

Datum
2020-04-24

Diariennr
KST 2020/40

Ert datum
2020-04-30

Ert diariennr
Fi2019/04187/K

Finansdepartementet

Remissyttrande över betänkandet Idéburen välfärd (SOU 2019:56)

Utgångspunkter

Kammarrätten vill utifrån de aspekter som domstolen har att beakta lämna följande synpunkter på förslagen i betänkandet.

Betänkandet förutsätter att de förslag som lagts fram av den s.k. förenklingsutredningen, SOU 2018:44, kommer att genomföras (s. 356–385 i betänkandet). Kammarrätten vill hänvisa till sitt remissyttrande (dnr Fi2018/02531/OU) över de förslagen. Sistnämnda betänkande bereds för närvarande i Regeringskansliet tillsammans med andra förslag på upphandlingsområdet. Det är därför svårt att överblicka hur den här aktuella utredningens förslag kan påverkas av förslag som lämnats i tidigare betänkanden på området.

Lagen om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet – avsnitt 5.4.9

I betänkandet föreslås att ett beslut om föreläggande enligt lagen överklagas inom tre veckor medan övriga beslut enligt lagen ska kunna överklagas inom två månader.

Det saknas en motivering till varför den längre överklagandetiden ska användas och varför två olika frister ska införas. Kammarrätten anser att samma tid bör användas för samtliga överklaganden enligt lagen och att överklagandefristen bör vara tre veckor.

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00

Telefax
08-14 98 89

E-post: kammarrattenistockholm@dom.se

Internet: www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Ändringar i LOU – avsnitt 8

Enligt den föreslagna 19 kap. 6 b § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, är en förutsättning för att reservera deltagandet i en upphandling att det bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet.

Rekvisitet ”förverkliga den sociala målsättningen” framstår som främmande för svensk rätt. Formuleringen tycks vara hämtad från p. 65 i EU-domstolens avgörande Spezzino (EU-domstolens dom den 11 december 2014 i mål C-113/13): ”Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågorna besvaras enligt följande. Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, såsom den i det nationella målet, som föreskriver att tillhandahållandet av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster i första hand, genom direkt tilldelning och utan någon offentlighet, ska anförtros åt frivilligorganisationer som ingått avtal med en myndighet, i den mån den rättsliga och avtalsrättsliga ram inom vilken dessa organisationer utövar sin verksamhet faktiskt bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen och till att uppfylla de mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som lagstiftningen vilar på.”

Formuleringen i domslutet i sin tur är hämtad från den italienska lagstiftning som EU-domstolen återger i domskälen (Spezzino p. 10). Det rör sig således om ett godkännande i efterhand av ett redan genomfört kontrakt. Det kan ifrågasättas om detta är en lämplig formulering att använda för att på förhand bedöma om en reservation är godkänd enligt den föreslagna 19 kap. 6 b § LOU. Den föreslagna formuleringen utgör en riskabel tolkning av hur EU-domstolens avgörande kan användas. Det valda rekvisitet kommer i vart fall att sannolikt leda till tillämpningssvårigheter. Detta bör beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Förslagets kompatibilitet med EU-rätten – avsnitt 8.2

I betänkandet förs ett resonemang om att det inte är helt säkert att domen Spezzino är förenlig med det efter domen tillkomna andra upphandlingsdirektivet¹ (s. 346). Utifrån dessa oklarheter finns det anledning att ifrågasätta om det är lämpligt att ta ledning av det avgörandet för rekvisitens utformande.

Utredningens slutsats efter en genomgång av EU-rätten är att det finns en viss rättslig osäkerhet beträffande möjligheterna att reservera upphandlingar för idéburna aktörer och att fullständig rättslig klarhet bara kan uppnås efter en prövning i EU-domstolen av den specifika lagstiftningen (s. 351). I förslaget uttrycks också att det är oklart vilka tjänster som i praktiken kommer att omfattas av förslaget (s. 353). Utredningens slutsats tycks vara att det finns ett utrymme för att gå utanför direktivets ordalydelse och hitta legalitet i andra situationer än de som anges i direktivet (s. 348–349). Utredningen bortser därför från bl.a. bestämmelsen i

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

artikel 77.1 d) i upphandlingsdirektivet om att en organisation inte får ha tilldelats något kontrakt för en tjänst av samma upphandlande myndighet under de senaste tre åren.

Kammarrätten anser att slutsatsen om förslagets kompatibilitet med EU-rätten är otillfredsställande och den lämnar för mycket ansvar på rättstillämpningen, särskilt som förslaget kan medföra att bestämmelsen i 19 kap. 6 b § LOU måste tillämpas i strid med bestämmelser i direktivet.

Ändringar i LOV – avsnitt 9.1

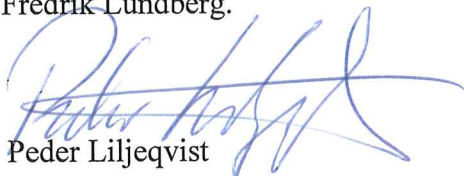
Vad gäller förslaget till ändring i 1 kap. 2 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem vill kammarrätten hänvisa till sitt remissyttrande till SOU 2018:44 (dnr Fi2018/02531/OU), särskilt vad som anges under rubriken ”Bestämt gränsöverskridande intresse och principer för upphandling”.

Konsekvensanalys – avsnitt 12

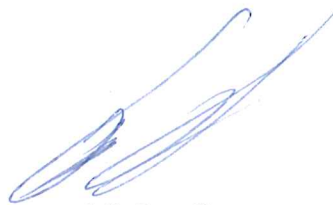
I utredningen saknas en analys av konsekvenserna för förvaltningsdomstolarna.

Förslaget innebär att en helt ny lag införs och medför en ny typ av mål i förvaltningsdomstolarna. Genomförandet av förslagen skulle därför i vart fall initialt leda till en ökad arbetsbelastning för domstolarna. Detta är olyckligt eftersom ambitionen på upphandlingsområdet snarare är att försöka begränsa antalet överprövningsmål. Som framgår ovan väcker förslaget komplicerade EU-rättsliga frågor som helt har lämnats åt rättstillämpningen att besvara. Kammarrätten utgår från att konsekvenserna för domstolarna beaktas i det fortsatta remissarbetet.

Detta yttrande har beslutats av kammarrättslagmannen Peder Liljeqvist och kammarrättsrådet Eva Gullfeldt. Föredragande har varit kammarrättsfiskalen Fredrik Lundberg.



Peder Liljeqvist



Fredrik Lundberg

Kopia till

Övriga kammarrätter

Hovrätterna

Förvaltningsrätterna under Kammarrätten i Stockholm

Justitiedepartementet, expediteschefen och enheten DOM

Domstolsverket

Kammarrättens intranät

Tidningarnas telegrambyrå