

Datum
2020-05-25Diarienummer
Af-2020/00013782Avsändarens referens
Fi2019/04187/KMottagarens adress
fi.remissar@regeringskansliet.se

Remissyttrande: SOU 2019:56, Idéburen välfärd

Sammanfattning

Arbetsförmedlingen har tagit del av innehållet i utredningen och ser med tillförsikt fram mot de möjligheter som förslagen kan komma att ge. Arbetsförmedlingen är positiv till utredningens förslag i stort och anser att det bidrar till ökade möjligheter att samverka med den idéburna sektorn.

Utredningens förslag rörande definition av idéburna aktörer samt möjligheten att kunna registrera sig i ett särskilt register välkomnas. Detta kommer att leda till en enklare och mer enhetlig hantering vid idéburet offentligt partnerskap. Arbetsförmedlingen hade gärna sett att det även vid offentlig upphandling hade varit möjligt att förlita sig på registret och därvidlag en extern och enhetlig bedömning av idéburna aktörer. Vad avser utredningens förslag om hur en organisation visar sitt oegennyttiga syfte i en offentlig upphandling befarar Arbetsförmedlingen att svåra gränsdragningsproblem kan komma att uppstå.

Arbetsförmedlingen tillstyrker utredningens förslag att införa en möjlighet att reservera deltagandet vid offentlig upphandling till idéburna aktörer. Arbetsförmedlingen delar dock inte utredningens slutsatser rörande det rättsliga utrymmet för reserverat deltagande vid direktivstyrda upphandlingar.

Nedan följer Arbetsförmedlingens remissyttrande och ett utvecklat resonemang.

Datum
2020-05-25Diarienummer
Af-2020/00013782

5. Förslag till en tydligare definition av idéburna aktörer i välfärden

Arbetsförmedlingen välkomnar förslaget att idéburna aktörer i välfärden ska kunna registrera sig i ett särskilt register. Det blir ett enklare förfarande för både de idéburna och Arbetsförmedlingen, som i dagsläget ibland har svårt att avgöra när en organisation ska klassas som idéburen eller inte. Ett särskilt register leder till en mer effektiv och enhetlig handläggning i de ärenden när Arbetsförmedlingen betalar ut exempelvis subventionerade lönestöd till idéburen sektor. För exempelvis de Arbetsintegrerande sociala företagen som i hög grad anställer personer som står längst från arbetsmarknaden blir det ett mer rättssäkert förfarande vid handläggningen. Med ett register så behöver Arbetsförmedlingen inte längre avgöra vilka organisationer som ska tillhöra de idéburna inom välfärdssektorn.

Som det är idag så finns det en kunskapsbrist hos både Arbetsförmedlingen och andra myndigheter om vad de idéburna är för organisationer, och de idéburna organisationerna behöver lägga ned mycket resurser för att övertyga exempelvis Arbetsförmedlingens handläggare om att de tillhör den idéburna sektorn. En klar och tydlig definition och register kommer att underlätta för denna bransch, och möjliggöra fler personer längst från arbetsmarknaden att få sysselsättning och anställning i den idéburna sektorn.

Arbetsförmedlingen välkomnar att definitionen ska tillämpas på alla associationsformer. Det medför att vi kan använda den resurs som de idéburna har och kan erbjuda arbetssökande långt från arbetsmarknaden. I och med det kommande nya myndighetsuppdraget som Arbetsförmedlingen väntas få, kommer en ökande del av tjänsterna att tillhandahållas av privata aktörer. De idéburna väntas också att vara en del av de aktörer som levererar tjänster till Arbetsförmedlingen. En tydlig definition kommer att förenkla det arbetet och ge möjlighet till fler arbetssökande att få ta del av den idéburna sektorns goda och unika möjligheter att ge en individuell anpassad sysselsättning och anställning till dem som har det svårast att få fotfäste på arbetsmarknaden.

7. Utredningens bedömningar och förslag beträffande idéburet offentligt partnerskap/ Vägledningen

Arbetsförmedlingen välkomnar förslaget på en vägledning rörande idéburet offentligt partnerskap. Den översiktliga kartan förenklar processen kring att upprätta ett partnerskap och de exempel som används hjälper till med förståelsen av vad ett sådant partnerskap kan innebära och betyda för samhället och de inblandade organisationerna.

Arbetsförmedlingen tillstyrker också utredningens slutsatser i denna del.

Datum
2020-05-25Diarienummer
Af-2020/00013782

Arbetsförmedlingen befarar dock att många offentligt anställda, som inte är jurister, även fortsatt kommer att finna det svårt att tolka regelverket kring statsstödsregler. Beslut rörande att ingå ett IOP lär även fortsättningsvis behöva föregås av en utredning och ett godkännande av verksjurist/kommunjurist.

Arbetsförmedlingen tillstyrker också att Upphandlingsmyndigheten får i uppdrag att arbeta med informationsinsatser samt vägledning vid ingående av partnerskap med idéburna aktörer i välfärden. Då ett IOP bygger på tillit mellan parterna är det av vikt att det finns en vägledning som tydligt visar på hur samarbetet ska se ut och fungera.

8 Utredningens bedömningar och förslag rörande offentlig upphandling

8.1 Arbetsförmedlingens ställningstagande rörande reserverat deltagande

Arbetsförmedlingen tillstyrker förslaget att införa en bestämmelse som medger möjligheten att reservera deltagandet till idéburna aktörer vid upphandling av välfärdstjänster. Myndigheten ser ett behov av att i större grad knyta till sig idéburna aktörer som erbjuder mervärden inom arbetsmarknadsområdet såsom exempelvis inom arbetsintegration.

Arbetsförmedlingen har analyserat det bakomliggande direktivet och den EU-rättspraxis som utredningen hänvisar till. Det bör påpekas att Arbetsförmedlingens uppdrag på arbetsmarknadsområdet kan gynnas av utredningens förslag rörande reserverat deltagande men att vi bedömer det rättsliga läget som mer osäkert än vad utredningen kommit fram till.

Nedan följer ett utvecklat resonemang kring Arbetsförmedlingens analys av de rättsliga förutsättningarna.

Omständigheten att möjligheten att reservera kontrakt till icke-vinstsyftande aktörer är reglerad i artikel 77 direktiv 2014/24/EU ("upphandlingsdirektivet") talar mycket starkt mot att även på andra grunder reservera kontrakt. Hade detta varit lagstiftarens avsikt hade detta framgått. Enligt Arbetsförmedlingens bedömning är regleringen för att reservera kontrakt i denna del uttömmande.

Målet C-70/95 Sodemare rörde inte tillämpningen av regler för offentlig upphandling utan Regione Lombardias socialtjänstsystem. Mot denna bakgrund är Arbetsförmedlingen inte helt klar med varför utredningen tar upp detta rättsfall.

Målen C-113/13 Spezzino och C-50/14 Casta medger inget utrymme att reservera kontrakt inom upphandlingsdirektivets tillämpningsområde

Datum
2020-05-25Diarienummer
Af-2020/00013782

(se C-113/13 Spezzino punkten 44). Däremot finns möjligen ett utrymme utanför detta område (se C-113/13 Spezzino punkten 45). Hur stort detta utrymme är måste emellertid utredas ytterligare.

Arbetsförmedlingen gör således en annan tolkning av ovanstående rättspraxis än den som utredningen kommit fram till. På sidan 347 påstår man följande: *”När det gäller principerna om öppenhet och likabehandling i artikel 76 så har EU-domstolen i sin tidigare praxis kommit fram till att det är förenligt med unionsrätten att under vissa förutsättningar tilldela kontrakt till icke-vinstdrivande organisationer”*. Enligt Arbetsförmedlings uppfattning stämmer detta delvis, EU-domstolen säger uttryckligen endast att detta förfarande är tillåtet på kontrakt som inte omfattas av upphandlingsdirektivet.

Sammanfattningsvis är Arbetsförmedlingen av följande uppfattning. Det kan finnas utrymme för ett förfarande där kontrakt som avser sociala och andra särskilda tjänster till idéburna aktörer reserveras för upphandlingar som understiger EU:s tröskelvärden då dessa upphandlingar faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. För upphandlingar som faller inom upphandlingsdirektivets tillämpningsområde borde däremot ett reserverat deltagande enligt utredningens förslag inte vara förenligt med upphandlingsdirektivet.

8.2 Registrering av den idéburna aktören bör vara ett krav även vid offentlig upphandling

Om en möjlighet att reservera kontrakt till idéburna aktörer ändå införs i 19 kap. LOU vill Arbetsförmedlingen påpeka att bestämmelsen, så som utredningen utformat den, kan vara svår att tillämpa.

Enligt Arbetsförmedlingens mening bör ett krav på registrering, i registret för idéburna aktörer, av den idéburna aktören införas även vid offentlig upphandling. Den främsta fördelen rör rättssäkerheten och att hanteringen av idéburna aktörer inte riskerar bli godtycklig. Om även idéburna aktörer som vill delta i en offentlig upphandling måste vara med i registret slipper varje enskild offentlig aktör göra denna bedömning. En ordning där bedömningen görs från fall till fall riskerar skapa en splittrad tillämpning av den föreslagna bestämmelsen. Ett krav på att den idéburna aktören ska vara registrerad bör enligt Arbetsförmedlingens mening bidra till en mer rättssäker hantering. Därtill anser Arbetsförmedlingen att det till viss del är något oklart hur en aktör ska uppfylla kraven för att anses vara en idéburen aktör, vilket utvecklas i nästa avsnitt. Mot denna bakgrund finns stora fördelar med att kräva en registrering även inom offentliga upphandlingar. Enligt Arbetsförmedlingens mening ska registret vara öppet även för utländska aktörer inom EU/EES för att dessa inte ska drabbas av diskriminering gentemot inhemska aktörer.

8.3 Definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet är svår att tillämpa

8.3.1 Inledning

Ett kriterium för att en organisation ska anses idéburen är att dess syfte ska vara *oegennyttigt*. Detta är något som Arbetsförmedlingen i grunden är positiv till, och passar bättre än det inom skatterätten använda begreppet ”allmännyttigt ändamål”, men ser att detta kriterium är svårt att tillämpa i praktiken samt att utredningen i denna del uppfattas som något motsägelsefull. I avsnitt 8.3.2 diskuteras några motsägelsefulla formuleringar som skulle kunna innebära att kravet som organisationen, för att räknas som en idéburen aktör, riskerar bli olika om denne avser registrera sig eller direkt delta i en offentlig upphandling. I 8.3.3 diskuteras vissa gränsdragningsproblem som riskerar uppstå avseende oklarheter med begreppet oegennyttigt syfte.

8.3.2 Olika kriterier för klassificering av idéburen aktör i IOP respektive offentlig upphandling

Arbetsförmedlingen noterar att utredningen inledningsvis anser att den idéburna aktörens oegennyttiga syfte bör vara uttryckt i organisationens stadga, stiftelseurkund, bolagsordning eller motsvarande samt att det ska ske en sammantagen bedömning.¹ Hur den sammantagna bedömningen ska göras är oklart, men Arbetsförmedlingen uppfattar det som att det är av samtliga handlingar som skickas in. Längre ned, under avsnittet om förslag till förfarande vid registrering av idéburna aktörer, skriver utredningen att den idéburna aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling ska skickas in vid registreringsförfarandet som krävs av aktörer som vill ingå i en IOP.² Ytterligare längre ned i samma avsnitt skriver utredningen ”att den idéburna aktören har ett syfte som är oegennyttigt ska framgå av aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling”.³ Det verkar således som att det blir olika bedömningsgrunder av organisationens syfte, beroende på om den ska registreras i registrerat eller delta i en upphandling. En organisation har större möjlighet att bevisa syftet med verksamheten i en upphandling än en registrering i det register som föreslås av utredningen. I det sistnämnda fallet kan syftet endast visas genom stadgan eller motsvarande. Således kan det finnas viss risk att det möjligen skulle kunna bli lättare att uppfylla kravet på oegennyttigt syfte vid en offentlig upphandling än vid en registrering i det föreslagna registret. Detta beror på att en organisation kan beskriva det oegennyttiga syftet med andra dokument än stadgarna vid den offentliga upphandlingen.

¹ SOU 2019:56 s. 169.

² SOU 2019:56 s. 179.

³ SOU 2019:56 s. 186.

Datum
2020-05-25Diarienummer
Af-2020/00013782

8.3.3 Särskilt om gränsdragningsproblem och övriga synpunkter

Vad avser utredningens förslag om hur en organisation visar sitt oegennyttiga syfte i en *offentlig upphandling* riskerar svåra gränsdragningsproblem att uppstå, särskilt som det enligt utredningen inte ska krävas att det oegennyttiga syftet måste framgå av aktörens stadgar samt att det ska ske en helhetsbedömning. Enligt Arbetsförmedlingens mening ska, och inte bör, aktörens syfte vara uttryckt i organisationen stadgar, urkund eller motsvarande.

De aktörer som inte uppfyller ovanstående i dagsläget blir därmed tvungna att genomföra vissa ändringar vid t.ex. en extra bolagsstämma eller motsvarande. Ett formellt synsätt ger mer rättssäkerhet och minskar risken för godtyckliga bedömningar. Därtill blir det liknande bedömning oavsett om det rör sig om ett registreringsförfarande eller en bedömning i en reserverad upphandling. Ett annat argument till en formalistisk bedömning är att begreppet idéburen aktör bör tolkas restriktivt. Undantagsbestämmelser till LOU, dvs. en inskränkning av de principer som framgår av lagen, ska användas just i undantagsfall och det ska därmed ställas vissa krav som inte är lätta att kringgå. Det vore därför bra att ställa enhetliga krav oavsett om det rör sig om en registrering av en organisation eller offentlig upphandling som reserverats för idéburna organisationer.

Vidare är det fortfarande något oklart *vad som är ett oegennyttigt syfte*. Varken beskrivningen att syftet ska vara altruistiskt eller utredningens exemplifiering skapar någon större klarhet i denna fråga. Det vore önskvärt med andra exempel än religiösa trossamfund och röda korset som får anses tillhöra de klara fallen på oegennyttigt syfte. Det Arbetsförmedlingen efterfrågar är hur man ska se på organisationer som har en mer blandad verksamhet. Det Arbetsförmedlingen har i åtanke är organisationer vars stadgar innehåller mer än oegennyttiga syften.

Enligt utredningen ska för att kravet på oegennyttigt syfte vara uppfyllt den juridiska personen som helhet omfattas av det. Enligt Arbetsförmedlingen är detta en bra utgångspunkt, men en stor del av den ovannämnda gränsdragningsproblematiken rör hur detta ska kontrolleras eller framgå. Det ges ingen vägledning i denna del och det blir därmed svårt, både för potentiella idéburna aktörer och myndigheter, att förstå vad som menas och hur detta ska uppfyllas i praktiken. Även här uppstår gränsdragningsproblem. Enligt Arbetsförmedlingens mening får det inte råda någon tvekan om att aktörens syfte ska vara oegennyttigt. Mot bakgrund av att bestämmelsen bör tolkas restriktivt ska höga krav ställas. Även om det är en grundläggande förvaltningsrättslig princip bör det i förarbeten understrykas att det är aktören som har bevisbördan för att kraven är uppfyllda.

8.3.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser Arbetsförmedlingen att det krävs en hel del klargöranden kring rekvisitet "Organisationen har ett syfte som är oegennyttigt" då det föreligger en viss osäkerhet. Arbetsförmedlingen ser gärna att kraven är de samma oavsett om det rör sig om en IOP eller offentlig upphandling samt att det oegennyttiga syftet ska vara uttryckt i organisationen stadgar, urkund eller motsvarande.

8.4 Reserverat deltagande enligt LOU kap 19 § 6a och § 6b

Utredningens förslag innebär att kapitel 19 kommer att innehålla två olika bestämmelser om att reservera deltagandet i en upphandling. Paragraferna har vissa likheter, framförallt rörande aktörerna som bestämmelserna tar sikte på och tjänsterna som berörs. Dock har vardera paragraf även unika rekvisit och begränsningar vad gäller tillämpbarhet.

Många aktörer kommer att passa in på kraven som ställs både i kap 19 § 6a och utredningens förslag i § 6b. En aktör som är verksam inom *välståndstjänster* och *återinvesterar eventuell vinst* gör troligtvis inte heller några *värdeöverföringar*.

Utredningen föreslår att artikel 77, och § 6a, ska "*läsas som att just detta sätt att upphandla i denna situation är tillåtet men att den inte är uttömmande eller utesluter andra sätt*".⁴ Ett sådant förslag medför dock ett behov av vägledning och ett tydligt åskådliggörande av vilka situationer de två olika paragraferna tar sikte på.

Arbetsförmedlingen vill i detta sammanhang även framhålla hur viktigt det är att enbart genomföra förenklingar för icke direktivstyrda upphandlingar och lagstiftningen generellt i kapitel 19. I likhet med de förslag som SOU 2018:44 presenterade bör även denna utredning sträva efter ett regelverk som är lättförståeligt. Att det finns två olika paragrafer för reserverat deltagande kräver tydlig vägledning i hur de ska tillämpas för att inte riskera misstolkningar hos dem som genomför upphandlingar.

9 Utredningens bedömningar och förslag rörande valfrihetssystem

Arbetsförmedlingen tillstyrker utredningens förslag i denna del och anser att föreslagna ändringar i lagen kommer att ge en ökad tydlighet.

Problematiken kring bedömning och klassificering av aktörer som Idéburna kommer dock att finnas även här, se resonemang kring kontroll av detta ovan under rubrik 8.3.3.

⁴ SOU 2019:56 s. 349.

Datum
2020-05-25Diarienummer
Af-2020/00013782

På Arbetsförmedlingens vägnar

Maria Mindhammar
Generaldirektör

Erika Moberg,
Föredragande

Beslut i ärendet har fattats av generaldirektör Maria Mindhammar. Ärendet har föredragits av Erika Moberg från Inköpsavdelningen. I den slutliga handläggningen av ärendet har förvaltningsdirektör Anders Persson, verksamhetsområdeschef för Inköpsavdelningen Martin Kruse samt biträdande verksamhetsområdeschef för VO Arbetssökande Maria Kindahl deltagit.