Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse kan inte vara föremål för ett tjänstekontrakt enligt LOU. En förutsättning för att lagen ska vara tillämplig är nämligen att tjänsterna är av ekonomisk art.”<sup>109</sup>

HFD går sedan raskt vidare och prövar om avtalet i målet utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor enligt LOU.<sup>110</sup> HFD öppnar således till viss del upp för en fortsatt möjlig tolkning om att vissa tjänster inte är av ekonomisk art, varför de skulle kunna utföras av tredje man med offentlig finansiering utan tillämpning av LOU. Därmed kvarstår frågan huruvida välfärdstjänster som utförs av en idéburen aktör som samtidigt erhåller offentlig finansiering för verksamheten från en upphandlande myndighet kan utgöra icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller om sådan verksamhet alltid utgör tjänster av ekonomisk art och således ska konkurrensutsättas genom offentlig upphandling.

I syfte att *försöka* avgöra och avsluta denna hätska debatt ska jag i följande avsnitt i detta kapitel närmare utreda och diskutera det sannolika förhållandet mellan icke-

<sup>106</sup> Thorell UrT 2017 nr 4 s. 275.

<sup>107</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 8 och Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017 p. 12.

<sup>108</sup> HFD 2020 ref. 15 och Kammarrätten Göteborg 2019-05-08 mål nr. 3556-18.

<sup>109</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 18.

<sup>110</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 18-19.



ekonomiska tjänster av allmänt intresse och upphandlingsplikt. Sylvans tolkning har fram till HFD 2020 ref. 15 fått relativt stort genomslag och sannolikt utgjort stödet för de flertalet kommuner och regioner som ingått IOP utan föregående konkurrensutsättning.<sup>111</sup> I och med HFD:s delvis otydliga domskäl är det därav av intresse och vikt att först och främst redogöra för Sylvans tolkning, och sedan bemöta den med motargument baserade på främst EU-domstolens avgöranden. Utifrån dessa avgöranden tolkas sedan den sannolika innebörden av HFD:s avgörande fram, för att slutligen komma fram till en välavvägd slutsats huruvida tjänster som utförs av en idéburen aktör mot betalning från en upphandlande myndighet kan utgöra icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse och därmed falla utanför LOU:s tillämpningsområde.

### 4.3 Sylvans tolkning om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse

Att skattefinansierade välfärdstjänster utgör icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse grundar Sylan framförallt på EU-domstolens resonemang i avgörandet *Humbel* om vad som *inte* utgör en tjänst enligt artikel 57 FEUF.<sup>112</sup> Som nämnt är en tjänst enligt artikel 57 en prestation som normalt utförs mot *ersättning*. Kärnan i Sylvans tolkning av *Humbel* är kortfattat att betalning genom offentliga medel för välfärdstjänster inte utgör ”ersättning” enligt den mening som avses i artikel 57.<sup>113</sup>

EU-domstolens avgörande *Humbel* rörde en utbildning som belgiska staten tillhandahöll sina medborgare avgiftsfritt, men som andra EU-medborgare fick betala en avgift för, vilket gav upphov till en tvist mellan belgiska staten och ett par franska föräldrar som vägrade betala avgiften för sin son.<sup>114</sup> En fråga i målet var huruvida den utbildning belgiska staten tillhandahöll sina elever utgör en *tjänst* enligt fördragets mening.<sup>115</sup> EU-domstolen uttalade att det väsentliga kännetecknet för en tjänst är att det utgår ersättning samt att ersättningen normalt avtalas om mellan leverantören och mottagaren av tjänsten,<sup>116</sup> vilket i det aktuella målet betyder att ersättningen ska avtalas

<sup>111</sup> Thorell UrT 2017 nr 4 s. 271 f.

<sup>112</sup> Mål 263/86 *Humbel* och Sylan, Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad, s. 13.

<sup>113</sup> Sylan PPLR 2016 nr 6 s. 258 f. och s. 271.

<sup>114</sup> Mål 263/86 *Humbel* p. 2-5.

<sup>115</sup> Mål 263/86 *Humbel* p. 14.

<sup>116</sup> Mål 263/86 *Humbel* p. 17.

om mellan belgiska staten och eleverna. Enligt EU-domstolen saknades detta kännetecken för det belgiska utbildningssystemet av två skäl: dels var staten inte vinstsyftande, utan fullföljde sina skyldigheter på det sociala- kulturella och utbildningsområdet gentemot sin befolkning, och dels finansierades systemet av offentliga medel, varför utbildningen var gratis för mottagarna av tjänsten.<sup>117</sup> Därmed utgick ingen ersättning för tjänsten enligt EU-domstolen, varför utbildningen inte var en tjänst i EU-rättslig mening.<sup>118</sup> Denna slutsats påverkades inte av att utländska elever fick betala en mindre avgift.<sup>119</sup>

Utifrån EU-domstolens avgörande i *Humbel* argumenterar Sylvan, i korthet, att upphandlande myndigheters betalning till externa utförare av välfärdstjänster i syfte att uppfylla sina sociala skyldigheter inte utgör ”ersättning” enligt den mening som avses i artikel 57 FEUF.<sup>120</sup> Detta eftersom de tjänster som externa aktörer då tillhandahåller är *skattefinansierade* och därmed gratis för mottagarna, vilka Sylvan menar är de slutliga brukarna av tjänsten.<sup>121</sup> Sylvan menar vidare att välfärdstjänster generellt kan sägas uppfylla sociala skyldigheter liksom utbildning gör enligt *Humbel*.<sup>122</sup> Därav är alla välfärdstjänster ofta icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse vilka enligt Sylvan kan utföras åt upphandlande myndigheter av en extern aktör utan föregående offentlig upphandling.<sup>123</sup>

Som nämnt underkände HFD denna tolkning utan att närmare motivera varför. I följande avsnitt görs ett försök att klargöra det troliga bakomliggande resonemanget till HFD:s avgörande i den delen utifrån EU-domstolens rättspraxis och EU:s lagstiftning i syfte att slutligen komma fram till en välavvägd slutsats om icke-ekonomiska tjänsters sannolika förhållande till upphandlingsplikt.

<sup>117</sup> Mål 263/86 *Humbel* p. 18.

<sup>118</sup> Mål 263/86 *Humbel* p. 17-20.

<sup>119</sup> Mål 263/86 *Humbel* p. 19.

<sup>120</sup> Sylvan, *Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad* s. 26.

<sup>121</sup> Sylvan, *Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad* s. 7 och s. 26.

<sup>122</sup> Sylvan, *Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad* s. 13 och s. 25 f.

<sup>123</sup> Sylvan, *Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad* s. 13 och s. 25 f.

#### 4.4 Argument mot Sylvans tolkning om icke-ekonomiska tjänster och den sannolika innebörden av HFD 2020 ref. 15 i den delen

Den troliga bakomliggande orsaken till att HFD underkände Sylvans och Alingsås kommuns resonemang är att Sylvans slutsatser från *Humbel* vilar på en misstolkning, vilket enligt mig illustreras väl i EU-domstolens avgörande *Jundt*.<sup>124</sup> I *Jundt* var frågan bland annat huruvida en advokat som i form av bisyssla hade undervisat 16 timmar på ett statligt universitet, och fått viss betalning för detta, hade tillhandahållit en tjänst mot ersättning enligt artikel 57 FEUF.<sup>125</sup> Som svar på frågan upprepar EU-domstolen avgörandet i *Humbel* om att utbildning som ingår i ett system för offentlig undervisning och som helt eller delvis finansieras med offentliga medel inte omfattas av begreppet tjänst i den mening som avses i artikel 57 FEUF.<sup>126</sup> Sådana förhållanden som i *Humbel* förelåg dock inte i *Jundt* enligt EU-domstolen eftersom undervisningen i *Jundt* inte hade bedrivits av universitetet själv, utan av en fysisk person som universitet anlitar för att uppfylla sina uppgifter.<sup>127</sup> Den betalning som advokaten erhöll från universitet var därmed ”ersättning” och advokaten hade därav tillhandahållit universitetet en tjänst enligt fördragets mening.<sup>128</sup>

I *Jundt* påvisar alltså EU-domstolen att tjänsterelationen mellan upphandlande myndighet och brukare måste särskiljas från tjänsterelationen mellan upphandlande myndighet och externa utförare av tjänsten.<sup>129</sup> När en upphandlande myndighet erbjuder skattefinansierade välfärdstjänster i egen regi tillhandahålls icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse gentemot brukarna i enlighet med *Humbel*.<sup>130</sup> När en upphandlande myndighet anlitar en extern aktör för att utföra välfärdstjänster mot betalning är det däremot fråga om en ekonomisk tjänst gentemot den upphandlande myndigheten i enlighet med *Jundt*.<sup>131</sup> Utifrån *Jundt* är det således föga förvånande att HFD underkände Alingsås kommuns försvar som var baserat på Sylvans resonemang.

<sup>124</sup> Mål C-281/06 *Jundt*.

<sup>125</sup> Mål C-281/06 *Jundt* p. 6 och p. 21.

<sup>126</sup> Mål C-281/06 *Jundt* p. 30.

<sup>127</sup> Mål C-281/06 *Jundt* p. 31.

<sup>128</sup> Mål C-281/06 *Jundt* p. 31 och p. 34.

<sup>129</sup> För ett liknande resonemang, se Thorell UrT 2017 nr 4 s. 276 f.

<sup>130</sup> Jfr mål C-107/98 *Teckal* p. 50-51.

<sup>131</sup> För ett liknande resonemang, se Thorell UrT 2017 nr 4 s. 276 f.

En tjänst bör alltså anses vara en tjänst mot ersättning enligt artikel 57 FEUF, och därmed omfattas av upphandlingslagstiftningen, så fort en upphandlande myndighet väljer att anlita en extern aktör för att utföra tjänsten mot betalning.<sup>132</sup> Denna tolkning stöds även av EU-domstolens avgöranden *Stadt Halle* och *Helmut Müller*. I *Stadt Halle* uttalar EU-domstolen nämligen att upphandlingslagstiftningen är tillämplig ”när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående person”, utan att nämna något villkor om att avtalet inte får avse icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.<sup>133</sup> Vidare uttalar EU-domstolen i *Helmut Müller* att ett avtal med ekonomiska villkor bland annat innebär att en upphandlande myndighet erhåller en prestation mot vederlag, vilket enligt mig kan jämföras med att en tjänst är en prestation som normalt utförs mot ersättning enligt artikel 57 FEUF.<sup>134</sup> När en tjänst är föremål för ett avtal med ekonomiska villkor bör därmed, enligt min bedömning, definitionen av tjänst enligt artikel 57 samtidigt vara uppfylld.

Utifrån en samläsning av *Humbel*, *Jundt*, *Stadt Halle* och *Helmut Müller* är en mer nyanserad tolkning av tjänsters förhållande till upphandlingsplikt därmed att en tjänst är en tjänst mot ersättning enligt artikel 57 FEUF som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde när tjänsten anskaffas från tredje man *genom ett avtal med ekonomiska villkor*.<sup>135</sup> Denna tolkning är även i linje med HFD:s uttalande om att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte *kan* vara föremål för ett tjänstekontrakt enligt LOU, eftersom tjänsten i enlighet med EU-domstolens avgöranden i det skedet redan har omvandlats till en ekonomisk tjänst.<sup>136</sup> En sådan tolkning skulle även förklara varför HFD går vidare och prövar huruvida det föreligger ett kontrakt med ekonomiska villkor efter att ha uttalat att en förutsättning för att LOU ska vara tillämplig är att tjänsterna är av ekonomisk art.<sup>137</sup> Enligt min bedömning antyder HFD därmed att tjänster

<sup>132</sup> Mål C-281/06 *Jundt* p. 31 och p. 34.

<sup>133</sup> Mål C-26/03 *Stadt Halle* p. 47, för ett liknande resonemang se mål C-107/98 *Teckal* p. 51 och mål C-51/15 *Remondis* p. 39.

<sup>134</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 48 och mål 263/86 *Humbel* p. 17.

<sup>135</sup> Jfr mål C-107/98 *Teckal* p. 51 och Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, s. 60.

<sup>136</sup> Mål C-281/06 *Jundt* p. 31 och p. 34, mål C-26/03 *Stadt Halle* p. 47, mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 48 och mål 263/86 *Humbel* p. 17.

<sup>137</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 19-20.

som är föremål för ett avtal med ekonomiska villkor också är tjänster av ekonomisk art, vilka omfattas av upphandlingslagstiftningen. Följaktligen bör det finnas utrymme för en tolkning av HFD 2020 ref. 15 och EU-domstolen som innebär att LOU inte blir tillämplig i det fall en upphandlande myndighet finansierar tredje mans utförande av tjänster *på ett annat sätt* än genom ett avtal med ekonomiska villkor.<sup>138</sup>

Sammanfattningsvis bör en tjänst *alltid* anses vara en tjänst mot ersättning enligt artikel 57 FEUF som faller inom LOU:s tillämpningsområde när en upphandlande myndighet anskaffar tjänsten från tredje man genom ett avtal med ekonomiska villkor.<sup>139</sup> En upphandlande myndighet kan därmed inte tilldela ett avtal med ekonomiska villkor till tredje man utan iakttagande av LOU med hänvisning till att kontraktet avser ”tjänster av icke-ekonomisk art”.<sup>140</sup>

En sådan tolkning strider dessutom inte mot artikel 2 i protokollet som stadgar att bestämmelserna i fördragen inte på något sätt ska påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.<sup>141</sup> EU-domstolen har nämligen varit tydlig med att medlemsstaternas behörighet i förhållande till offentlig upphandling endast innebär att en upphandlande myndighet *inte har en skyldighet* att konkurrensutsätta och upphandla tjänster från tredje man, utan behörigheten innebär helt enkelt en *frihet att välja* om tjänsten i stället ska tillhandahållas i egen regi inom den upphandlande myndighetens egna organisation.<sup>142</sup> Om en upphandlande myndighet sedan väljer att anskaffa en tjänst från tredje man genom ett avtal med ekonomiska villkor ska upphandlingslagstiftningen följligen tillämpas för att säkra fri rörlighet av tjänster inom unionen.<sup>143</sup> Medlemsstaternas behörighet att beställa tjänster av icke-ekonomisk art enligt artikel 2 i protokollet är således begränsad till friheten att bestämma huruvida en beställning av tjänster överhuvudtaget ska göras eller ej, och utgör alltså inte ett undantag till upphandlingslagstiftningens tillämpnings-

<sup>138</sup> Se även mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och skäl 5 i upphandlingsdirektivet.

<sup>139</sup> Jfr SOU 2019:56 bilaga 3 s. 462.

<sup>140</sup> Jfr Thorell UrT 2017 nr 4 s. 276 ff.

<sup>141</sup> För en annan uppfattning, se Sylvan, Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad, s. 8 ff.

<sup>142</sup> Mål C-285/18 *Irgita* p. 44-47, mål C-11/19 *Azienda* p. 42 och mål C-51/15 *Remondis* p. 39.

<sup>143</sup> Mål C-107/98 *Teckal* p. 51, mål C-372 *Watts* p. 92, mål C-444/05 *Stamatelaki* p. 23, mål C-26/03 *Stadt Halle* p. 47, mål C-305/08 *CoNISMa* p. 37 och p. 50, och mål C-434/97 *Kommissionen v. Frankrike* p. 21.

område.<sup>144</sup> På samma sätt bör skäl 6 i upphandlingsdirektivet anses klargöra att de icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som en upphandlande myndighet tillhandahåller i egen regi inte omfattas av upphandlingsplikt, så länge den upphandlande myndigheten väljer att fortsätta tillhandahålla tjänsterna i egen regi.<sup>145</sup>

#### **4.5 Sammanfattande slutsats om upphandlingspliktiga tjänster**

Sammanfattningsvis är en skattefinansierad välfärdstjänst en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse när en upphandlande myndighet tillhandahåller tjänsten i egen regi. När en upphandlande myndighet väljer att anlita tredje man för att utföra tjänsterna genom ett avtal med ekonomiska villkor är det däremot fråga om en tjänst mot ersättning enligt artikel 57 FEUF. En sådan tjänst ska därmed konkurrensutsättas i enlighet med LOU. En kommun kan med andra ord inte tilldela ett avtal med ekonomiska villkor till en idéburen kvinnojour utan föregående offentlig upphandling genom att påstå att kvinnojourns verksamhet skulle utgöra ”tjänster av icke-ekonomisk art”. Däremot bör en kommun kunna finansiera en idéburen kvinnojourns tjänster utan att upphandlingsplikt inträder i det fall finansieringen *inte* görs genom ett avtal med ekonomiska villkor.

Förutom att det ska vara fråga om en tjänst krävs dessutom, som nämnt i avsnitt 3.2, att det föreligger ett kontrakt för att LOU ska vara tillämplig. Enligt artikel 2.1.5 i upphandlingsdirektivet och 1 kap. 15 § LOU måste ett sådant kontrakt vara just ett avtal med ekonomiska villkor för att det ska vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.<sup>146</sup> Det är således inte en tillämpning av rekvisitet *tjänst* som huvudsakligen avgör när en tjänst är upphandlingspliktig eller ej. Det är snarare tillämpningen och gränsdragningen av när ett kontrakt föreligger i upphandlingsrättslig mening som avgör när en tjänst är upphandlingspliktig, vilket också sätter gränsen för kommuners möjlighet att finansiera idéburna kvinnojourners tillhandahållande av tjänster utan tillämpning av LOU.<sup>147</sup> Som sammanfattande slutsats är en tjänst upphandlingspliktig när tjänsten blir föremål för ett upphandlingspliktigt kontrakt.

<sup>144</sup> Thorell UrT 2017 nr 4 s. 278.

<sup>145</sup> Thorell UrT 2017 nr 4 s. 278, se även skäl 5 i upphandlingsdirektivet.

<sup>146</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 47-48.

<sup>147</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 30.

# 5 Upphandlingspliktiga kontrakt

## 5.1 Vad som utgör ett kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen

Slutsatsen i föregående kapitel är att en förutsättning för upphandlingspliktens inträde är att upphandlande myndighet avser att anskaffa tjänster *genom offentligt ett kontrakt*.<sup>148</sup> Med andra ord är det definitionen och gränsdragningen av vad som utgör ett kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen som är avgörande för vilket utrymme kommuner har att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan att LOU blir tillämplig.<sup>149</sup>

Enligt artikel 2.1.5 i upphandlingsdirektivet definieras ett offentligt kontrakt som ett *skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor* som ingås mellan en eller flera *ekonomiska aktörer* och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av tjänster (mina kursiveringar). Denna bestämmelse har implementerats i 1 kap. 15 § LOU som lyder: Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och som avser tillhandahållande av tjänster. Enligt EU-domstolen är den rättsliga kvalificeringen av ett avtal enligt nationell rätt emellertid inte relevant vid frågan om ett avtal omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.<sup>150</sup> Av denna anledning är det EU-domstolens definition av ett kontrakt enligt upphandlingsdirektivet som är avgörande för när ett kontrakt enligt LOU föreligger.<sup>151</sup>

För att avgöra när ett kontrakt enligt LOU föreligger tillämpas därför främst EU-domstolens tolkning av kontraktsdefinitionen enligt upphandlingsdirektivet i följande avsnitt. Först och främst utreds innebörden av *ekonomiska villkor*, därefter förs en diskussion om vad som utgör en *ekonomisk aktör*, där frågan om när en *marknad* uppstår aktualiseras, och slutligen diskuteras huruvida *kravet om skriftlighet* utgör en förutsättning för upphandlingslagstiftningens tillämplighet.

<sup>148</sup> Se även mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och Steinicke, Brussels Commentary EU Public Procurement Law, s. 158.

<sup>149</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 30.

<sup>150</sup> Mål C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* p. 50, mål C-536/07 *Kommissionen v. Tyskland* p. 54 och mål C-220/05 *Jean Aroux* p. 40.

<sup>151</sup> Jfr prop. 2015/16 s. 319.

## 5.2 Ekonomiska villkor – en förutsättning för LOU:s tillämplighet

### 5.2.1 Ekonomiska villkor – vad är det?

För att upphandlingslagstiftningen ska vara tillämplig krävs att ett kontrakt har *ekonomiska villkor*, i annat fall omfattas kontraktet varken av upphandlingsdirektivets eller LOU:s tillämpningsområde.<sup>152</sup> Först och främst måste ett avtal med ekonomiska villkor innebära att en upphandlande myndighet erhåller en prestation mot vederlag.<sup>153</sup> Utbetalningen av vederlaget måste vidare vara *knuten* till en avtalsenlig motprestation för att anses vara vederlag, och inte enbart annan offentlig finansiering.<sup>154</sup> Det spelar i princip ingen roll hur stort eller litet vederlaget är, det räcker om vederlaget utgör en del av kostnadstäckningen för den avtalsenliga prestationens utförande.<sup>155</sup> För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor, och således ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, är det däremot absolut nödvändigt att den avtalsenliga prestationen är av *direkt ekonomiskt intresse* för den upphandlande myndigheten.<sup>156</sup> Vidare måste avtalet innebära att det uppstår *rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär*.<sup>157</sup>

I syfte att utreda kommuners utrymme att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan att LOU blir tillämplig utreds därför i de två följande avsnitten vad som utgör prestationer av direkt ekonomiskt intresse för en upphandlande myndighet i förhållande till välfärdstjänster, samt vad det innebär med rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.

### 5.2.2 Välfärdstjänster som är av direkt ekonomiskt intresse

Av EU-domstolens avgörande *Helmut Müller*, som rörde ett kontrakt avseende byggentreprenad, framgår att en upphandlande myndighet anses ha ett direkt ekonomiskt

<sup>152</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 30 och p. 40, mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 47, mål C-271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 75, Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, s. 394 och Steinicke, *Brussels Commentary EU Public Procurement Law*, s. 161.

<sup>153</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 48.

<sup>154</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26, Steinicke, *Brussels Commentary EU Public Procurement Law*, s. 162 och SOU 2019:56 s. 293.

<sup>155</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 29, mål C-159/11 *Lecce* p. 29 och mål C-386/11 *Piepenbrock* p. 31.

<sup>156</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 40, mål C-51/15 *Remondis* p. 43, mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 49 och mål C-271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 75.

<sup>157</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 40 och mål C-51/15 *Remondis* p. 43.



intresse när den upphandlande myndigheten blir *ägare till resultatet* av den prestation som är föremål för kontraktet.<sup>158</sup> Vidare framgår av samma avgörande att ett sådant ekonomiskt intresse också föreligger när den upphandlande myndigheten på *rättslig grund garanteras tillgång* till de anläggningar som är föremål för kontraktet i syfte att använda dem för offentliga ändamål.<sup>159</sup> Även de *ekonomiska fördelar* som den upphandlande myndigheten kan få vid en framtida användning eller överlåtelse av den anläggning som kontraktet avser kan utgöra direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten enligt EU-domstolens avgörande i *Helmut Müller*.<sup>160</sup>

*Helmut Müller* behandlade som nämnt ett kontrakt avseende byggtrepreneurad, dvs. fysiska anläggningar, varför EU-domstolens resonemang ovan svårligen kan appliceras direkt på frågan när ett kontrakt avseende välfärdstjänster är av direkt ekonomiskt intresse för en upphandlande myndighet. För vem kan egentligen sägas äga resultatet av en välfärdstjänst? En gemensam nämnare för EU-domstolens resonemang om äganderätt, nyttjanderätt och ekonomiska fördelar i *Helmut Müller* är emellertid att de alla har ett *ekonomiskt värde* för den upphandlande myndigheten. Kärnan i EU-domstolens resonemang i *Helmut Müller* kan således argumenteras vara att ett kontrakt som ger den upphandlande myndighet något slags ekonomiskt värde också är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten.

Ett exempel på ett annat ekonomiskt värde för en upphandlande myndighet än de som räknas upp i *Helmut Müller* är i det fall tredje man utför tjänster som den upphandlande myndigheten enligt lag *annars hade behövt utföra*.<sup>161</sup> Att tredje man utför sådana tjänster kan alltså argumenteras vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten eftersom tredje mans prestation då befriar myndigheten från att utföra tjänsten. Prestationen har på så sätt ett ekonomiskt värde för myndigheten.<sup>162</sup>

Ett liknande resonemang förde Konkurrensverket i sin ansökan om upphandlingsskadeavgift gentemot Alingsås kommun som föranledde HFD 2020 ref.

<sup>158</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 50.

<sup>159</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 51.

<sup>160</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 52.

<sup>161</sup> Jfr mål C-271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 77-80.

<sup>162</sup> Jfr mål C-380/98 *University of Cambridge* p. 24 och mål C-271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 77-80.

15.<sup>163</sup> Konkurrensverket anförde att Alingsås kommun har en skyldighet enligt lag att tillhandahålla äldreomsorg för sina invånare, varför det avtal mellan Alingsås kommun och Bräcke Diakoni där Bräcke Diakoni åtog sig att utföra sådana äldreomsorgstjänster var av direkt ekonomiskt intresse för kommunen.<sup>164</sup> HFD instämde med Konkurrensverkets bedömning och uttalade följande:

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att kommunen är ansvarig för att tillhandahålla kommuninvånarna äldreomsorg enligt socialtjänstlagen (2001:453), vilket innefattar hemtjänst och särskilda boendeformer för service och omvårdnad, samt hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) åt den som bor i ett sådant särskilt boende. Genom det nu aktuella avtalet åtar sig stiftelsen att tillhandahålla tjänster av nyss nämnda slag för kommunens räkning i utbyte mot ekonomisk ersättning. Stiftelsens prestationer får därmed anses vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen.<sup>165</sup>

Enligt HFD:s tolkning och tillämpning av EU-rätten är således ett avtal där tredje man åtar sig att utföra tjänster som den upphandlande myndigheten enligt lag är skyldig att tillhandahålla av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten. Denna tolkning går även i linje med *Helmut Müller*, eftersom ett sådant avtal skulle garantera den upphandlande myndigheten tillgång till tjänsterna i syfte att använda dem för offentliga ändamål.<sup>166</sup> HFD:s tolkning av direkt ekonomiskt intresse får därmed, enligt min uppfattning, anses utgöra en korrekt tolkning av upphandlingsdirektivet och följaktligen anses utgöra gällande rätt.<sup>167</sup> Som slutsats i denna del bör ett avtal anses vara av direkt ekonomiskt intresse för en kommun i det fall avtalet garanterar kommunen tillgång till tjänster som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla sina invånare.

Huruvida idéburna aktörer som bedriver kvinnojoursverksamhet tillhandahåller välfärdstjänster som kommuner enligt lag är skyldig att tillhandahålla, och således skulle kunna vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen, prövas mer ingående i avsnitt 6.2. Det går därmed i detta stadiet inte att utesluta att avtal avseende välfärdstjänster i form

<sup>163</sup> Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017 p. 21.

<sup>164</sup> Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017 p. 21.

<sup>165</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 20-21.

<sup>166</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 51, se även mål C-271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 77-80.

<sup>167</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28-29, mål C-159/11 *Lecce* p. 29 och mål C-386/11 *Piepenbrock* p. 31.

av kvinnojoursverksamhet är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten, varför upphandlingslagstiftningen kan vara tillämplig i denna del.

### 5.2.3 Rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär

Förutom att kontraktet ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten behöver kontraktet dessutom innebära att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär för att det ska vara fråga om ett upphandlingspliktigt kontrakt.<sup>168</sup>

Enligt EU-domstolen uppstår sådana rättsligt bindande skyldigheter för en leverantör när kontraktet innebär att leverantören är direkt eller indirekt skyldig att utföra den prestation som är föremål för kontraktet.<sup>169</sup> Det måste vidare vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas och utkrävas i domstol.<sup>170</sup> Det ska som nämnt vara fråga om ett kontrakt med *ömsesidigt* bindande skyldigheter, dock har EU-domstolen inte uttalat sig om när rättsligt bindande skyldigheter uppstår för den upphandlande myndighetens del.<sup>171</sup> Erik Olsson och Johan Falk har emellertid kommit fram till en, enligt mig, rimlig slutsats om att en sådan rättsligt bindande skyldighet föreligger för en upphandlande myndighet när leverantören hos domstol kan utkräva att den upphandlande myndigheten fullgör den avtalade betalningen för prestationen.<sup>172</sup>

För att rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär ska anses föreligga måste alltså fullgörandet av både den avtalade tjänsten *och* betalningen kunna åberopas och utkrävas hos domstol.<sup>173</sup> Med anledning av att medlemsstaterna har självbestämmanderätt i processuella frågor har EU-domstolen i *Helmut Müller* vidare uttalat att det måste vara fråga om ”en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol *i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten*” (min

<sup>168</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 40 och mål C-51/15 *Remondis* p. 43.

<sup>169</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 63.

<sup>170</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 62 och mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 49.

<sup>171</sup> Jfr mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 63 och mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 49.

<sup>172</sup> Olsson och Falk ERT 2017 nr 3 s. 593.

<sup>173</sup> Olsson och Falk ERT 2017 nr 3 s. 593.

kursivering).<sup>174</sup> Därav uppstår frågan vilken betydelse nationell rätt har vid prövningen huruvida rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär föreligger.

Som tidigare nämnt har EU-domstolen visserligen uttalat att den rättsliga kvalificeringen av ett avtal enligt nationell rätt *inte är relevant* vid frågan huruvida ett avtal omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.<sup>175</sup> Det ska dock poängteras att dessa uttalanden motiverades med att upphandlingsdirektivens definition av kontrakt inte uttryckligen hänvisar till nationell rätt, vilket var anledningen till att EU-domstolen ansåg att kontraktsdefinitionens innebörd och räckvidd var en fråga för enbart unionsrätten.<sup>176</sup> Vidare kom dessa uttalanden från EU-domstolen före avgörandet *Helmut Müller* vari EU-domstolen då uttryckligen hänvisar till nationell rätt när det gäller frågan om fullgörandet av en skyldighet kan åberopas i domstol.<sup>177</sup> Med tanke på att det numera faktiskt finns en EU-rättslig uttrycklig hänvisning till nationell rätt bör svensk rätt, enligt min bedömning, äga tillämpning i den del av kontraktsdefinitionen som prövar huruvida det föreligger ömsesidiga skyldigheter vars fullgörande kan åberopas i domstol.<sup>178</sup> Denna tolkning är även i linje med ett nytt avgörande som meddelades 28 maj 2020 där EU-domstolen uttalar att hänsyn ska tas till den lagstiftningsmiljö i vilken avtalet har ingåtts vid bedömningen huruvida ett avtal är ömsesidigt förpliktande.<sup>179</sup>

Sammanfattningsvis uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär när både den upphandlande myndigheten och tjänsteleverantören kan åberopa den andres skyldigheter och utkräva dess fullgörande hos svensk domstol. I prövningen huruvida en skyldighet kan åberopas och utkrävas i domstol har EU-domstolen tillsynes frångått sin annars exklusiva behörighet att definiera upphandlingspliktiga kontrakt och i stället antytt att nationell rätt har betydelse för när ett upphandlingspliktigt kontrakt

<sup>174</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 62-63.

<sup>175</sup> Mål C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* p. 50, mål C-536/07 *Kommissionen v. Tyskland* p. 54 och mål C-220/05 *Jean Aroux* p. 40.

<sup>176</sup> Mål C-220/05 *Jean Aroux* p. 40 och mål C-264/03 *Kommissionen v. Frankrike* p. 36.

<sup>177</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 63.

<sup>178</sup> Jfr mål C-260/17 *Anidoki* p. 25, mål C-279/12 *Fish Legal* p. 42-43 och mål C-15/16 *Baumeister* p.24. Se även och mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 42 och p. 49 och jfr SOU 2019:56 bilaga 3 s. 435 ff.

<sup>179</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 42.

föreligger i denna del.<sup>180</sup> För att närmare kunna avgöra gränsdragningen för när rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär uppstår bör frågan dock prövas i det enskilda fallet mot en specifik finansierings- och samverkansform, vilket görs i förhållande till bidrag och IOP i avsnitt 6.3 respektive avsnitt 7.3.

### 5.3 Är en idéburen kvinnojour lika med en ekonomisk aktör?

#### 5.3.1 Definition av ekonomisk aktör – marknad som förutsättning

I följande avsnitt diskuteras vad det har för betydelse *vem* den upphandlande myndigheten ingår avtal med för att det ska vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Enligt upphandlingsdirektivets definition av kontrakt ska nämligen kontraktet ingå mellan en upphandlande myndighet och en *ekonomisk aktör*.<sup>181</sup> Det är därav av intresse att utreda vilka organisationer som utgör en ekonomisk aktör och huruvida idéburna kvinnojouren kan falla utanför begreppet, och därmed möjliggöra att upphandlande myndigheter ingår avtal med idéburna kvinnojouren utan iakttagande av upphandlingslagstiftningen. I LOU har den svenska lagstiftaren bytt ut begreppet ekonomisk aktör med begreppet *leverantör*, men likt det mesta i kontraktsdefinitionen är det EU-rätten samt EU-domstolens tolkning av upphandlingsdirektivets begrepp ekonomisk aktör som är vägledande.<sup>182</sup>

Enligt artikel 2.1.10 i upphandlingsdirektivet är en ekonomisk aktör varje fysisk eller juridisk person som erbjuder sig att tillhandahålla tjänster på marknaden. Nästintill likalydande stadgar 1 kap. 16 § LOU att med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster. Skäl 14 i upphandlingsdirektivet klargör att begreppet ekonomisk aktör bör ges en vid tolkning så att det omfattar alla personer som erbjuder sig att tillhandahålla tjänster på marknaden, oberoende av vilken juridisk form de har valt för sin verksamhet. Även om skäl till direktiv inte är juridiskt bindande utgör skäl viktiga tolkningsdata i förhållande till de artiklar de anknyter till.<sup>183</sup> Det bör därmed vara klarlagt

<sup>180</sup> Jfr mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 42.

<sup>181</sup> Artikel 2.1.5 direktiv 2014/24/EU.

<sup>182</sup> Prop. 2015/16:195 s. 341, mål C-264/03 *Kommissionen v. Frankrike* p. 36, mål C-220/05 *Jean Auroux* p. 40 och Risvig Hamer UrT nr 3 2016 s. 180 f.

<sup>183</sup> Hettne och Bergström, *Introduktion till EU-rätten* s. 392 och mål 215/88 *Casa Fleischhandels-GmbH* p. 31.

att idéburna aktörer *inte* kan falla utanför definitionen av begreppet ekonomisk aktör enbart på grund av sin organisatoriska form.<sup>184</sup> Däremot framgår genomgående i upphandlingsdirektivet, i dess skäl samt i LOU att en ekonomisk aktör ska erbjuda att tillhandahålla sina tjänster på *marknaden* för att det ska vara fråga om en ekonomisk aktör. Det intressanta är att idéburna aktörer, som nämnt, definieras som organisationer som agerar *utanför marknaden*,<sup>185</sup> varför följande avsnitt reder ut när en marknad uppstår i upphandlingsrättslig mening, samt huruvida en idéburen kvinnojour kan anses tillhandahålla tjänster på en marknad.

### 5.3.2 När en marknad bör anses uppstå enligt upphandlingslagstiftningen

I linje med resonemanget ovan har intresseorganisationen Forum framhållit att upphandlingslagstiftningen inte är tillämplig när det inte finns en marknad för de efterfrågade tjänsterna.<sup>186</sup> Forum menar vidare att det inte finns någon rättslig skyldighet för upphandlande myndigheter att *skapa* en marknad och ”locka fram” kommersiella aktörer genom offentlig upphandling när en marknad för den ifrågavarande tjänsten inte finns.<sup>187</sup> I sitt resonemang utgår Forum från att en marknad existerar först när det faktiskt redan finns *kommersiella*, dvs. vinstdrivande, marknadsaktörer som tillhandahåller, eller kan tänka sig tillhandahålla, efterfrågad tjänst.<sup>188</sup> En upphandlande myndighet kan därför, enligt Forum, ingå IOP med idéburna aktörer utan tillämpning av upphandlingslagstiftningen när det konstateras att det saknas kommersiella aktörer som kan tänkas vara villiga att utföra den efterfrågade tjänsten.<sup>189</sup> Denna uppfattning delas även av ett flertal kommunala företrädare som menar att en marknad uppstår först när en kommersiell aktör etablerar sig för tjänsten.<sup>190</sup> Avseende kvinnojourer finns det minst 200 kvinnojourer i Sverige, varav ca 71 % bedöms bedrivas av olika idéburna aktörer, ca 21 % i kommunal regi och 8 % av kommersiella aktörer.<sup>191</sup> Utifrån denna statistik bedömer Forum att det ”knappast finns någon kommersiell marknad för kvinnojourer”, varför kommuner i

<sup>184</sup> Jfr Steinicke, Brussels Commentary EU Public Procurement Law, s. 160.

<sup>185</sup> SOU 2019:56 s. 55.

<sup>186</sup> Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 31 f.

<sup>187</sup> Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 32.

<sup>188</sup> Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 32 f.

<sup>189</sup> Daneshpip m.fl., Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?, s. 32 f.

<sup>190</sup> SOU 2016:13 s. 404.

<sup>191</sup> SOU 2016:13 s. 391-393.

huvudregel kan ingå partnerskap med en idéburen aktör avseende kvinnojobsverksamhet utan föregående konkurrensutsättning.<sup>192</sup>

Jag vill dock invända mot Forums uppfattning och påstå att en marknad bör uppstå även när *idéburna aktörer* finns för att tillhandahålla tjänsten. Som stöd för min ståndpunkt kan anges att den nationella rätten alltid ska tolkas så långt som möjligt utifrån syftet med upphandlingslagstiftningen, vilket är att öppna upp kontrakt för så bred konkurrens som möjligt.<sup>193</sup> Forums tolkning av när en marknad uppstår skulle möjliggöra att en upphandlande myndighet kan direkttilldela ett kontrakt till en annan fristående juridisk person utan iakttagande av unionsrätten och upphandlingslagstiftningen, vilket enligt EU-domstolen skulle begränsa konkurrensen och därmed stå i strid mot upphandlingslagstiftningens syfte.<sup>194</sup> Begreppet ekonomisk aktör ska dessutom inte tolkas restriktivt enligt EU-domstolen just på grund av den annars påtagliga risken att kontrakt tilldelas till tredje man direkt utan tillämpning av upphandlingslagstiftningen.<sup>195</sup> Utifrån EU-domstolens resonemang bör en marknad därmed existera även i det fall aktörerna för tjänsterna inte är kommersiella. Denna tes stöds vidare, och framför allt, av EU-domstolens uttalande om att ett avtal inte kan undgå att omfattas av begreppet kontrakt enbart på grund av att avtalet ingås med ett icke-vinstdrivande organ.<sup>196</sup> Vidare har EU-domstolen uttalat att det faktum att en juridisk person är icke-vinstdrivande inte utesluter att denne utgör en ekonomisk aktör enligt upphandlingslagstiftningen.<sup>197</sup>

Med tanke på att definitionen av en ekonomisk aktör dessutom är oberoende av den juridiska personens organisatoriska form finns det därmed inga som helst belägg för att upphandlingslagstiftningen skulle göra åtskillnad mellan kommersiella och idéburna aktörer i fråga om när en marknad uppstår, snarare tvärtom.<sup>198</sup> Sammanfattningsvis är tolkningen att en marknad uppstår oberoende om det är en kommersiell eller idéburen aktör som kan tillhandahålla tjänsten mest förenlig med upphandlingslagstiftningens syfte

<sup>192</sup> Daneshpip m.fl., *Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?*, s. 32.

<sup>193</sup> Mål C-26/03 *Stadt Halle* p. 47 och mål C-305/08 *CoNISMa* p. 37 och p. 50.

<sup>194</sup> Mål C-50/15 *CASTA* p. 55 och jfr mål C-305/08 *CoNISMa* p. 43.

<sup>195</sup> Mål C-305/08 *CoNISMa* p. 43.

<sup>196</sup> Mål C-50/14 *CASTA* p. 52 och mål C-113/13 *Spezzino* p. 36-37, jfr även mål C-305/08 *CoNISMa* p. 28.

<sup>197</sup> Mål C-305/08 *CoNISMa* p. 45.

<sup>198</sup> Jfr mål C-50/14 *CASTA* p. 52, mål C-305/08 *CoNISMa* p. 28 och 45 och skäl 14 i upphandlingsdirektivet.

och EU-domstolens praxis, varför den bör ges företräde.<sup>199</sup> En upphandlande myndighet kan därmed inte direkttilldela ett avtal till en idéburen kvinnojour med argumentet att det inte finns några kommersiella aktörer på ifrågavarande marknad.

### 5.3.3 Bristande konkurrens som undantag från LOU:s tillämpningsområde

Forum har dock en poäng i att en upphandlande myndighet kan direkttilldela kontrakt utan föregående annonsering (direktupphandling) enligt 6 kap. 12 § LOU i det fall konkurrens inte finns för det ifrågavarande kontraktet.<sup>200</sup> Detta utgör ett uttryckligt reglerat undantag till LOU:s tillämpningsområde, och gäller i huvudregel enbart *efter* att bristande konkurrens upptäcks genom att inga lämpliga anbud har lämnats i en annonserad upphandling för ifrågavarande kontrakt enligt 6 kap. 12 § LOU. Undantag i upphandlingslagstiftningen ska enligt EU-domstolen tolkas strikt,<sup>201</sup> varför det inte bör anses förenligt med upphandlingslagstiftningen att en upphandlande myndighet bedömer att konkurrensen för efterfrågad tjänst är obefintlig utan att först *kontrollera* detta genom att annonsera upphandlingen öppet i enlighet med LOU. Skäl 50 i upphandlingsdirektivet anger emellertid att undantaget som regleras i 6 kap. 12 § LOU visserligen kan användas utan tidigare annonsering under ”mycket exceptionella omständigheter”, bland annat om:

”/.../ det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet.”

Det ska i denna fråga poängteras att eftersom det, som nämnt, uppskattningsvis finns ca 200 kvinnojurer i Sverige varav 71 % utgör idéburna aktörer innebär det att ca 142 *olika* idéburna aktörer kan tillhandahålla liknande tjänster,<sup>202</sup> varför det enkelt kan konstateras att det bör föreligga en konkurrens idéburna aktörer emellan.<sup>203</sup> Vidare bör den svenska marknaden för kvinnojoursverksamhet generellt sett inte anses vara geografiskt uppdelad, utan omfatta hela Sverige, med tanke på att det exempelvis är vanligt att våldsutsatta

<sup>199</sup> Mål C-434/97 *Kommissionen v. Frankrike* p. 21 och jfr mål C-305/08 *CoNISMa* p. 50.

<sup>200</sup> 6 kap. 12 § LOU implementerar artikel 32.2 a första stycket i upphandlingsdirektivet.

<sup>201</sup> Mål C-26/03 *Stadt Halle* p. 46 och skäl 50 i upphandlingsdirektivet.

<sup>202</sup> SOU 2016:13 s. 393.

<sup>203</sup> Vissa idéburna aktörer framhåller missnöje över när en upphandlande myndighet direkttilldelar IOP till andra idéburna aktör eftersom det stänger ute idéburna aktörer som har mindre etablerade kontakter med det offentliga, vilket tyder på en befintlig konkurrens, se SOU 2019:56 s. 280 och SOU 2016:13 s. 406.



kvinnor flyttar till skyddade boenden långt från sin hemkommun för att undkomma sin förövare.<sup>204</sup> Därmed bör det i huvudregel finnas konkurrens för idéburna aktörers kvinnojoursverksamhet överallt i Sverige. På grund av det stora antalet aktörer som kan tillhandahålla liknande tjänster bör en kommun alltså inte heller med tillämpning av 6 kap. 12 § LOU kunna direkttilldela ett kontrakt till en idéburen aktör avseende kvinnojoursverksamhet utan att först offentliggöra och konkurrensutsätta kontraktet genom offentlig upphandling.

#### *5.3.4 Analys av HFD 2020 ref. 15 i frågan om när en marknad uppstår*

Avslutningsvis kan nämnas att tolkningen om att en marknad uppstår oberoende av vilken sorts aktör som finns för att tillhandahålla tjänsten även går i linje med HFD 2020 ref. 15. I målet prövade HFD bland annat huruvida en marknad finns för de äldreomsorgstjänster som avtalet i målet omfattade, varpå HFD konstaterade att det står ”klart” att det finns en marknad för sådana tjänster i Sverige. Som stöd för detta anförde HFD att Alingsås kommun faktiskt upphandlat de tjänster som omfattades av avtalet tidigare,<sup>205</sup> dvs. att ett kontrakt för ifrågavarande tjänst tidigare hade tilldelats i konkurrens med ett flertal lämpliga anbudsgivare.<sup>206</sup> Därför var den idéburna aktören, Bräcke Diakoni, en leverantör i LOU:s mening.<sup>207</sup>

Enligt mig ska HFD:s resonemang *inte* läsas som att en förutsättning för att en marknad uppstår är att tjänsten ifråga har konkurrensutsatts tidigare genom offentlig upphandling, utan snarare läsas som att HFD i det enskilda fallet konstaterar att ett flertal aktörer bevisligen hade kunnat tillhandahålla tjänsten i stället – varför det fanns en marknad för tjänsterna. HFD antyder även att det inte spelar någon roll huruvida dessa aktörer är kommersiella eller idéburna genom att uttala: ”I sammanhanget saknar det betydelse om stiftelsen varken har ett vinstsyfte, är organiserad som ett företag eller närvarar stadigvarande på marknaden”.<sup>208</sup>

<sup>204</sup> Prop. 2006/07:38 s. 14 och s. 42, Nordlund Sveriges Radio 19/2 2019 och Franzen Almedalen.se 24/6 2019.

<sup>205</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 22.

<sup>206</sup> Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017 p. 35.

<sup>207</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 22.

<sup>208</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 22.

5.3.5 *Sammanfattande slutsats om ekonomisk aktör och när en marknad uppstår*  
Sammanfattningsvis är tolkningen att en marknad uppstår oberoende av om den etablerade aktören för tjänsten är idéburen eller kommersiell mest förenlig med upphandlingsdirektivets syfte att öppna upp kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, varför den bör ges företräde.<sup>209</sup> En idéburen aktör som tillhandahåller en tjänst mot ersättning till en upphandlande myndighet erbjuder därmed en tjänst på den *offentliga marknaden*, och blir följaktligen också en ekonomisk aktör enligt artikel 2.1.10 i upphandlingsdirektivet.<sup>210</sup> Därav kan upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde inte heller undvikas genom en tolkning och tillämpning av rekvisiten *ekonomisk aktör* eller *marknad* när en upphandlande myndighet faktiskt tilldelar ett kontrakt med ekonomiska villkor till en idéburen kvinnojour.<sup>211</sup>

#### 5.4 Kravet om skriftlighet – en muntlig genväg?

I kontraktsdefinitionen i artikel 2.1.5 upphandlingsdirektivet och 1 kap. 15 § LOU kan avslutningsvis, som tidigare nämnts, utläsas ett krav om att ett kontrakt ska vara *skriftligt* för att anses vara ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.<sup>212</sup> Innebär detta krav att upphandlande myndigheter följaktligen kan kringgå upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde genom att helt enkelt ingå *muntliga* avtal? En sådan tolkning skulle ge större utrymme för upphandlande myndigheter att finansiera och samverka med idéburna kvinnojouren genom att helt enkelt låta bli att sätta en överenskommelse på pränt. Men är det verkligen så enkelt att undgå upphandlingslagstiftningen?

I avsaknad av praxis från EU-domstolen i frågan huruvida skriftlighetskravet är en förutsättning för att upphandlingslagstiftningen ska vara tillämplig har regeringen i förarbetena till LOU uttalat att det inte råder någon tvekan om att avsikten inte är att kontraktsdefinitionen ska ha en sådan inskränkt betydelse.<sup>213</sup> Enligt förarbetena till LOU

<sup>209</sup> Mål C-434/97 *Kommissionen v. Frankrike* p. 21 och jfr mål C-305/08 *CoNISMa* p. 50.

<sup>210</sup> Jfr mål C-305/08 *CoNISMa* p. 45 och se Steinicke, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, s. 178 och Whelander på uppdrag av Konkurrensverket, *När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?*, Uppdragsforskningsrapport 2018:5, s. 306.

<sup>211</sup> Jfr mål C-50/14 *CASTA* p. 21, mål C-305/08 *CoNISMa* p. 50 och mål C-26/03 *Stadt Halle* p. 46.

<sup>212</sup> Se även Steinicke, *Brussels Commentary EU Public Procurement Law*, s. 159.

<sup>213</sup> SOU 2019:56 bilaga 3 s. 440 och prop. 2015/16:195 s. 321 f.

är skriftlighetskravet därmed inte en förutsättning för LOU:s tillämplighet.<sup>214</sup> Denna uppfattning delas också av Carina Risvig Hamer som menar att det inte är sannolikt att upphandlingsdirektivet inte är tillämpligt enbart för att ett kontrakt ingåtts muntligen.<sup>215</sup> Vidare har Sue Arrowsmith uttalat att hon har svårt att se någon anledning till varför upphandlingsdirektivet enbart skulle vara tillämpligt på skriftliga kontrakt, utan att närmare ta ställning i frågan.<sup>216</sup> Willem Janssen, å andra sidan, är av uppfattningen att muntliga avtal *inte* omfattas av upphandlingslagstiftningen i enlighet med upphandlingsdirektivets ordalydelse.<sup>217</sup> I samma linje som Janssen anser Erik Olsson och Johan Falk att upphandlingsdirektivets ordalydelse bör gälla tills EU-domstolen uttalar motsatsen, varför de menar att muntliga avtal inte föranleder upphandlingsplikt.<sup>218</sup> I svensk rättstillämpning har dock HFD i RÅ 2008 ref. 26 bedömt att ett avtal var upphandlingspliktigt trots att avtalet inte hade ingåtts skriftligen.<sup>219</sup> Med tanke på att förarbetena till LOU är av samma uppfattning får det därmed, enligt min bedömning, anses vara svårt och riskfyllt att inför svensk domstol hävda att ett muntligt avtal inte omfattas av upphandlingsplikt.

Vidare definierar artikel 2.1.18 i upphandlingsdirektivet att med ordet *skriftlig* avses ”varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas, inklusive uppgifter som går att överföra eller lagra med elektroniska medel”. I dagens digitala samhälle är det enligt mig sannolikt att mycket kommunikation mellan en kommun och deras avtalsparter sker via e-post. E-post innebär skriftväxling och bör alltså omfattas av upphandlingsdirektivets definition av ”skriftlig”. Vid frågan om en transaktion som omfattar flera akter utgör ett offentligt kontrakt ska transaktionen dessutom bedömas i sin *helhet* enligt EU-domstolen.<sup>220</sup> Ett skriftligt kontrakt behöver därmed inte vara ett dokument som uttryckligen benämns som ”kontrakt”, utan ett kontrakt kan uppstå genom

<sup>214</sup> Prop. 2015/16:195 s. 933.

<sup>215</sup> Risvig Hamer UrT 2016 nr 3 s. 185 f.

<sup>216</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3 uppl, s. 394.

<sup>217</sup> Janssen, *EU Public Procurement Law & Self Organisation*, s. 56.

<sup>218</sup> SOU 2019:56 bilaga 3 s. 440.

<sup>219</sup> Lag (1992:1528) om offentlig upphandling, som tillämpades i RÅ 2008 ref. 26, innehöll likt nu gällande LOU också ett krav om att ett upphandlingskontrakt skulle vara skriftligt, se lagens 1 kap. 5 § 4 st.

<sup>220</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 38, mål C-51/15 *Remondis* p. 37 och mål C-29/04 *Kommissionen v. Österrike* p. 38-42.

exempelvis en skriftväxling via e-post.<sup>221</sup> Förutom att det är rättsligt osäkert att ingå muntliga avtal utan tillämpning av LOU får det, enligt min bedömning, även anses vara *praktiskt* svårt för kommuner att ingå muntliga avtal som förblir endast muntliga.

Sammanfattningsvis är frågan huruvida skriftlighetskravet utgör en förutsättning för upphandlingslagstiftningens tillämplighet ännu inte avgjord av EU-domstolen. Därför är det inte är möjligt att med säkerhet avgöra vad som är den korrekta uppfattningen. Med tanke på HFD:s avgörande i RÅ 2008 ref. 26 samt förarbetsuttalandena till LOU, som utgör auktoritära rättskällor för svensk rättstillämpning,<sup>222</sup> får det dock anses vara alltför riskfyllt för svenska kommuner att ingå muntliga avtal utan tillämpning av LOU. Dessutom är det troligt att ett muntligt avtal ändå blir ett skriftligt avtal eftersom det bör vara praktiskt svårt i dagens kommunikationssamhälle att undvika att skicka e-mail där avtalets innebörd framgår. Som slutsats anser jag att det inte är ett rättsligt hållbart alternativ att försöka undvika LOU:s tillämpningsområde genom att ingå muntliga avtal.

## 5.5 Rättsliga utgångspunkter för den fortsatta prövningen

Syftet med denna uppsats är, som nämnt, att utreda kommuners möjligheter att finansiera och samverka med idéburna aktörer som bedriver kvinnojoursverksamhet genom dels bidrag, och dels idéburet offentligt partnerskap, utan att upphandlingslagstiftningen blir tillämplig. Av relevans för den frågeställningen poängterar upphandlingsdirektivet i skäl 4 att unionens regler om offentlig upphandling inte är avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa tjänster *genom ett offentligt kontrakt* (min kursivering).<sup>223</sup> Bidrag och IOP vars utformning inte utgör ett offentligt kontrakt faller således utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, och föranleder därmed ingen upphandlingsplikt.<sup>224</sup>

Artikel 2.1.5 i upphandlingsdirektivet definierar, som nämnt, ett offentligt kontrakt som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av tjänster.

<sup>221</sup> Jfr mål C-536/07 *Kommissionen v. Tyskland* p. 54.

<sup>222</sup> Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s. 28.

<sup>223</sup> Se även prop. 2015/16:195 s. 317.

<sup>224</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 30, mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 46-47, och se SOU 2019:56 s. 260.

Denna framställning har hittills kommit fram till att upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde inte kan undvikas genom en tillämpning av rekvisiten *tjänst*, *ekonomisk aktör* eller *skriftligt*.<sup>225</sup> Däremot kvarstår en närmare prövning om och när kommuners utbetalning av bidrag och ingående av IOP kan utgöra *ett avtal med ekonomiska villkor*, och därmed utgöra ett upphandlingspliktigt kontrakt. I följande kapitel prövas huruvida bidrag uppfyller förutsättningarna för att utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, och i kapitlet därefter görs samma prövning i förhållande till IOP.

<sup>225</sup> Se avsnitt 4.5, avsnitt 5.3.5 och avsnitt 5.4.

## 6 Är bidrag upphandlingspliktiga?

### 6.1 Bidrag – ett avtal med ekonomiska villkor?

Ett bidrag omfattas inte av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde i det fall bidragets villkor inte utgör ett avtal med ekonomiska villkor. Ett avtal med ekonomiska villkor föreligger enligt EU-domstolen, som nämnt, om en upphandlande myndighet har ingått ett avtal, och i enlighet med detta avtal erhåller en prestation mot vederlag.<sup>226</sup> Mer specifikt måste utbetalningen av vederlaget vara knuten till en avtalsenlig motprestation.<sup>227</sup> Vidare ska denna prestation enligt EU-domstolen vara av *direkt ekonomiskt intresse* för den upphandlande myndigheten.<sup>228</sup> Slutligen behöver avtalet innebära att det uppstår *rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär* vars fullgörande kan åberopas och utkrävas i domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten för att det ska vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.<sup>229</sup>

Bidrag är en form av betalning, varför bidrag oavsett storlek kan utgöra ett vederlag som är knuten till en avtalsenlig motprestation.<sup>230</sup> Ett bidrag till en idéburen aktör bör vidare anses vara av direkt ekonomiskt intresse för bidragsgivande kommun i det fall bidraget på *rättslig grund garanterar* kommunen tillgång till tjänster som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla sina invånare.<sup>231</sup> En sådan rättslig grund kan vara ett avtal, och ett avtal bör enligt mig rimligen anses föreligga om bidragets villkor innebär att det uppstår *rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär* för kommunen och den idéburna aktören.<sup>232</sup>

För att uppfylla uppsatsens syfte och avgöra om och när en kommun genom bidrag kan finansiera en idéburen kvinnojours verksamhet utan att upphandlingslagstiftningen

<sup>226</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 48.

<sup>227</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26 och SOU 2019:56 s. 293.

<sup>228</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och mål 271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 75.

<sup>229</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43.

<sup>230</sup> Se avsnitt 5.2.1 och mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28-29, mål C-159/11 *Lecce* p. 29 och mål C-386/11 *Piepenbrock* p. 31.

<sup>231</sup> Se avsnitt 5.2.2, HFD 2020 ref. 15 p. 20-21 och mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 51.

<sup>232</sup> Jfr mål C-51/15 *Remondis* p. 43.

blir tillämplig ska följande avsnitt följaktligen pröva om kommuner enligt lag är skyldiga att tillhandahålla samma verksamhet och tjänster som idéburna kvinnojourer bedriver. I avsnittet därefter prövas sedan om utbetalning av ett bidrag är knuten till en avtalsenlig motprestation samt om och när villkoren för ett bidrag kan utgöra ett avtal med rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan åberopas och utkrävas i svensk domstol.

## **6.2 Idéburen kvinnojoursverksamhet – tjänster som kommuner är skyldiga att tillhandahålla enligt lag?**

### *6.2.1 Idéburen kvinnojourers olika verksamhetsdelar*

De idéburna kvinnojourernas verksamhet kan huvudsakligen delas in i tre olika delar:

- 1) erbjuda *rådgivning och stöd* till våldsutsatta kvinnor,
- 2) bedriva och tillhandahålla *skyddat boende* till våldsutsatta kvinnor och medföljande barn, och
- 3) bedriva *påverkansarbete med opinionsbildning och kunskapsutveckling till allmänheten* inom området mäns våld mot kvinnor och våld i nära relationer.<sup>233</sup>

Frågan är då om kommuner har en skyldighet enligt lag att bedriva och tillhandahålla samma verksamhet och tjänster som en idéburen kvinnojoursverksamhet tillhandahåller, vilket i så fall skulle innebära att idéburna kvinnojourers verksamhet kan vara av direkt ekonomiskt intresse för en kommun. Eftersom idéburen kvinnojoursverksamhet består av tre olika delar prövar följande avsnitt kommunernas skyldighet enligt lag att bedriva och tillhandahålla varje verksamhetsdel var för sig.

### *6.2.2 Kommunens skyldighet att tillhandahålla stöd- och rådgivningsinsatser till våldsutsatta kvinnor*

Idéburen kvinnojourers verksamhet erbjuder våldsutsatta kvinnor bland annat rådgivning, samtalsstöd, kontakter med myndigheter samt stödåtgärder riktade till kvinnornas eventuella barn.<sup>234</sup> Frågan är om kommuner har en skyldighet enligt lag att tillhandahålla samma slags verksamhet.

<sup>233</sup> Ds 2019:7 s. 48, SOU 2014:49 s. 304 och SOU 2016:13 s. 391 f.

<sup>234</sup> Prop. 2006/07:38 s. 30, SOU 2019:56 s. 318, SOU 2016:13 s. 385 och SOU 2014:49 s. 304.

Enligt 5 kap. 11 § första stycket SoL har kommuners socialnämnder till uppgift att *verka för* att den som utsatts för brott får stöd och hjälp. Vidare *ska* kommunens socialnämnder enligt andra stycket *beakta* att kvinnor som är eller har varit utsatta för våld av närstående kan vara i behov av *stöd och hjälp* för att förändra sin situation. Det kan argumenteras att ordalydelsen i 5 kap. 11 § SoL inte föreskriver någon direkt strikt skyldighet för kommuner att tillhandahålla stöd- och rådgivningsinsatser till våldsutsatta kvinnor.<sup>235</sup> I förarbetena till 5 kap. 11 § SoL anges dock att det är socialtjänsten som har det *yttersta ansvaret* för att ge alla brottsoffer den hjälp och det stöd de behöver.<sup>236</sup> Förarbetena anger vidare att alla kvinnor som drabbas av våld har *rätt* till stöd och hjälp från sin kommun om de behöver det med tillämpning av den allmänna biståndsbestämmelsen i 4 kap. 1 § SoL.<sup>237</sup> Kommunen har således en skyldighet enligt lag att, genom sin socialtjänst, tillhandahålla våldsutsatta kvinnor stöd och hjälp utifrån kvinnornas behov.<sup>238</sup>

Denna skyldighet innefattar en mängd olika stöd- och hjälpinsatser.<sup>239</sup> Bland annat ska kommunen kunna erbjuda rådgivande och stödande samtal, kontaktpersoner, förmedling till och kontakter med andra myndigheter samt erbjuda insatser för eventuella barn.<sup>240</sup> Att kommunen har en skyldighet att erbjuda dessa typer av insatser framgår även av Socialstyrelsens föreskrifter i 7 kap. 1-3 §§ SOFS 2014:4.<sup>241</sup>

Kommunens skyldigheter enligt SoL överlappar således med idéburna kvinnojourers stöd- och rådgivningsverksamhet,<sup>242</sup> varför en kommuns bidrag till den delen av idéburna kvinnojourers verksamhet kan vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen i det fall bidragets villkor innebär att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.<sup>243</sup>

<sup>235</sup> Jfr prop. 2006/07:38 s. 20 f. och s. 25 f.

<sup>236</sup> Prop. 2006/07:38 s. 9.

<sup>237</sup> Prop. 2006/07:38 s. 16 och s. 25 f.

<sup>238</sup> Prop. 2006/07:38 s. 26 f. och SOU 2016:13 s. 393.

<sup>239</sup> Prop. 2006/07:38 s. 27 och s. 32.

<sup>240</sup> Prop. 2006/07:38 s. 32 f.

<sup>241</sup> Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om våld i nära relationer SOFS 2014:4.

<sup>242</sup> Jfr prop. 2006/07:38 s. 30, SOU 2019:56 s. 318, SOU 2016:13 s. 385 och SOU 2014:49 s. 304.

<sup>243</sup> Se avsnitt 5.2.2, avsnitt 6.1 och HFD 2020 ref. 15 p. 20-21.



### *6.2.3 Kommunens skyldighet att tillhandahålla skyddade boenden*

Många idéburna kvinnojourer bedriver dessutom skyddade boenden för våldsutsatta kvinnor och deras medföljande barn.<sup>244</sup> Kommuners ansvar och skyldighet enligt 4 kap. 1 § SoL att erbjuda våldsutsatta kvinnor stöd- och hjälpinsatser utifrån kvinnornas behov innefattar dessutom skyldigheten att tillhandahålla skyddat boende till behövande kvinnor och eventuella barn.<sup>245</sup> Kommuners bidrag till idéburna kvinnojourer som erbjuder skyddat boende till våldsutsatta kvinnor kan således vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen i det fall bidragets villkor innebär att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.<sup>246</sup>

### *6.2.4 Kommunens skyldighet att bedriva opinionsbildning och kunskapsutveckling inom området våld i nära relation*

En viktig del i idéburna kvinnojourers arbete består i att bedriva opinionsbildning gentemot politiker och andra beslutsfattare, samt sprida kunskap till allmänheten inom området mäns våld mot kvinnor genom t.ex. workshops, utbildningsfilmer och kampanjer.<sup>247</sup> När det gäller frågan om kommuner har en skyldighet att bedriva opinionsbildning kan det konstateras att det av demokratiska skäl inte är möjligt att göra sådant arbete till ett offentligt åtagande.<sup>248</sup> Kommuner i egenskap av offentlig myndighet har således inte heller någon skyldighet enligt lag att bedriva opinionsbildning. Vidare har kommuner ingen skyldighet enligt lag att sprida kunskap om mäns våld mot kvinnor.<sup>249</sup> Den uppgiften har i stället tilldelats andra offentliga aktörer genom uppdrag från regeringen.<sup>250</sup> Därmed kan kommuner, enligt min bedömning, inte anses ha ett direkt ekonomiskt intresse av den del av idéburna kvinnojourers verksamhet som bedriver opinionsbildning och kunskapspridning till allmänheten om mäns våld mot kvinnor.

<sup>244</sup> Prop. 2006/07:38 s. 20, SOU 2019:56 s. 318 och SOU 2016:13 s. 391.

<sup>245</sup> Prop. 2006/07:38 s. 11 f. och s. 33, prop. 1997/98:55 s. 38, SOU 2016:13 s. 393 ff. och SOU 2014:49 s. 110.

<sup>246</sup> Se avsnitt 6.2.2 och HFD 2020 ref. 15 p. 20-21.

<sup>247</sup> SOU 2014:49 s. 308 och s. 312.

<sup>248</sup> SOU 2014:49 s. 312.

<sup>249</sup> Jfr det ansvar kommuner har att sprida kunskap om skadeverkningar av missbruk enligt 3 kap. 7 § SoL.

<sup>250</sup> Prop. 2006/07:38 s. 7 och s. 38, Utbildningsdepartementet Regeringsbeslut 1:7 2011-06-16 och Hulth Uppsala universitet 2/11 2015.

### 6.2.5 *Sammanfattande slutsatser om kommuners skyldighet enligt lag*

Sammanfattningsvis utgör den del av idéburna kvinnojourers verksamhet som bedriver opinionsbildning och kunskapsspridning till allmänheten om mäns våld mot kvinnor och våld i nära relationer *inte* ett direkt ekonomiskt intresse för kommuner. Bidrag och avtal mellan en kommun och en idéburen kvinnojour avseende endast sådant arbete bör därmed falla utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde. Att kommuner sannolikt inte är intresserade att ge bidrag till och sluta avtal om enbart opinionsbildning och kunskapsspridning till allmänheten är dock en annan sak.

Vad gäller de delar av idéburna kvinnojourers verksamhet som erbjuder våldsutsatta kvinnor stöd- och rådgivningsinsatser samt skyddat boende har kommuner en skyldighet enligt lag att tillhandahålla sådana tjänster, varför dessa verksamhetsdelar kan vara av direkt ekonomiskt intresse för kommuner. Bidrag till idéburna kvinnojourers stöd- och rådgivningsinsatser och skyddade boenden kan således vara ett upphandlingspliktigt kontrakt i det fall utbetalningen av ett bidrag är knuten till en avtalsenlig motprestation samt om bidragets villkor innebär att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär som kan åberopas i svensk domstol. Frågan om bidrag kan undgå att utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, och således kan direkttilldelas utan tillämpning av LOU, prövas i nästkommande avsnitt i förhållande till organisationsbidrag respektive verksamhetsbidrag.

## **6.3 Bidrag – ett upphandlingspliktigt kontrakt?**

### 6.3.1 *Organisationsbidrag*

Som redovisat i avsnitt 2.4 är ett organisationsbidrag ett grundbidrag som utbetalas i syfte att stödja idéburna aktörers existens och som erhålls utan krav på motprestation från den idéburna aktörens sida. Organisationsbidrag betalas visserligen endast till de idéburna aktörer som uppfyller vissa villkor, t.ex. att mottagaren är en idéburen aktör som i sin verksamhet respekterar grundläggande demokratiska värderingar, att verksamheten bedrivs i kommunen och att verksamheten är ett riksintresse m.m.<sup>251</sup> En kommun kan dock genom en utbetalning av organisationsbidrag aldrig styra över eller kräva att en viss

<sup>251</sup> Se avsnitt 2.4 och SOU 2014:49 s. 312.

verksamhet eller en viss prestation utförs i gengäld.<sup>252</sup> Organisationsbidrag saknar alltså det som är karaktäristiskt för ett avtal, nämligen en ömsesidigt bindande överenskommelse om att en viss prestation ska ske i utbyte mot ersättning.<sup>253</sup> Utbetalningen är således inte knuten till en motprestation, vilket EU-domstolen har ansett är en förutsättning för att det ska röra sig om vederlag för en prestation och inte enbart annan offentlig finansiering.<sup>254</sup> Trots att en kommun tilldelar organisationsbidrag till en idéburen kvinnojour, som med största sannolikhet kommer bedriva verksamhet som kommunen har ett ekonomiskt intresse av, kan ett organisationsbidrag alltså inte sägas föranleda någon rättsligt bindande skyldighet för kvinnojouren att faktiskt bedriva viss kvinnojoursverksamhet.<sup>255</sup> En kommun som betalar organisationsbidrag kan därmed, enligt min bedömning, inte heller åberopa organisationsbidraget som grund för fullgörande av viss verksamhet hos svensk domstol. Ett organisationsbidrag kan följaktligen inte heller definieras som ett offentligt kontrakt i upphandlingsrättslig mening. När en kommun avser att betala ut organisationsbidrag till en idéburen kvinnojour bör alltså upphandlingslagstiftningen *inte* bli tillämplig.<sup>256</sup> Som slutsats i denna del är organisationsbidrag ett möjligt sätt för kommuner att finansiera idéburna kvinnojouren utan föregående konkurrensutsättning eller risk för att en otillåten direktupphandling genomförs.

### 6.3.2 Olika former av verksamhetsbidrag

Verksamhetsbidrag är som nämnt i avsnitt 2.4 ett *riktat* bidrag till idéburna aktörer som bedriver en viss verksamhet, t.ex. verksamhet inom kvinnofrid och våld i nära relationer i allmänhet, eller verksamhet som bedriver skyddade boenden specifikt.<sup>257</sup> Verksamhetsbidrag kan även förenas med krav om motprestation,<sup>258</sup> men inte nödvändigtvis. Eftersom utformningen av verksamhetsbidrag kan variera diskuteras tre

<sup>252</sup> Prop. 2009/10:55 s. 133 och SOU 2014:49 s. 311 f.

<sup>253</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28 och mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26, jfr Risvig Hamer UrT 2016 nr 3 s. 191.

<sup>254</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26, Steinicke, Brussels Commentary EU Public Procurement Law, s. 162 och SOU 2019:56 s. 293.

<sup>255</sup> Jfr Risvig Hamer UrT 2016 nr 3 s. 191, SOU 2019:56 s. 292 f. och Olsson och Falk 2017 nr 3 s. 595.

<sup>256</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och prop. 2015/16:195 s. 933.

<sup>257</sup> Prop. 2009/10:55 s. 133, SOU 2019:56 s. 78 och SOU 2014:49 s. 312.

<sup>258</sup> SOU 2014:49 s. 312 och SOU 2019:56 s. 78.

exempel på olika utformningar av verksamhetsbidrag och deras förhållande till upphandlingsplikt i avsnitten nedan.

### 6.3.3 Verksamhetsbidrag – exempel 1

Som första exempel betalar en kommun ut ett verksamhetsbidrag till en idéburen aktör med villkor om att verksamhetsbidraget ska användas till verksamhet som främjar kvinnofrid och motverkar våld i nära relationer. Den idéburna aktör som mottar bidraget kan därmed, på sätt och vis, sägas binda sig till att utföra verksamhet inom just kvinnofrid och våld i nära relationer. Den idéburna aktör som tar emot bidraget kan dock bedriva verksamhet av vitt skilda slag, allt ifrån rådgivning, till drift av skyddat boende eller kunskapsspridning och opinionsbildning – eller något helt annat.<sup>259</sup> Så länge verksamheten bedrivs i syfte att främja kvinnofrid och motverka våld i nära relationer bör villkoret för att erhålla verksamhetsbidraget anses vara uppfyllt.<sup>260</sup> Frågan är då om en sådan utformning av ett verksamhetsbidrag är en betalning som är knuten till en avtalsenlig motprestation, och vars villkor ger upphov till rättsligt bindande skyldigheter vars fullgörande kan åberopas inför svensk domstol i enlighet med villkoren i svensk rätt.

Med tanke på att villkoret för bidraget kan uppfyllas på många olika sätt kan en kommun egentligen inte förvänta sig någon *konkret* motprestation med stöd av ett sådant verksamhetsbidrag. Det är således något flytande vad den idéburna aktören i så fall skulle ha bundit sig till att fullgöra i utbyte mot bidraget. Därav är bidraget enligt min bedömning inte heller direkt knutet till en viss motprestation på det sätt EU-domstolen verkar kräva för att det ska vara fråga om vederlag för en prestation, och inte annan offentlig finansiering.<sup>261</sup> I svenskt hänseende är det vidare inte möjligt att inför svensk domstol åberopa ett avtal vars innehåll inte kan fastställas.<sup>262</sup> Det kan därför, enligt mig, ifrågasättas om ett verksamhetsbidrag enligt det första exemplet ger upphov till ett avtal med rättsligt bindande skyldigheter vars fullgörande kan åberopas och utkrävas hos

<sup>259</sup> Se exempel på olika åtgärder: Jämställdhetsmyndigheten, Våldsförebyggande arbete, Sammanställning av Jämställdhetsmyndighetens enkät avseende nationellt arbete med våldsprevention.

<sup>260</sup> Jfr SOU 2019:35 s. 241.

<sup>261</sup> Jfr mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26 och mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28.

<sup>262</sup> Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 69.

svensk domstol.<sup>263</sup> Det kan vidare poängteras att bidragets utformning enligt det första exemplet möjliggör att den idéburna aktören använder bidraget till sådan kvinnojoursverksamhet som kommunen inte har ett *direkt ekonomiskt intresse av*, t.ex. opinionsbildning och utbildningsverksamhet till allmänheten, varför några ekonomiska villkor av den anledningen inte heller med säkerhet kan fastställas för bidraget.

Dessutom nyanserar skäl 4 i upphandlingsdirektivet bidrags förhållande till upphandlingsplikt genom att förklara att ”inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna för offentlig upphandling”. Med andra ord innebär skäl 4 i upphandlingsdirektivet att utbetalning av bidrag, som enbart innebär en skyldighet för den idéburna aktören att *betala tillbaka* pengarna om de inte används till avsett ändamål, faller utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.<sup>264</sup> Skäl till direktiv är visserligen inte juridiskt bindande, men utgör viktiga tolkningsdata i förhållande till de artiklar som de anknyter till.<sup>265</sup> Skäl 4 i upphandlingsdirektivet bör därmed tillmätas en viss betydelse när upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde ska utrönas.<sup>266</sup> Enligt min bedömning bör ett verksamhetsbidrag som riktas till vissa ändamål, t.ex. verksamhet som främjar kvinnofrid och motverkar våld i nära relation, anses vara just ett sådant bidrag som åsyftas i skäl 4 i upphandlingsdirektivet och som därmed inte omfattas av upphandlingsplikt. Särskilt med tanke på att en prestation inte kan utkrävas i svensk domstol med stöd av ett sådant bidrag.<sup>267</sup> En kommun som vill betala ut ett verksamhetsbidrag enligt det första exemplet bör därmed, för tydlighetens skull, lägga till en sådan återbetalningsskyldighet i bidragets villkor.

Sammanfattningsvis bör ett verksamhetsbidrag som utbetalas med villkor om att det ska användas till verksamhet som främjar kvinnofrid och motverkar våld i nära relationer, enligt min bedömning, *inte* utgöra ett offentligt kontrakt enligt upphandlings-

<sup>263</sup> Jfr mål 606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26 och Steinicke, Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, s. 162.

<sup>264</sup> Jfr Olsson och Falk ERT 2017 nr 3 s. 595.

<sup>265</sup> Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten s. 392 och mål 215/88 *Casa Fleischhandels-GmbH* p. 31.

<sup>266</sup> Jfr prop. 2015/16:195 s. 933.

<sup>267</sup> Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 69.

lagstiftningen. Kommuner kan därmed finansiera idéburna kvinnojourer genom ett sådant bidrag utan tillämpning av upphandlingslagstiftningen. I vissa situationer kan dock ett verksamhetsbidrag enligt exempel 2 ändå vara ett upphandlingspliktigt kontrakt, vilket behandlas nedan i avsnitt 7.3.

#### 6.3.4 Verksamhetsbidrag – exempel 2

Som ett andra exempel betalar en kommun ut ett verksamhetsbidrag till en idéburen aktör med villkoret att bidraget ska användas specifikt till drift av skyddat boende för våldsutsatta kvinnor. Den idéburna aktör som mottar bidraget kan därmed sägas acceptera att utföra en av kommunen *bestämd* motprestation i utbyte mot bidraget, varför bidraget bör anses vara en ersättning som är knuten till en avtalsenlig motprestation och därmed inte enbart en offentlig finansiering.<sup>268</sup> Det är vidare klarlagt att kommunen har ett renodlat ekonomiskt intresse av att den idéburna aktören bedriver skyddat boende för våldsutsatta kvinnor. Frågan är då om utbetalning av ett sådant bidrag också innebär att kommunen kan åberopa bidraget och kräva fullgörande hos svensk domstol i enlighet med villkoren i svensk rätt i det fall den idéburna aktören sedan inte bedriver ett skyddat boende för kvinnor.

Erik Olsson och Johan Falk diskuterar denna frågeställning i förhållande till ett annat exempel på ett bidrag som kan liknas med verksamhetsbidraget enligt exempel 2. Enligt deras exempel ger en kommun ett lokalt företag bidrag för att genomföra en musikfestival. Kommunen föreskriver noggrant i ett bidragsavtal vad det ska vara för typ av musikfestival samt vilka typer av kostnader som är ersättningsgilla för bidraget. Olsson och Falk behandlar sedan vilka påföljder kommunen kan vidta i det fall företaget använder pengarna till andra ändamål än de i bidragsavtalet avsedda. De menar att kommunen varken kan kräva fullgörande eller skadestånd på grundval av bidragsavtalet, utan enbart kan kräva företaget på återbetalning. Därmed är ett bidrag enligt deras exempel enligt dem inte ett upphandlingspliktigt kontrakt, utan ett sådant bidrag som avses i skäl 4 i upphandlingsdirektivet.<sup>269</sup>

Det som talar för Olssons och Falks tolkning är att EU-kommissionen har angett att en faktor som indikerar att det föreligger ett upphandlingspliktigt kontrakt är om det i

<sup>268</sup> Mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-24.

<sup>269</sup> Olsson och Falk ERT 2017 nr 3 s. 594 f.

kontraktet finns bestämmelser om sanktioner i form av vite och skadestånd om de kontraktsevenliga skyldigheterna inte fullgörs.<sup>270</sup> Sådana bestämmelser finns varken i det bidragsavtal som Olsson och Falk presenterar, eller i villkoren till verksamhetsbidraget enligt exempel 2, vilket enligt EU-kommissionens vägledning tyder på att det inte föreligger ett upphandlingspliktigt kontrakt. Det är också denna vägledning som Olsson och Falk bygger hela sitt resonemang på.<sup>271</sup> EU-kommissionens vägledning är dock inte juridiskt bindande, utan förklarar endast hur kommissionen tolkar rättsläget vid den tidpunkten.<sup>272</sup> Däremot är EU-domstolens avgöranden rättsligt bindande.<sup>273</sup> EU-domstolen har i *Helmut Müller* inte ställt upp något krav om att kontraktet i sig måste innehålla bestämmelser om sanktioner, utan endast uttalat att det måste föreligga en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som är uppställda i den nationella rätten.<sup>274</sup> Jag håller därför inte med om Olssons och Falks resonemang och bedömning av sitt exempel. För påvisa varför återgår vi till verksamhetsbidraget enligt exempel 2; I och med att den idéburna aktören accepterar att bedriva skyddat boende i utbyte mot verksamhetsbidraget bör nämligen ett avtal ha ingåtts med rättsligt bindande skyldigheter i enlighet med principen *pacta sunt servanda*.<sup>275</sup> Enligt Peter Hultgrens avhandling om tjänsteavtal råder det vidare inga tvivel om att svensk domstol kan ålägga en part att fullgöra en avtalad arbetsprestation, även om det inte går att fastställa *exakt* vilket arbete som ska utföras.<sup>276</sup> En utbetalning av ett verksamhetsbidrag med villkor om att ett skyddat boende för våldsutsatta kvinnor ska drivas, som en idéburen aktör sedan accepterar och mottar, bör därmed föranleda en

<sup>270</sup> Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse, SWD(2013) 53 final/2, Bryssel 29.4.2013, s. 105.

<sup>271</sup> Olsson och Falk ERT 2017 nr 3 s. 584, s. 586 och s. 594 f.

<sup>272</sup> Jfr mål C-226/11 *Expedia* p. 28-30 och mål C-360/09 *Pfleiderer* p. 21.

<sup>273</sup> Hettne och Bergström, Introduktion till EU-rätten s. 47 f.

<sup>274</sup> Mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 62-63, se även mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 42.

<sup>275</sup> Jfr mål 606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26, Grönfors och Dotevall, Avtalslagen – En kommentar 5:e uppl. s. 56 ff. och Hultgren, Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall, s. 181.

<sup>276</sup> Hultgren, Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall, s. 286, se också NJA 1985 s. 397 och Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, andra häftet, s. 167 f.

skyldighet för den idéburna aktören som kan åberopas och utkrävas i svensk domstol.<sup>277</sup> Ett verksamhetsbidrag enligt exempel 2 bör således anses vara upphandlingspliktigt.

En liknande bedömning gjorde även kammarrätten i mål nr. 295-18.<sup>278</sup> Frågan i målet var huruvida ett driftbidrag som en kommun betalade till ett aktiebolag som kommunen ägde till 49 % och där aktiebolaget enligt aktieägaravtalet skulle marknadsföra regionen och driva en kongressanläggning utgjorde ett upphandlingspliktigt kontrakt. Kammarrätten ansåg att aktieägaravtalet tillräckligt tydligt särskilde den tjänst som bolaget förväntades erbjuda, samt att driftbidraget utgjorde ersättning för tjänsten.<sup>279</sup> Kammarrätten bedömde vidare att det inte spelade någon roll att aktieägaravtalet inte innehöll några regler om sanktioner för det fall bolaget inte skulle fullgöra sitt syfte.<sup>280</sup> Kammarrätten gjorde dock ingen prövning om åtagandena i aktieägaravtalet kan åberopas och utkrävas i svensk domstol. Kammarrätten uttalade endast: ”Att formella sanktionsmöjligheter inte avtalats innebär inte i sig att det skulle vara fråga om en ren bidragssituation. I praktiken får bolaget anses vara skyldigt att utföra de tjänster som definierats i aktieägaravtalet.” Bidraget i målet var således ett upphandlingspliktigt kontrakt enligt kammarrätten.<sup>281</sup> Med tanke på EU-domstolens tydliga krav om att en skyldighet måste kunna åberopas och utkrävas i domstol är kammarrättens resonemang och prövning i den delen emellertid, enligt mig, mycket bristfällig. Kammarrättens avgörande pekar ändock mot att ett verksamhetsbidrag enligt exempel 2, som faktiskt *kan* åberopas och utkrävas i svensk domstol, utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt i svensk rättstillämpning.

Som slutsats i denna del bör alltså ett verksamhetsbidrag som betalas ut med villkor om att bidraget ska användas till drift av skyddat boende för våldsutsatta kvinnor föranleda ett upphandlingspliktigt kontrakt vilket inte kan tilldelas utan att bestämmelserna i LOU följs. Detsamma bör gälla för ett verksamhetsbidrag som betalas ut med villkor om att andra specificerade stöd- och hjälpinsatser än skyddat boende ska erbjudas till våldsutsatta kvinnor, t.ex. en stömlinje över telefon.

<sup>277</sup> Jfr HFD 2020 ref 15 p. 3 och p. 21.

<sup>278</sup> Kammarrätten Göteborg 2018-10-09 mål nr. 295-18.

<sup>279</sup> Kammarrätten Göteborg 2018-10-09 mål nr. 295-18 s. 5.

<sup>280</sup> Kammarrätten Göteborg 2018-10-09 mål nr. 295-18 s. 6.

<sup>281</sup> Kammarrätten Göteborg 2018-10-09 mål nr. 295-18 s. 6.



### 6.3.5 Verksamhetsbidrag – exempel 3

Som tredje exempel betalar en kommun ett riktat verksamhetsbidrag till en idéburen kvinnojour för varje plats på skyddat boende som upplåtes till en kvinna som fått skyddat boende beviljat genom biståndsbeslut från kommunen. Med andra ord får alltså en idéburen kvinnojour en förfrågan av en kommun om en specifik kvinna kan erbjudas skyddat boende hos den idéburna kvinnojouren, där utbetalning av verksamhetsbidraget är direkt knutet till tillhandahållandet av den specifika platsen. I detta fall är det alltså någorlunda uppenbart att betalningen utgör vederlag för en prestation, och inte enbart annan offentlig finansiering, eftersom betalningen är direkt kopplad till en avtalsenlig motprestation i form av ett tillhandahållande av tjänst.<sup>282</sup> När den idéburna kvinnojouren accepterar att tillhandahålla en plats i utbyte mot bidraget bör också ett avtal med rättsligt bindande skyldigheter uppstå i enlighet med principen principen *pacta sunt servanda*.<sup>283</sup> Därmed kan även den idéburna aktörens skyldighet, som nämnt, åberopas och utkrävas i svensk domstol.<sup>284</sup> Ett verksamhetsbidrag enligt exempel 3 är således ett upphandlingspliktigt kontrakt som därmed inte kan direkttilldelas till en idéburen kvinnojour utan att först konkurrensutsätta kontraktet i enlighet med LOU.

Det går visserligen att invända att ett bidrag för *en* plats rimligtvis inte uppgår till tröskelvärdena för LOU,<sup>285</sup> varför LOU inte är tillämplig av det skälet. Vid beräkningen av värdet av en upphandling ska dock den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar *av samma slag* gjorda av myndigheten under räkenskapsåret enligt 19 kap. 8 § 3 st. LOU. Det är således fullt möjligt att en kommun direkttilldelar verksamhetsbidrag enligt exempel 3 i så pass stor utsträckning att tröskelvärdena i LOU uppnås. Sammanfattningsvis är ett verksamhetsbidrag som en kommun betalar till en idéburen kvinnojour för varje plats på skyddat boende som upplåtes till en kvinna som

<sup>282</sup> Jfr Ds 2019:7 s. 34 och s. 50, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26 och mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28.

<sup>283</sup> Jfr mål 606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26, Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 56 ff. och Hultgren, *Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, s. 181.

<sup>284</sup> Hultgren, *Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, s. 286, se också NJA 1985 s. 397 och Hellner m.fl., *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, andra häftet, s. 167 f.

<sup>285</sup> Ds 2019:7 s. 71.

fått skyddat boende beviljat genom biståndsbeslut från kommunen ett kontrakt som omfattas av LOU:s tillämpningsområde.

#### **6.4 Sammanfattande slutsatser om bidrag och LOU:s tillämpningsområde**

Sammanfattningsvis har utredningen i detta kapitel kommit fram till att kommuner kan rikta finansiering till den del av idéburna kvinnojourers verksamhet som enbart bedriver opinionsbildning och kunskapsspridning till allmänheten utan att LOU blir tillämplig eftersom kommuner inte har någon skyldighet enligt lag att bedriva sådan verksamhet. Vidare kan kommuner finansiera idéburna kvinnojourer genom utbetalning av organisationsbidrag utan att LOU blir tillämplig eftersom någon prestation inte kan utkrävas i svensk domstol med stöd av bidraget. Det bör även som huvudregel vara möjligt för kommuner att, utan tillämpning av LOU, finansiera idéburna kvinnojourer genom verksamhetsbidrag i enlighet med exempel 1, dvs. genom bidrag som är riktade till verksamhet som främjar kvinnofrid och motverkar våld i nära relationer. Upphandlingslagstiftningen blir däremot tillämplig när kommuner avser att betala ut verksamhetsbidrag i enlighet med exempel 2 och 3, dvs. bidrag som specifikt riktas till verksamhet som bedriver skyddade boenden eller andra specificerade stöd- och rådgivningsinsatser, respektive bidrag som betalas ut för varje plats på skyddat boende en idéburen kvinnojour tillhandahåller en kvinna som fått skyddat boende beviljat som bistånd från kommunen.

I syfte att också besvara frågeställningen om kommuners möjligheter att ingå IOP med idéburna kvinnojourer utan att upphandlingslagstiftningen blir tillämplig diskuteras i nästkommande kapitel huruvida IOP uppfyller förutsättningarna för att utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, eller om finansierings- och samverkansformen IOP kan falla utanför LOU:s tillämpningsområde. Först och främst redogör följande kapitel dock för de rättsliga utgångspunkterna för IOP samt ger en inblick i den senaste rättsutvecklingen på området.

# 7 Är IOP upphandlingspliktiga?

## 7.1 IOP – en stängd möjlighet att undgå LOU?

Idéburet offentligt partnerskap, IOP, definieras som nämnt i avsnitt 2.5 som ett mellanting mellan bidrag och ett kontrakt där kommunen bidrar med finansiering och den idéburna aktören bidrar med kunskap och verksamhetsdrift avseende ett överenskommet ändamål. IOP är ett mycket populärt alternativ till offentlig upphandling bland både kommuner, idéburna aktörer samt politiker. IOP:s förhållande till upphandlingsdirektivets tillämpningsområde nämns dock inte i upphandlingsdirektivet på det sätt som bidrags förhållande nämns.<sup>286</sup> IOP är nämligen en finansierings- och samverkansform som helt och hållet växt fram och utformats i Sverige, och har således ingen direkt motsvarighet i övriga medlemsstater i EU.<sup>287</sup> Utrymmet att ingå IOP utan tillämpning av upphandlingslagstiftningen är därmed oklart. För att klargöra möjligheterna för IOP publicerade regeringen särskilda utredare i december 2019 en vägledning för hur IOP kan ingås utan att LOU blir tillämplig.<sup>288</sup> I mars 2020 bedömde dock HFD i HFD 2020 ref. 15, som nämnt, att ett avtal benämnt ”idéburet offentligt partnerskap” som Alingsås kommun ingått med en idéburen aktör utan föregående offentlig upphandling utgjorde ett upphandlingspliktigt kontrakt som omfattades av LOU:s tillämpningsområde, varför Alingsås kommun hade vidtagit en otillåten direktupphandling. Frågan är då om HFD i och med detta avgörande helt och hållet har stängt möjligheten för upphandlande myndigheter att ingå IOP utan tillämpning av LOU. I den frågan menar utredningen *Idéburen välfärd*, som står bakom vägledningen, emellertid att den i ”IOP-målet” aktuella situationen, som vid det stadiet hade fått ett avgörande i kammarrätten, faller utanför utredningens definition av idéburet offentligt partnerskap.<sup>289</sup> Utredningen bedömer sammanfattningsvis att *andra* utformningar av IOP än det som Alingsås kommun hade ingått kan falla utanför LOU:s tillämpningsområde, under förutsättning att det inte

<sup>286</sup> Se exempelvis skäl 4 i upphandlingsdirektivet som nämner vilka bidrag som inte omfattas av tillämpningsområdet.

<sup>287</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 92, s. 94-101 och s. 277.

<sup>288</sup> SOU 2019:56 Vägledning s. 1 och s. 5.

<sup>289</sup> SOU 2019:56 s. 288 och s. 293.

uppstår ett kontrakt med rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.<sup>290</sup>

Trots att upphandlingsdirektivet inte uttryckligen nämner finansierings- och samverkansformen IOP och dess förhållande till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde tydliggör skäl 4 i upphandlingsdirektivet, som nämnt, att unionens regler om offentlig upphandling inte är avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa tjänster *genom ett offentligt kontrakt* (min kursivering).<sup>291</sup> Därmed håller jag med om utredningen *Idéburen välfärds* bedömning att IOP kan ingås utan tillämpning av LOU i det fall utformningen av IOP:t inte föranleder ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening. För att besvara uppsatsens syfte i fall kommuner kan finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer genom ingående av IOP utan att LOU blir tillämplig kvarstår därav frågan om IOP avseende kvinnojoursverksamhet kan undvika att utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, vilket utreds och diskuteras i följande avsnitt nedan.

## **7.2 IOP – ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening?**

Artikel 2.1.5 i upphandlingsdirektivet definierar, som nämnt, ett offentligt kontrakt som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av tjänster. Denna framställning har, som nämnt, kommit fram till att upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde inte kan undvikas genom en tillämpning av rekvisiten *tjänst, ekonomisk aktör* eller *skriftligt*.<sup>292</sup> Däremot kvarstår en närmare prövning om och när kommuners ingående av IOP med idéburna kvinnojourer kan utgöra *ett avtal med ekonomiska villkor*, och därmed utgöra ett upphandlingspliktigt kontrakt.

Ett avtal med ekonomiska villkor föreligger enligt EU-domstolen, som nämnt, om en upphandlande myndighet har ingått ett avtal, och i enlighet med detta avtal erhåller en prestation mot vederlag.<sup>293</sup> Mer specifikt måste utbetalningen av vederlaget vara knuten

<sup>290</sup> SOU 2019:56 Vägledning s. 6, SOU 2019:56 s. 269 och s. 319.

<sup>291</sup> Se även prop. 2015/16:195 s. 317.

<sup>292</sup> Se avsnitt 4.5, avsnitt 5.3.5 och avsnitt 5.4.

<sup>293</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och mål C-451/08 *Helmut Müller* p. 48.

till en avtalsenlig motprestation.<sup>294</sup> Vidare ska denna prestation enligt EU-domstolen vara av *direkt ekonomiskt intresse* för den upphandlande myndigheten.<sup>295</sup> Slutligen behöver avtalet innebära att det uppstår *rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär* vars fullgörande kan åberopas i domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten för att det ska vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.<sup>296</sup>

En överenskommelse om IOP innefattar att en kommun finansierar en idéburen aktör, varför IOP kan innebära att en kommun genom finansieringen betalar vederlag som är knuten till en motprestation. Framställningen har emellertid ovan klarlagt att avtal avseende den del av idéburna kvinnojourers verksamhet som enbart bedriver opinionsbildning och kunskapsspridning till allmänheten inte omfattas av LOU eftersom kommuner inte har någon skyldighet enligt lag att bedriva sådan verksamhet, varför det inte heller föreligger något direkt ekonomiskt intresse för kommunen. IOP som enbart avser finansiering och samverkan av sådan verksamhet bör därmed falla utanför LOU:s tillämpningsområde. Däremot kan ett avtal avseende resterande delar av idéburna kvinnojourers verksamhet – drift av skyddat boende samt andra stöd- och hjälpinsatser – utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening i det fall avtalet innebär att *finansieringen är knuten till en motprestation*, samt om avtalet samtidigt innebär att det uppstår *rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär* som kan åberopas och utkrävas i domstol i enlighet med villkoren i svensk rätt. Huruvida ett IOP omfattas av LOU:s tillämpningsområde eller ej måste vidare prövas utifrån varje enskilt fall.<sup>297</sup> Därför tar jag i följande avsnitt inspiration från utformningarna av verksamhetsbidrag enligt exempel 1 och 2, samt behandlar ett nytt exempel, vid prövningen om IOP föranleder ett upphandlingspliktigt kontrakt.

<sup>294</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26 och SOU 2019:56 s. 293.

<sup>295</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43 och mål 271/08 *Kommissionen v. Tyskland* p. 75.

<sup>296</sup> Mål C-51/15 *Remondis* p. 43.

<sup>297</sup> SOU 2019:56 Vägledning s. 1 och SOU 2016:78 s. 622.

## 7.3 Analys av IOP i förhållande till LOU:s tillämpningsområde

### 7.3.1 Finansiering knuten till en motprestation?

IOP innebär som nämnt, i korthet, att en kommun ingår ett partnerskap med en idéburen aktör om ett eller flera överenskomna allmännyttiga ändamål där överenskommelsen innebär att kommunen bidrar med finansiering och den idéburna aktören bidrar med särskild kunskap och verksamhetsdrift.<sup>298</sup> I det fall det allmännyttiga ändamålet formuleras till att främja kvinnofrid och motverka våld i nära relation, likt verksamhetsbidraget enligt exempel 1, bör finansiering inte anses vara knuten till en avtalsenlig motprestation (se avsnitt 6.3.3). En sådan IOP bör därmed falla utanför LOU:s tillämpningsområde och upphandlingsplikten. En sådan bedömning är dessutom förenlig med HFD 2020 ref. 15 eftersom IOP-avtalet i målet tydligt reglerade vilken verksamhet den idéburna aktören skulle bedriva i utbyte mot en viss bestämd ersättning (drift av äldreboende och hemtjänst med demensinriktning mot att kommunen betalar drygt 14 miljoner årligen).<sup>299</sup> Det är sådana IOP där ändamålet är brett formulerat, t.ex. att partnerskapet avser att främja kvinnofrid och motverka våld i nära relation, som också utredningen *Idéburen välfärd* bedömer särskiljer sig från Alingsås kommuns IOP-avtal och upphandlingspliktiga kontrakt.<sup>300</sup> HFD 2020 ref. 15 har således inte stoppat möjligheten att ingå *alla* sorters IOP utan tillämpning av LOU.

Däremot om det i en sådan brett formulerad IOP i praktiken ingår att kommunen kostnadsfritt får placera de kvinnor som fått skyddat boende beviljat genom biståndsbeslut från kommunen på de boenden som den idéburna aktören bedriver är det enligt mig gränsfall om inte betalningarna via IOP:t ändå får anses vara knutna till en avtalsenlig prestation och således utgöra vederlag för en motprestation (jfr avsnitt 6.3.5).<sup>301</sup> Om så inte är fallet innebär det att en kommun kan ingå IOP med brett formulerade ändamål och på så sätt dölja en betalning för en specifik överenskommen

<sup>298</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 290 f., s. 328, SOU 2019:56 Vägledning s. 4 f., SOU 2016:78 s. 617 f. och SOU 2016:13 s. 398.

<sup>299</sup> HFD 2020 ref. 15 p. 3.

<sup>300</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 293.

<sup>301</sup> Det är vanligt förekommande att kommuner som betalar bidrag till en idéburen kvinnojour får placera kvinnor kostnadsfritt för sin egen räkning på de skyddade boenden som den idéburna kvinnojouren bedriver eftersom placeringarna anses ingå i bidraget. 40 av 111 kvinnojouurer som besvarat frågan anger att den bidragsgivande kommunen inte betalar annan ersättning vid sina placeringar hos dem, se Ds 2019:7 s. 72.

tjänst som kommunen har ett ekonomiskt intresse av. Ett sådant upplägg bör enligt min bedömning, särskilt med tanke på kommuners motstånd mot offentlig upphandling av skyddat boende,<sup>302</sup> anses utgöra en utformning som syftar till att undanta köp av socialtjänst från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, vilket är förbjudet enligt 4 kap. 2 § LOU och artikel 18.1 i upphandlingsdirektivet. Varje sådan ”kostnadsfri” placering bör därmed anses vara knuten till den betalning som utgår från kommunen till den idéburna kvinnojouren enligt IOP-avtalet, varför betalningarna i det fallet bör anses vara vederlag i utbyte mot prestation och inte enbart annan offentlig finansiering.<sup>303</sup> Denna bedömning bör även gälla i det fall upplägget i stället utformas som ett verksamhetsbidrag enligt exempel 1.<sup>304</sup>

Huruvida IOP vars ändamål syftar till att främja kvinnofrid och motverka våld i nära relation, men som i praktiken innebär att kommunen kostnadsfritt får placera kvinnor med biståndsbeslut på den idéburna kvinnojourens skyddade boenden, också innebär att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär diskuteras i nästkommande avsnitt.

I det fall det allmännyttiga ändamålet i ett IOP i stället formuleras till att våldsutsatta kvinnor ska få tillgång till skyddat boende och/eller andra specificerade hjälp- och stödinsatser, där den idéburna aktören står för verksamhetsdriften, innebär överenskommelsen om IOP enligt min bedömning mer tydligt att den idéburna aktören får finansiering av kommunen i utbyte mot att bedriva en viss överenskommen verksamhet. Utbetalningarna är således knutna till en viss prestation, varför finansieringen bör vara vederlag i utbyte mot en prestation, och inte enbart annan offentlig finansiering.<sup>305</sup> Det är vidare klarlagt att en kommun har ett ekonomiskt intresse av att den idéburna aktören bedriver skyddade boenden och andra hjälp- och stödinsatser till förmån för våldsutsatta kvinnor (se avsnitt 6.2.5). Utredningen *Idéburen välfärd* antyder dock att IOP avseende skyddade boenden är möjligt utan att LOU blir tillämplig eftersom IOP inte behöver föranleda rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande

<sup>302</sup> SOU 2019:56 s. 318 och SOU 2016:13 s. 395 ff.

<sup>303</sup> Mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28, mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26.

<sup>304</sup> Jfr avsnitt 6.3.3.

<sup>305</sup> Mål C-380/98 *Cambridge* p. 23-26 och mål C-606/17 *IBA Molecular Italy* p. 28.

karaktär.<sup>306</sup> Frågan är då om det *går* att undvika rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vid ingående av vissa IOP.

### 7.3.2 Rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär?

Utredningen *Idéburen välfärd* och dess vägledning om hur IOP kan ingås utan att tillämpa LOU har tillsynes utgått från Erik Olssons och Johan Falks resonemang om att avtal som inte innehåller bestämmelser om sanktioner i form av vite och skadestånd utgör icke-upphandlingspliktiga bidrag som enbart föranleder återbetalningsskyldighet i enlighet med skäl 4 upphandlingsdirektivet.<sup>307</sup> IOP-avtalet som prövades i HFD innehöll även en uttrycklig möjlighet att återropa avtalet inför domstol,<sup>308</sup> vilket vidare kan förklara varför utredningen *Idéburen välfärd* anser att IOP-avtalet som Alingsås kommun hade ingått faller utanför definitionen av idéburet offentligt partnerskap. Som visat i avsnitt 6.3.4 är det dock inte nödvändigt att ett avtal innehåller sådana bestämmelser om sanktioner, eller reglerar en uttrycklig återopparhet, för att avtalet ska anses ha rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan återropas och utkrävas i svensk domstol. När ett IOP ingås där det överenskomna ändamålet är att våldsutsatta kvinnor ska få tillgång till skyddat boende och/eller andra specificerade hjälp- och stödinsatser, och där den idéburna aktören står för verksamhetsdriften, kan den idéburna aktören nämligen sägas acceptera att utföra en viss bestämd prestation mot en viss bestämd betalning från kommunen.<sup>309</sup> Därmed bör också ett rättsligt bindande avtal uppstå i enlighet med principen *pacta sunt servanda*.<sup>310</sup> Ett sådant avtal är sedan rättsligt återopparbart och utkrävbart,<sup>311</sup> varför en sådan IOP föranleder rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Ett IOP vars ändamål är att våldsutsatta kvinnor ska få tillgång till skyddat boende eller andra specificerade hjälp- och stödinsatser sammanfaller således med bedömningen i avsnitt 6.3.4 om verksamhetsbidraget enligt

<sup>306</sup> SOU 2019:56 s. 269 och s. 319.

<sup>307</sup> Jfr SOU 2019:56 s. 268, SOU 2019:56 Vägledning s. 6 och SOU 2019:56 bilaga 3 s. 453 ff.

<sup>308</sup> Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017 p. 23.

<sup>309</sup> Jfr HFD 2020 ref. 15 p. 3 och p. 21.

<sup>310</sup> Grönfors och Dotevall, Avtalslagen – En kommentar 5:e uppl. s. 56 ff. och Hultgren, Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall, s. 181.

<sup>311</sup> Hultgren, Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall, s. 286, se också NJA 1985 s. 397 och Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, andra häftet, s. 167 f. och jfr HFD 2020 ref. 15 p. 3 och p. 21.



exempel 2 och utgör alltså ett upphandlingspliktigt kontrakt. Det är alltså enligt min bedömning inte möjligt för kommuner, på det sätt utredningen *Idéburen välfärd* antyder, att ingå IOP avseende exempelvis insatsen skyddat boende utan tillämpning av LOU när ändamålet med IOP:n uttryckligen är att våldsutsatta kvinnor bland annat ska få tillgång till skyddade boenden.

Bedömningen huruvida det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan åberopas och utkrävas i domstol är dock svårare när en kommun genom ett brett formulerat IOP-ändamål, t.ex. att ”främja kvinnofrid och motverka våld i nära relation”, i praktiken betalar för att ”kostnadsfritt” få placera kvinnor som fått skyddat boende beviljat av kommunen på ett skyddat boende som bedrivs av den idéburna kvinnojouren. Det bör visserligen uppstå en skyldighet för *kommunen* som kan åberopas och utkrävas i domstol av den idéburna kvinnojouren i det fall kommunen sedan vägrar att betala för en sådan placering. Det följer nämligen av NJA 1969 s. 409. I målet hade en journalist på uppdrag av en kommun utfört en valbroschyr som kommunen sedan vägrade betala för när journalisten krävde ersättning för sitt arbete. Kommunen menade att det var praxis att sådant arbete utfördes utan ersättning. HD underkände dock kommunens inställning och tillerkände journalistens rätt till ersättning med hänvisning till att uppdraget var av kvalificerad art och att det inneburit ett utnyttjande av journalistens fackkunskaper som yrkesman.<sup>312</sup> Detsamma bör enligt min bedömning gälla i det fall en kommun utnyttjar en idéburen kvinnojours resurser och särskilda kunskap i form av drift och tillhandahållande av skyddat boende.

Det är däremot mycket svårare för en kommun, om än omöjligt, att enbart med stöd av ett IOP vars angivna ändamål är att ”främja kvinnofrid och motverka våld i nära relation” sedan åberopa IOP-avtalet och *utkräva* hos svensk domstol att den idéburna kvinnojouren måste motta kvinnor till sina skyddade boenden för kommunens räkning.<sup>313</sup> Det kan därmed ifrågasättas om en sådan IOP föranleder *ömsesidigt* bindande skyldigheter, vilket som nämnt är en nödvändig förutsättning för att ett avtal ska utgöra ett upphandlingspliktigt kontrakt. Detta trots att IOP:t i praktiken döljer betalning för att den idéburna kvinnojouren tar emot kvinnor för kommunens räkning (jfr avsnitt 6.3.5).

<sup>312</sup> NJA 1969 s. 409 och Hellner m.fl., Speciell kontraktsrätt, första häftet Särskilda avtal, s. 292.

<sup>313</sup> Jfr Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 69.

Det kan dock invändas att det vid ett sådant upplägg bör finnas en, i vart fall muntlig, *sidoöverenskommelse* mellan kommunen och den idéburna kvinnojouren om att kommunen kostnadsfritt ska få placera de kvinnor med biståndsbeslut på den idéburna kvinnojourens skyddade boende som en del av den finansiering som utgår från kommunen via det ingångna IOP:t. Eftersom ett upphandlingspliktigt kontrakt har bedömts kunna uppstå på muntlig väg i svensk rättstillämpning,<sup>314</sup> samt eftersom en transaktion som omfattar flera akter ska bedömas i sin *helhet* enligt EU-domstolen vid frågan om det föreligger ett kontrakt,<sup>315</sup> bör sidoöverenskommelsen enligt min bedömning innebära att IOP:t har fyllts ut med en bindande skyldighet för den idéburna kvinnojouren att ta emot kvinnor som placeras där av kommunen. Huruvida denna skyldighet också kan åberopas och utkrävas i domstol är dock oklart.<sup>316</sup> I det fall det av IOP-överenskommelsen eller av exempelvis e-mail framgår att den idéburna kvinnojouren accepterar att kostnadsfritt motta kvinnor åt kommunens räkning som en del av den finansiering som utgår via det ingångna IOP:t bör dock en rättsligt utkrävbar skyldighet uppstå för den idéburna kvinnojouren.<sup>317</sup> Som nämnt i avsnitt 5.4 bör det vidare enligt min bedömning vara svårt för parterna i ett avtal att undvika att skicka e-mail där innehållet i muntliga överenskommelser framgår. Det ska vidare poängteras att skäl 4 i upphandlingsdirektivet erinrar om att en upphandlande myndighets anskaffningar av tjänster bör omfattas av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller ”andra kontraktsformer”.

Denna framställning har nu både utrett kommunens möjligheter att betala bidrag och ingå IOP med idéburna kvinnojourer utan att upphandlingslagstiftningen blir tillämplig, och således besvarat uppsatsens syfte. I nästkommande kapitel sammanfattas uppsatsens slutsatser tillsammans med avslutande analyser och kommentarer.

<sup>314</sup> Se avsnitt 5.4, RÅ 2008 ref. 26 och prop. 2015/16:195 s. 933.

<sup>315</sup> Mål C-796/18 *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* p. 38, mål C-51/15 *Remondis* p. 37 och mål C-29/04 *Kommissionen v. Österrike* p. 38-42.

<sup>316</sup> Jfr Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 58 f.

<sup>317</sup> Hultgren, *Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall*, s. 286, se också NJA 1985 s. 397 och Hellner m.fl., *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, andra häftet, s. 167 f. och jfr HFD 2020 ref. 15 p. 3 och p. 21.

## 8 Slutsatser och avslutande kommentarer

### 8.1 Bidrags och IOP:s förhållande till LOU:s tillämpningsområde

Denna framställning har kommit fram till att det är möjligt för kommuner att utan tillämpning av LOU ingå avtal och IOP, samt betala ut riktade bidrag, till den del av idéburna kvinnojourers verksamhet som enbart bedriver opinionsbildning och kunskapsspridning till allmänheten om mäns våld mot kvinnor och våld i nära relation. Det är vidare möjligt för kommuner att utan tillämpning av LOU finansiera idéburna kvinnojourer genom organisationsbidrag, samt genom verksamhetsbidrag och IOP vars villkor respektive ändamål är brett formulerade, t.ex. att den idéburna verksamheten ska främja kvinnofrid och motverka våld i nära relation. Avgörandet i HFD 2010 ref. 15 har således inte stängt möjligheten att ingå *alla* sorters IOP utan tillämpning av LOU.

Däremot, i det fall sådana brett formulerade verksamhetsbidrag och IOP i praktiken innebär ersättning för att kommunen placerar kvinnor på den idéburna kvinnojourens skyddade boenden bör verksamhetsbidraget respektive IOP:t, enligt min bedömning, anses utgöra ett upphandlingspliktigt kontrakt. Det råder dock oklarhet om sådana upplägg alltid föranleder ömsesidigt bindande skyldigheter vars fullgörande kan åberopas och utkrävas i svensk domstol, varför det vore önskvärt om domstol belyste den frågan. Det går i varje fall starkt ifrågasätta om det är möjligt för kommuner att finansiera idéburna kvinnojourer i syfte att placera våldsutsatta kvinnor för kommunens räkning i den idéburna verksamheten utan att det blir fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Särskilt med tanke på att en sådan utformning antagligen syftar till att undanta köp av socialtjänst från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, vilket är förbjudet enligt 4 kap. 2 § LOU och artikel 18.1 i upphandlingsdirektivet.

Denna framställning har vidare kommit fram till att det inte är möjligt att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan tillämpning av LOU genom verksamhetsbidrag och IOP vars villkor respektive ändamål är att finansieringen ska användas till bestämda ändamål, exempelvis drift av skyddat boende eller andra specificerade stöd- och hjälpinsatser, eftersom sådana bidrag och IOP föranleder ett upphandlingspliktigt kontrakt. Det är heller inte möjligt för kommuner att undvika att det blir fråga om ett upphandlingspliktigt kontrakt genom att betala riktade verksamhetsbidrag för varje plats

en idéburen kvinnojour upplåter åt en våldsutsatt kvinna för kommunens räkning. Som en sammanfattande slutsats kan sägas att bidrag och IOP vars ändamål en kommun har ett ekonomiskt intresse av, dvs. en skyldighet att tillhandahålla enligt lag, föranleder ett upphandlingspliktigt kontrakt när det är tillräckligt definierat mellan parterna vad kommunens finansiering ska användas till.<sup>318</sup>

## 8.2 Avslutande kommentarer

Med tanke på att kvinnojoursverksamhet huvudsakligen bedrivs av idéburna aktörer är kommuner i nuläget helt beroende av idéburna kvinnojourers tjänster för att kunna uppfylla sina skyldigheter gentemot våldsutsatta kvinnor enligt SoL. Dock finns det, enligt min bedömning, ingen egentlig möjlighet för kommuner att ”lasta över” våldsutsatta kvinnor som vänt sig till kommunen på idéburna kvinnojourers verksamhet och samtidigt undvika LOU:s tillämpningsområde. Det är visserligen möjligt för kommuner att finansiera idéburna kvinnojourer genom organisationsbidrag samt verksamhetsbidrag och IOP vars villkor respektive ändamål är brett formulerade utan tillämpning av LOU. Denna finansiering bör dock enbart kunna användas till den idéburna verksamhet som *kompletterar* kommunernas verksamhet. Exempelvis kan sådan finansiering möjliggöra att idéburna kvinnojourer bedriver opinionsbildning och kunskapsspridning till allmänheten om mäns våld mot kvinnor och våld i nära relationer. Sådan finansiering kan också möjliggöra innovation samt att våldsutsatta kvinnor, som av olika anledningar inte vill vända sig till myndigheter, har ett idéburet alternativ att vända sig till för att tillgodose sina behov av skyddat boende samt andra stödinsatser. Vad gäller skyddat boende och andra stödinsatser bör en kommun, enligt min bedömning, alltså enbart ha möjlighet att finansiera den del av idéburen kvinnojoursverksamhet som riktar sig till kvinnor som vänt sig *direkt* till den idéburna kvinnojouren för att få skyddat boende eller andra stöd- och hjälpinsatser. Det är därmed, enligt mig, oundvikligt att kommuner måste tillämpa LOU i det fall kommunen aktivt vill använda sig av de idéburna kvinnojourerna för att uppfylla sina egna skyldigheter enligt lag gentemot sina invånare. Denna slutsats är troligtvis mycket nedslående för många idéburna kvinnojourer

<sup>318</sup> Jfr HFD 2020 ref. 15 p. 3 och p. 21 och Stefansson och Bogg Upphandling24 16/10 2018.

och politiker. Särskilt med tanke på att offentlig upphandling riskerar att konkurrera ut idéburna kvinnojourer, vilka har ett stort värde för vår välfärd.<sup>319</sup> Kommuner kan därför ha anledning att överväga de finansieringsmöjligheter som faktiskt finns och som redogjorts för i denna framställning för att främja idéburna kvinnojourer vid sidan av den kvinnojoursverksamhet som erhålls genom upphandlade kontrakt alternativt som bedrivs av kommunen i egen regi.

Avslutningsvis ska också kort nämnas att en lagändring som trädde ikraft 1 januari 2019 möjliggör att upphandlande myndigheter inom ramen för LOU mer fritt kan direkttilldela kontrakt i det fall kontraktet avser vissa välfärdstjänster, t.ex. socialvård och social omsorg med inkvartering,<sup>320</sup> vars värde understiger 7 701 675 kr.<sup>321</sup> Lagändringen innebär att upphandlande myndigheter vid sådana upphandlingar i stort sett är fria att välja leverantör enligt eget önskemål vid sin kontraktstilldelning i det fall upphandlingen saknar ett sk. bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>322</sup> Denna lagändring har bedömts utöka möjligheterna för kommuner att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer inom ramen för LOU:s tillämpningsområde.<sup>323</sup> Tillämpningen av det nya regelverket är dock inte helt okomplicerad.<sup>324</sup> Exempelvis är bedömningen om en upphandling saknar ett gränsöverskridande intresse svår och komplex.<sup>325</sup> Möjligheterna för kommuner att vid sin kontraktstilldelning enligt det nya regelverket medvetet särbehandla idéburna kvinnojourer till nackdel för kommersiella vinstdrivande aktörer är därmed oklara. Upphandling inom ramen för LOU:s tillämpningsområde faller utanför syftet för denna uppsats, och ska därför inte behandlas mer ingående här. Det kan emellertid konstateras att den juridiska debatten om vilka möjligheter kommuner har att direkttilldela avtal, IOP och bidrag till idéburna kvinnojourer utan konkurrensutsättning är långt ifrån över.

<sup>319</sup> Jfr prop. 2017/18:158 s. 72.

<sup>320</sup> Se bilaga 2 CPV-kod 8531000-5 och 85311000-2.

<sup>321</sup> Prop. 2017/18:158 s. 104, se 19 kap. 1 § andra stycket och 19 kap. 35-39 §§ LOU som implementerar artikel 74-76 i upphandlingsdirektivet.

<sup>322</sup> Prop. 2017/18:158 s. 69 f., 72 f., s. 106 och s. 109.

<sup>323</sup> Prop. 2017/18:158 s. 1, s. 104 och s. 109 f. och SOU 2019:56 s. 321.

<sup>324</sup> Jfr prop. 2017/18:150 s. 72 f. och s. 106 f.

<sup>325</sup> Prop. 2017/18:158 s. 71 och s. 73.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *Propositioner*

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid

Prop. 2006/07:38 Socialtjänstens stöd till våldsutsatta kvinnor

Prop. 2009/10:55 En politik för det civila samhället

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

Prop. 2017/18:158 Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden

### *Statliga offentliga utredningar*

SOU 2013:12. Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling

SOU 2014:49. Våld i nära relationer – En folkhälsofråga

SOU 2016:13. Palett för ett stärkt civilsamhälle

SOU 2016:78. Ordning och reda i välfärden

SOU 2017:38. Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning

SOU 2017:112. Ett fönster av möjligheter – stärkt barnrättsperspektiv för barn i skyddat boende

SOU 2018:44. Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

SOU 2019:35. Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället

SOU 2019:56. Idéburen välfärd

SOU 2019:56. Vägledning

### *Departementsserien*

Ds 2019:7 Ny modell för statsbidrag till vissa ideella organisationer inom brottsofferområdet

### *Övrigt svenskt offentligt tryck*

Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift 2017-06-29 dnr 337/2017

Utbildningsdepartementet, Regeringsbeslut 1:7 2011-06-16, Uppdrag att utveckla och sprida kunskap om mäns våld mot kvinnor, hedersrelaterat våld och förtryck samt våld i samkönade relationer

### *Övrigt offentligt tryck från EU*

Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse, SWD(2013) 53 final/2, Bryssel 29.4.2013

## **Litteratur**

Adlercreutz, A, Avtalsrätt I, 14 uppl, Studentlitteratur 2016

Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, 3 uppl, Sweet & Maxwell 2014

Bergström och Hettne, Introduktion till EU-rätten, Studentlitteratur 2014

Brunlid, C, Valfärdstjänster – vad talar vi om egentligen?, UrT 2016 nr 4 s. 403-412

Chalmers, D, Davies, G och Monti, G, European Union Law, 4 uppl, Cambridge University Press 2019

Daneschpip, A, Hama Ali, M och Petterson, G, Idéburet offentligt partnerskap – Vilka möjligheter erbjuder EU-rätten? Forum 2016

Grönfors, K och Dotevall, R, Avtalslagen – En kommentar, 5:e uppl, Wolters Kluwer 2016

Hellner, J, Hager, R och Persson, A, Speciell kontraktsrätt, första häftet särskilda avtal, 7 uppl, Norstedts Juridik 2019

Hellner, J, Hager, R och Persson, A, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, andra häftet allmänna ämnen, 7 uppl, Norstedts Juridik 2020

Hettne, J, och Otken, Eriksson, I, EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 uppl, Norstedts juridik 2019

Hultgren, P, Fel i tjänst - Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall, 2019

Janssen, W, EU Public Procurement Law & Self Organisation, Eleven International Publishing 2018

Kleineman, J, Rättsdogmatisk metod, i Korling, F., och Zamboni, M. (red.), Juridisk metodlära, uppl 1, Studentlitteratur 2013

Olsson, E, Falk, J, Allt är inte upphandling som glimmar, ERT 2017 nr 3 s. 581-601

Reichel, J., EU-rättslig metod, i Korling, F., och Zamboni, M. (red.), Juridisk metodlära, uppl 1, Studentlitteratur 2013

Risvig Hamer, C, The concept of a 'public contract' within the meaning of the Public Procurement Directive, UrT 2016 nr 3 s. 179-200

SKR, Utveckla idéburet offentligt partnerskap i kommuner landsting och regioner, Rapport 2017

Steinicke, M och Vesterdorf, P, Brussels Commentary EU Public Procurement Law, Nomos Verlagsgesellschaft 2018

Sundstrand, A, Icke-vinstdrivande organisationer och offentlig upphandling, UrT 2016 nr 2 s. 139-150

Sundstrand, A, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure Förlag 2012

Sylvan, M, Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – En utredning av Malmö stad, 2014

Sylvan, M, Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-Funded Welfare Services?, PPLR 2016 nr 6 s. 253-272

Thorell, P, Upphandling av idéburna offentliga partnerskap och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, UrT 2017 nr 4 s. 271-281

Whelander på uppdrag av Konkurrensverket, När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?, Uppdragsforskningsrapport 2018:5

Jämställdsmyndigheten, Våldsförebyggande arbete, Sammanställning av Jämställdsmyndighetens enkät avseende nationellt arbete med våldsprevention, 2018



## **Svenska domstolar**

NJA 1969 s. 409

NJA 1985 s. 397

HFD 2020 ref. 15

Kammarrätten Göteborg 2018-10-09 mål nr. 295-18

Kammarrätten Göteborg 2019-05-08 mål nr. 3556-18

## **EU-domstolen**

Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, *Costa v. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66

Dom av den 17 september 1988 i mål 263/86, *Humbel*, ECLI:EU:C:1988:451

Dom av den 13 juli 1989 i mål 215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH*,  
ECLI:EU:C:1989:331

Dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, *Leur-Bloem*, ECLI:EU:C:1997:369

Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, ECLI:EU:C:1999:562

Dom av den 24 februari 2000 i mål C-434/97, *Kommissionen v. Frankrike*,  
ECLI:EU:C:2000:98

Dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, *Cambridge*, ECLI:EU:C:2000:529

Dom av den 22 januari 2002 i mål C-218/00, *Cisal*, ECLI:EU:C:2002:36

Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, ECLI:EU:C:2005:5

Dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, *Kommissionen v. Frankrike*,  
ECLI:EU:C:2005:620

Dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, *Kommissionen v. Österrike*,  
ECLI:EU:C:2005:670

Dom av den 16 maj 2006 i mål C-372, *Watts*, ECLI:EU:C:2006:325

Dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Jean Aroux*, ECLI:EU:C:2007:31

Dom av den 19 april 2007 i mål C-444/05, *Stamatelaki*, ECLI:EU:C:2007:231

Dom av den 18 december 2007 i mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, ECLI:EU:C:2007:815

Dom av den 18 december 2007 i mål C-281/06, *Jundt*, ECLI:EU:C:2007:816

Dom av den 29 januari 2008 i mål C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54

Dom av den 29 oktober 2009 i mål C-536/07, *Kommissionen v. Tyskland*,  
ECLI:EU:C:2009:664

Dom av den 23 december 2009 i mål C-305/08, *CoNISMa*, ECLI:EU:C:2009:807

Dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08, *Helmut Müller*, ECLI:EU:C:2010:168

Dom av den 15 juli 2010 i mål C-271/08, *Kommissionen v. Tyskland*,  
ECLI:EU:C:2010:426

Dom av den 14 juni 2011 i mål C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389

Dom av den 13 december 2012 i mål C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795

Dom av den 19 december 2012 i mål C-159/11, *Lecce*, ECLI:EU:C:2012:817

Dom av den 13 juni 2013 i mål C-386/11, *Piepenbrock*, ECLI:EU:C:2013:385

Dom av den 19 december 2013 i mål C-279/12, *Fish Legal*, ECLI:EU:C:2013:853

Dom av den 11 december 2014 i mål C-113/13, *Spezzino*, ECLI:EU:C:2014:2440

Dom av den 28 januari 2016 i mål C-50/14, *CASTA*, ECLI:EU:C:2016:56

Dom av den 21 december 2016 i mål C-51/15, *Remondis*, ECLI:EU:C:2016:985

Dom av den 19 juni 2018 i mål C-15/16, *Baumeister*, ECLI:EU:C:2018:464

Dom av den 18 oktober 2018 i mål C-606/17, *IBA Molecular Italy*,  
ECLI:EU:C:2018:843

Dom av den 25 oktober 2018 i mål C-260/17, *Anidoki*, ECLI:EU:C:2018:864

Dom av den 3 oktober 2019 i mål C-285/18, *Irgita*, ECLI:EU:C:2019:829

Dom av den 6 februari 2020 i mål C-11/19, *Azienda*, ECLI:EU:C:2020:88

Dom av den 28 maj 2020 i mål C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-  
Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395

## **Internetkällor**

Atallah, C, Ardalan Shekarabi (S) ny socialförsäkringsminister, SVT Nyheter 2/10 2019  
(8/7 2020),

<https://www.svt.se/nyheter/inrikes/statsministern-haller-presstraff>

Eriksson, P, Upphandling oroar kvinnojourer, Inköpsrådet 20/5 2019 (27/1 2020),

<https://inkopsradet.se/bransch/vard-omsorg/upphandling-oroar-kvinnjourer/>

FN, Covid-19: FN uppmanar till åtgärder mot våld i nära relationer 6/4 2020,

<https://unric.org/sv/covid-19-fn-uppmanar-till-atgarder-mot-vald-i-nara-relationer/>

Franzen, S, Människor som bär på ett bagage av hot och våld, Almedalen.se 24/6 2019 (15/7 2020)

<https://almedalen.se/manniskor-som-bar-pa-ett-bagage-av-hot-och-vald/>

Hulth, A, De sprider kunskap om våld mot kvinnor, Uppsala universitet 2/11 2015 (27/6 2020)

<https://www.uu.se/nyheter-press/nyheter/artikel/?id=5504&typ=artikel>

<https://www.regeringen.se/regeringsuppdrag/2011/06/u20113826uh/>

Jämställdhetsmyndigheten, Kommuner bör vara beredda på att hantera ökningen av våld mot kvinnor och barn, 2/4 2020 (24/5),

[https://www.jamstalldhetsmyndigheten.se/nyhet/kommuner-bor-vara-beredda-att-hantera-okningen-av-vald-mot-kvinnor-och-](https://www.jamstalldhetsmyndigheten.se/nyhet/kommuner-bor-vara-beredda-att-hantera-okningen-av-vald-mot-kvinnor-och-barn?fbclid=IwAR1G5ujuu5_Yy7_yW4bfU61FwG9NuNUv-l9TnKP9cqUbhouBt-S0M3sgd3w)

[barn?fbclid=IwAR1G5ujuu5\\_Yy7\\_yW4bfU61FwG9NuNUv-l9TnKP9cqUbhouBt-S0M3sgd3w](https://www.jamstalldhetsmyndigheten.se/nyhet/kommuner-bor-vara-beredda-att-hantera-okningen-av-vald-mot-kvinnor-och-barn?fbclid=IwAR1G5ujuu5_Yy7_yW4bfU61FwG9NuNUv-l9TnKP9cqUbhouBt-S0M3sgd3w)

Kanakaris, Z, Persson, O, Westerstrand, J, Schröder, P, & Petterson, G, Kvinnojourer är inte vilka tjänsteföretag som helst, Dagens Samhälle 17/5 2019 (20/1 2020)

<https://www.dagenssamhalle.se/debatt/kvinnojourer-ar-inte-vilka-tjansteforetag-som-helst-27550>

Mårtensson, F, Val mellan upphandling och IOP, Upphandling24 24/5 2019 (27/1 2020)

<https://upphandling24.se/val-mellan-upphandling-och-iop/>

Nordlund, G, Var ska alla hotade kvinnor bo?, Sveriges Radio 19/2 2019 (15/7 2020)

<https://sverigesradio.se/avsnitt/1239035>

Shekarabi, A, Regnér, Å, Micko, L, Unander-Scharin, B, Kanakaris, Z, Det civila samhället är avgörande för välfärden, Expressen Debatt 3/7 2015 (17/4 2020)

<https://www.expressen.se/debatt/det-civila-samhallet-ar-avgorande-i-valfarden/>

Stefansson, H och Bogg, M, Upphandling eller bidrag? Vem mottagaren är kan avgöra, Upphandling24 16/10 2018 (14/4 2020).

<https://upphandling24.se/upphandling-eller-bidrag-vem-mottagaren-ar-kan-avgora/> .

Sylvan, M, ”Konkurrensverket har fel”, Upphandling24 8/8 2017 (15/4 2020),

<https://upphandling24.se/konkurrensverket-har-fel/>

Sylvan, M, ”Thorell hänvisar till gamla meddelanden från EU”, Upphandling24 2/1 2018 (15/4 2020),

<https://upphandling24.se/thorell-hanvisar-till-gamla-meddelanden-fran-eu/>

Sylvan, M, Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i Alingsåsmålet, Mathias Sylvan 4/10 2019 (30/4 2020)

<https://mathiassylvan.se/media/högsta-förvaltningsdomstolen-meddelar-prövningstillstånd-i-alingsåsmålet>

Sylvan Forum SVT Play 05:28:11-06:14:34 27/1 2020 (25/6 2020)

<https://www.svtplay.se/video/25207422/forum/forum-27-jan-09-00?start=auto>

Tanha, S, Kvinnojourer kritiserar upphandling av skyddat boende, Sveriges Radio 7/3 2019 (20/1 2020)

<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=103&artikel=7169243>

Thorell, P, “IOP måste upphandlas enligt LOU”, Upphandling24 24/11 2017 (15/4 2020),

<https://upphandling24.se/ideburna-offentliga-partnerskap-maste-upphandlas-enligt-lou/>

TV4 Nyheterna, Kraftigt ökat tryck på kvinnojourer: ”Känner enorm oro” TV4 Nyheterna 18/4 2020 (25/4 2020),

[https://www.tv4play.se/program/nyheterna/12581455?fbclid=IwAR3mRhKrMVWnvjscpOntF575WNnEjmBED0ipAOB20CMojOSEKM40\\_3E8Tvc](https://www.tv4play.se/program/nyheterna/12581455?fbclid=IwAR3mRhKrMVWnvjscpOntF575WNnEjmBED0ipAOB20CMojOSEKM40_3E8Tvc)

Unizon, Kvinnojourer kan undantas från upphandling 12/11 2015 (21/1 2020),

<https://unizon.se/aktuellt/kvinnojourer-kan-undantas-fran-upphandling>