



**SVENSKT NÄRINGSLIV**

Finansdepartementet

Vår referens/dnr: DNR 6/2020

Avdelningen för offentlig förvaltning

Er referens/dnr: Fi2019/04187/K

103 33 Stockholm

2020-04-07

## Remissvar

### Idéburen välfärd - SOU 2019:56

Svenskt Näringsliv vill först och främst inleda med att understryka att idéburen sektor bidrar med stora värden, både ekonomiskt och kvalitetsmässigt till de samhällsliga mål som är grunden för vårt samhällsbygge. Många verksamheter inom välfärden skulle överhuvudtaget inte existera utan de idéburna aktörerna, till exempel kvinnojourer och missioner för hemlösa. Många gånger bygger dessa verksamheter på ideella krafter, som bidrar med tid och pengar. Likt andra europeiska länder finns även flera religiösa samfund som är aktiva inom idéburen välfärd. Det som skiljer Sverige mot andra europeiska länder, som utredningen har tittat närmare på t.ex. Italien, är framför allt kyrkans roll i samhället. Det är därför svårt att göra jämförelser, så som utredningen gjort, eftersom de religiösa samfundens betydelser ser olika ut i olika länder. Detta är också anledningen till att vissa länder har en högre grad av idéburen välfärd än Sverige.

Svenskt Näringsliv vill också understryka att idéburna verksamheter måste växa på egna meriter och inte genom att bli gynnade framför vinstsyftande företag. Ett gynnande av idéburen sektor, som återfinns bland utredningens förslag, skulle obevekligen leda till att effektiva vinstsyftande verksamheter hämmas, något som svensk välfärd med dess stora utmaningar inte är betjänt av. Belägg för att kvaliteten skulle vara högre i idéburen verksamhet saknas dessutom.

Svenskt Näringsliv ställer sig tveksam till förslaget om ny lag om registrering av idéburna aktörer inom offentlig verksamhet. Förslaget har vissa svagheter. Begreppet "välfärdsverksamhet" är svårdefinierat och kan komma att ändras över tid. Det som en gång har definierats som välfärdsverksamhet, kan komma att ändra karaktär bli något annat, eller vice versa. Detta kommer vi sannolikt påminnas om i kölvattnet efter Coronakrisen och digitaliseringsutvecklingen. Att därför bygga en lag på ett så vagt begrepp skapar rättsosäkerhet. Till exempel Lag om valfrihetssystem (LOV) hänvisar till CPV-nomenklaturen för att tydliggöra lagens tillämpningsområde. Även om detta verktyg har sina nackdelar tydliggör det ändå lagens ramar på ett betydligt mer stringent sätt. Eftersom det finns

begränsningar i den ekonomiska rörligheten och en straffsanktion kopplat till lagförslaget är risken uppenbar att förslaget inte kommer bli populärt, så som t.ex SVB-bolag (Aktiebolagslagen 32 kap.) som det bara finns ett fåtal av. Svenskt Näringsliv beklagar att utredningen inte lyckats att ta fram ett förslag som underlättar statistikinsamlingen, eftersom det behövs. Idag finns inget bra statistikunderlag över antalet idéburna aktörer,

Svenskt Näringsliv befarar även att det kommer att vara svårt att övervaka ev. värdeöverföringar från en idéburen aktör som låtit sig registreras. Vår bedömning är att utredningen underskattat resurserna som krävs för att säkerställa att lagen följs. Utredningens exempel med stiftelser är tyvärr inget bra jämförelseobjekt eftersom tillsynen av stiftelser har vissa brister.

En del av de frågor som har analyserats av utredningen har fått sitt slutliga svar genom dom som meddelades den 11 mars 2020 i Högsta förvaltningsdomstolen mellan Konkurrensverket och Alingsås kommun om ett s.k. IOP-avtal (Mål nr 3165-19). Domstolen konstaterade att Alingsås köp av vård- och omsorgstjänster av Bräcke diakoni är ett offentligt kontrakt som omfattas av lagen om offentlig upphandling (LOU). Svenskt Näringsliv anser att denna fråga därmed är utagerad. Det finns inga undantag i LOU som medför att vård- och omsorgstjänster inte ska upphandlas. Tjänsten är av ekonomisk art och omfattas således av EU-rätten.

Delvis mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens dom avstyrker Svenskt Näringsliv förslagen om ändringar i LOV och LOU.

Utredningen föreslår att ett valfrihetssystem som inte har ett gränsöverskridande intresse får reserveras till idéburna aktörer. Svenskt Näringsliv anser inte att förslaget är i enlighet med de grundläggande principerna och beaktandesatserna 114 i direktiven till i LOU och LUK.

Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget från såväl näringspolitiska och samhällsekonomiska grunder som juridiska grunder.

Genom valfrihetssystem skapas förutsättningar för kvalitetskonkurrens och att utbudet anpassas till brukarnas preferenser, till stor nytta för medborgarna. Det kräver dock att det finns en mångfald av aktörer att välja mellan, och att den kategori utförare som spelar störst roll för att det ska bli någon mångfald, de privata företagen, inte utesluts.

Att ge regioner och kommuner rätt att reservera LOV-system för idéburna utförare är detsamma som att ge dem rätt att utesluta vinstdrivande företag från valfrihetssystemen. Detta vore ett ytterst långtgående förslag som riskerar att beskära konkurrensen och valfriheten kraftigt. 40 procent av utförarna i primärvården är privata verksamheter, de allra flesta är vinstdrivande företag som skulle uteslutas om en region skulle reservera sitt LOV-system inom primärvården för idéburna verksamheter.

Förutom att till exempel välrenommerade större vård- och omsorgsföretag skulle stängas ute skulle detta i praktiken innebära att många småföretag skulle gå under, såväl inom primärvård som inom hemtjänst. LOV har möjliggjort för små företag att komma in som leverantörer på en marknad som annars varit låst i långa LOU-upphandlingar. Innovativa arbetssätt har också introducerats i vård och omsorg. Ett bra exempel på det är digitala vårdmöten.

Till bilden hör att regeringen redan 2014 lade fram ett liknande förslag. Den gången gällde förslaget att ge landstingen rätt att upphäva vårdvalssystemen i primärvården. Udden var även då riktad mot de vinstdrivande företagen. En majoritet i riksdagens socialutskott avsåg dock förslaget och regeringen drog tillbaka sitt förslag.

Om staten skulle välja att reservera LOV-system inom arbetsmarknadsområdet för idéburna aktörer nu när arbetsmarknadspolitiken omformas, skulle detta medföra – på samma sätt som i till exempel vården – att erfarna och välrenommerade bemanningsföretag inte får möjlighet att bidra till ökad sysselsättning och ökade livschanser för arbetslösa.

Idéburna aktörer spelar som nämnts en viktig roll men dessa ska inte bli gynnade från början, utan i stället nå framgång utifrån att de genom brukarnas fria val har gjort sig förtjänta av att växa. Belägg för att kvaliteten systematiskt skulle vara högre hos idéburna aktörer i svensk välfärd finns inte heller.

Svenskt Näringsliv anser också att förslaget inte är i enlighet med de grundläggande principerna och beaktandesatserna i LOU och LUK

Bestämmelserna i EUF-fördraget (FEUF) om de grundläggande friheterna utgör grunden för det unionsrättsliga regelverket för offentlig upphandling. Tilldelning av kontrakt utanför upphandlingsdirektiven omfattas av FEUF's bestämmelser, om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Sådana kontrakt omfattas även av fördragets möjligheter till undantag. Ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse när det är intressant för företag i andra medlemsstater att få vara leverantör. Indikationer på att ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse är, som EU-domstolen slagit fast, att det är betydande värden av det aktuella kontraktet i kombination med den plats som tjänsten ska utföras på eller kontraktets tekniska aspekter. Vidare kan man vid bedömningen beakta om det finns utländska leverantörer på marknaden eller om det finns klagomål som ingivits av aktörer i andra medlemsstater. Generaladvokaten Kokott anförde i sitt förslag till avgörande i målet *Presstext Nachrichtenagentur (C-454/06)* att vid bedömningen av om ett kontrakt var av ett bestämt gränsöverskridande intresse, skulle bl.a. beaktas om flera av de potentiella leverantörerna var internationellt verksamma och om det förekommit att nya företag etablerat sig på den aktuella marknaden. Begreppet bestämt gränsöverskridande intresse är även tillämpligt vid tilldelning av kontrakt under tröskelvärdena. I det förenade målen *SECAP och Santorso (C- 147/06)* var det fråga om en upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. EU-domstolen påpekade att primärrättens bestämmelser och allmänna rättsprinciper redan tidigare fastställts tillämpliga på kontrakt som understiger det gällande tröskelvärdena under förutsättning att de har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

EU-domstolen har i bl.a. *Stanleybet Malta (C-463/13)* skrivit att "enligt fast rättspraxis ska alla åtgärder som förbjuder, försvårar eller gör det mindre attraktivt att utöva de friheter som garanteras i artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF anses som inskränkningar i etableringsfriheten och/eller friheten att tillhandahålla tjänster". I målet *Conste (C-234/03)* erinrade domstolen att bedömningskriterierna, liksom alla nationella åtgärder, ska följa icke-diskrimineringsprincipen, så som den följer av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster. Av p. 25 i domen framgår att nationella åtgärder som kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna som garanteras i fördraget, ska uppfylla fyra villkor för att vara förenliga med FEUF. De ska

- tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt,
- vara motiverade av tvingande hänsyn till ett allmänintresse,

- vara ägnade att säkerställa de mål som eftersträvas, och
- inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

Det ska noteras att det spelar ingen roll om kontraktet omfattas av upphandlingsdirektiven, är en social tjänst eller tjänstekoncession. Principerna ska tillämpas oavsett form. Undantagen ska tolkas restriktivt och det är den som åberopar en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som gör att undantagen är tillämpliga (C-199/85).

Principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, i enlighet med artikel 49 och 56 FEUF, har direkt effekt i medlemsstaternas interna rättsordning. Av principerna följer skyldigheten att lämna insyn och principen om öppenhet. Detta innebär att alla kontrakt måste offentliggöras och i förväg ange de krav som ställs, tilldelningskriterier och dess vikt (C-31/87 p. 21 och C-87/94 p. 88). Alla kriterier som ska ligga till grund för myndighetens prövning av anbudet ska anges i antingen meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna. En allmän hänvisning till t.ex. lagstiftning är inte tillräckligt för att uppfylla detta krav på offentlighet (C-31/87 p. 35 och C-225/98 p. 73). EU-domstolen har också påpekat att likabehandlingsprincipen inte bara förbjuder öppen diskriminering på grund av nationalitet utan även all dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat (C-225/98 p 80 och C-3/88 p 8).

Det framgår av också av domstolens praxis att medlemsstaterna även när de utövar sina befogenheter på hälso- och sjukvårdsområdet måste iaktta unionsrätten, särskilt de bestämmelser som rör den inre marknaden. Dessa bestämmelser innebär bland annat att medlemsstaterna inte får införa eller bibehålla inskränkningar i utövandet av de aktuella friheterna inom hälso- och sjukvårdssektorn (C-1141/07 och C-169/07). Hälso- och sjukvårdssektorn kan därför inte anses vara undantagen från tillämpningen av EU:s regelverk – särskilt inte sedan upphandlingsdirektiven tydligt anger vad som gäller för sociala tjänster och hur de ska hanteras. Det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU av den 26 februari 2014 ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning på det aktuella området upp till ett tröskelvärde om 750 000 euro och dessutom vissa särregler för tjänster som tillhandahålls av icke-vinstdrivande organisationer.

När det gäller valfrihetssystem framgår, så som ovan angivit av beaktandets 114 i direktiv 2014/24/EU att

*Medlemsstater och myndigheter har frihet att tillhandahålla dessa tjänster själva eller att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt, exempelvis genom att enbart finansiera sådana tjänster eller genom att bevilja licenser eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att ett sådant system tryggar en tillräcklig annonsering och överensstämmer med **principerna om öppenhet och icke-diskriminering.***

Skrivningarna i denna beaktandesats kan inte tolkas på annat sätt än att medlemsstaterna har en frihet att skapa t.ex. pengsystem eller LOV-system så länge dessa följer principen om öppenhet och icke-diskriminering.

Som ovan framgått gäller artikel 49 och 56 FEUF, även för upphandlingar under tröskelvärdet och för sociala tjänster (art. 74–76), om det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse och att det inte föreligger ett undantag på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I de flesta upphandlingar av välfärdstjänster i Sverige föreligger ett gränsöverskridande intresse, dels för att beloppen är höga dels för att vi har flera internationella företag på vård- och omsorgsmarknaden. Utredningens argumentation för att diskriminera vinstdrivande företag i ett LOV-system håller därför inte, enligt Svenskt Näringsliv förmenande.

Svenskt Näringsliv anser istället, i syfte att gynna idéburna aktörer, att kommuner och regioner bör satsa på att förbättra informationen till medborgarna enligt 9 kap. LOV. Syftet med LOV är låta den enskilde vård- eller omsorgsmottagaren välja vilken leverantör denne vill ha, inte det allmänna. En viktig informationspunkt som underlättar valet är huruvida leverantören är idéburen eller vinstdrivande. Svenskt Näringsliv ståndpunkt är att detta val ska ligga hos den enskilde.

Svenskt Näringsliv avstyrker också förslaget om ändring av 19 kap. 6 b § LOU. Vi ställer oss frågande till hur en myndighet ska kunna visa att en aktör kan bidra till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och som leder till budgetmässig effektivitet. Bevisbördan ligger på myndigheten som åberopar bestämmelsen. Så vitt Svenskt Näringsliv känner till finns det idag ingen statistik som visar att idéburen verksamhet skulle vara budgetmässigt mer effektiv. De idéburnas fördelar ligger på ett annat plan, bl.a. värdegrund, innovation och kvalitativa aspekter som kan vara viktig för en enskild brukare. Den föreslagna bestämmelsen går i praktiken inte att tillämpa. Det är först när man blir konkurrensutsatt som man kan visa på budgetmässig kvalitet. Det finns inget som säger att en idéburen aktör inte kan vinna ett sådant kontrakt på egna meriter.

FÖRENINGEN SVENSKT NÄRINGSLIV

Ellen Hausel Heldahl

Göran Grén