

Datum
2020-11-12

Diarienummer
Dnr Af-2020/0035 3609

Ert diarienummer
A2020/01492/A

Arbetsmarknadsdepartementet
a.remissvar@regeringskansliet.se

Yttrande till betänkandet SOU 2020:41: Kommuner som utförare av tjänster åt Arbetsförmedlingen – en analys av de rättsliga förutsättningarna

Arbetsförmedlingens yttrande begränsas till kommentarer som berör upphandlingsrättsliga, avtalsrättsliga och förvaltningsrättsliga ställningstaganden. Arbetsförmedlingens utgångspunkt är att arbetsmarknadspolitiken fortsatt är statlig och nationellt sammanhållen och att det är Arbetsförmedlingen som är ansvarig för den offentliga arbetsförmedlingen och den arbetsmarknadspolitiska verksamheten.

Arbetsförmedlingen är positiv till att utredningen tydliggör kommunernas möjligheter att agera som leverantör till Arbetsförmedlingen. Kommunerna kan i många fall utifrån sin breda verksamhet tillhandahålla både enskilda insatser och sammansatta lösningar.

Inledningsvis vill Arbetsförmedlingen påpeka att syftet med bestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) är främst att förhindra att offentliga medel används för att gynna eller diskriminera vissa leverantörer. I 4 kap. 1 § LOU beskrivs att upphandlade myndigheter/enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Sammantaget ger bestämmelserna ett antal grundläggande principer. Likabehandlingsprincipen är en av dem. Principen innebär att alla leverantörer ska ges lika förutsättningar som till exempel företag från den egna kommunen¹.

¹ Prop. 2006/07:128, s. 155

Sammanfattning

Kommunerna som leverantör

Arbetsförmedlingen instämmer i utredningens bedömning att kommuner omfattas av leverantörsbegreppet i LOU och att myndigheten kan upphandla arbetsmarknadstjänster från kommuner.

Arbetsförmedlingen instämmer i utredningens bedömning att det inte finns något som hindrar att Arbetsförmedlingen godkänner även en kommun som utförare i ett valfrihetssystem.

Arbetsförmedlingen vill påpeka att likabehandlingsprincipen inte bara innebär att en kommun kan vara en leverantör utan att det också medför att kommunen i egenskap av leverantör är likställd med övriga aktörer och ska uppfylla de krav som ställs i förfrågningsunderlag.

Arbetsförmedlingen har ingen invändning mot bedömningen att flertalet av de tjänster som myndigheten kan komma att låta kommuner utföra bör kunna definieras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Arbetsförmedlingen vill dock föra fram att myndigheten befarar att det skulle bli mycket administrativt tungrovt att kontrollera att villkoren uppfylls om tjänster i stor omfattning kommer att utföras av kommuner såsom tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI).

Arbetsförmedlingen delar bedömningen att myndigheten kan vända sig direkt även till en kommun i det fall det inte inkommit några anbud eller några godkända anbud. Däremot bedömer Arbetsförmedlingen att myndigheten inte regelmässigt kan vända sig till enbart kommuner i de fall det inte kommit in några anbud eller några godkända anbud.

Samarbeten

Av flera skäl delar inte Arbetsförmedlingen utredningens bedömning när det gäller möjligheterna till samarbete genom tillämpningen av undantagsregeln i 3 kap. 17–18 §§ LOU om Hamburgsamarbeten. Rättspraxis gällande tillämpningen av Hamburgundantaget är begränsad. Mot denna bakgrund bedömer Arbetsförmedlingen att undantaget inte kan användas för att på ett närmast systematiskt sätt genomföra samarbeten mellan Arbetsförmedlingen och kommunerna när det gäller tillhandahållandet av arbetsmarknadstjänster.

Arbetsförmedlingen delar utredningens bedömning att man bör undvika situationer som kan bedömas bryta mot upphandlings- eller statsstödsreglerna vad gäller att ge uppdrag genom bidrag.

Arbetsförmedlingens bedömning är att behovet av att anmäla stöd till kommissionen bör vara mycket begränsat.

Kapitel 4 Arbetsförmedlingens möjligheter som uppdragsgivare

4.1.1 Arbetsförmedlingens möjligheter att upphandla

Arbetsförmedlingens verksamhet ska vara anpassad till skilda förutsättningar och behov i olika delar av landet och utformas så att arbetssökande och arbetsgivare har tillgång till en likvärdig service.² Myndighetens praktiska möjligheter att erbjuda likvärdig service i hela landet ska säkerställas. Därför finns behov av att finna former för att möjliggöra likvärdig service även där det kan komma att saknas leverantörer.

Arbetsförmedlingen instämmer i utredningens bedömning att kommuner omfattas av leverantörsbegreppet i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och att myndigheten kan upphandla arbetsmarknadstjänster från kommuner. De upphandlingsrättsliga principerna i LOU innebär bland annat att alla leverantörer ska behandlas lika, vilket gäller oavsett om leverantören är en kommun eller någon annan aktör på marknaden.

4.1.2 Arbetsförmedlingens möjligheter att direktupphandla

Arbetsförmedlingen delar bedömningen att myndigheten kan vända sig direkt även till en kommun i det fall det inte inkommit några anbud eller några godkända anbud. Däremot bedömer Arbetsförmedlingen att myndigheten inte regelmässigt kan vända sig till enbart kommuner i de fall det inte kommit in några anbud eller några godkända anbud.

Arbetsförmedlingen vill inledningsvis påpeka att det för myndigheten hittills varit sällsynt med direktupphandling enligt 6 kap. 12 § LOU på grund av att det inte kommit in några anbud alls eller att det inte kommit in några lämpliga anbud. I en sådan situation kan Arbetsförmedlingen vända sig direkt till en leverantör för att få tjänsten utförd. En leverantör i detta sammanhang kan även utgöra andra juridiska personer än kommuner.

Vidare framgår det av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen att de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, däribland likabehandlingsprincipen, gäller även för direktupphandlingar³. Mot denna bakgrund är det Arbetsförmedlingens bedömning att myndigheten inte regelmässigt kan vända sig till enbart kommuner för att få tjänster utförda i de fall det inte kommit in några anbud eller några godkända anbud.

4.1.3 Arbetsförmedlingens möjligheter att använda valfrihetssystem

Arbetsförmedlingen instämmer i utredningens bedömning att det inte finns något som hindrar att Arbetsförmedlingen godkänner även en

² 2 § förordningen (2007:1030) med instruktion för Arbetsförmedlingen.

³ HFD 2018 Ref. 60.

kommun som en utförare i ett valfrihetssystem. Principerna i lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) innebär bland annat att alla leverantörer ska behandlas lika, vilket gäller oavsett om leverantören är en kommun eller någon annan aktör på marknaden. Uppfyller kommunerna *skall-kraven* kan de bli leverantör vilket inte är någon skillnad gentemot LOU. Kommunerna behöver kunna hantera de geografiska leveransområden som valfrihetssystemet kräver. Samtidigt innebär den så kallade lokaliseringsprincipen en begränsning av kommunernas möjlighet att agera för andra än kommunmedlemmarna och det lokala näringslivet.⁴

4.2 Arbetsförmedlingens rättsliga möjligheter att i övrigt ge uppdrag med ersättning

Arbetsförmedlingen har ingen invändning mot bedömningen att flertalet av de tjänster som myndigheten kan komma att låta kommuner utföra bör kunna definieras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Arbetsförmedlingen kan konstatera att det är oklart vilka arbetsmarknadstjänster som Arbetsförmedlingen kan komma att låta kommuner utföra. Arbetsförmedlingen vill föra fram att myndigheten befarar att det skulle bli mycket administrativt tungrovt att *i varje enskilt fall* kontrollera att villkoren i SGEI-beslut uppfylls om tjänster i stor omfattning kommer att utföras av kommuner såsom tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

4.2.7 Stöd som ska godkännas innan de genomförs

Arbetsförmedlingen delar utredningens bedömning att behovet av att anmäla stöd till kommissionen bör vara mycket begränsat.

4.3.2 Samarbete enligt upphandlingsreglerna

En väl fungerande samverkan har stor betydelse för att Arbetsförmedlingen ska genomföra sitt uppdrag på ett effektivt sätt. En ändamålsenlig aktiv arbetsmarknadspolitik kräver därför att myndigheten har möjlighet att där så behövs ingå olika typer av samarbeten med kommunerna. Utifrån ett verksamhets- och samverkansperspektiv skulle det därför i vissa fall kunna finnas skäl för att tillämpa ett undantag. Det skulle till exempel kunna röra sig om situationer där det inte finns leverantörer för samverkan om målgrupper där Arbetsförmedlingen och kommunen har ett gemensamt ansvar och där gemensamma insatser är nödvändiga för att Arbetsförmedlingen ska uppfylla sitt uppdrag. Av flera skäl delar dock inte Arbetsförmedlingen utredningens bedömning när det gäller möjligheterna till samarbete

⁴ SOU 2020:41. Kommuner som utförare av tjänster åt Arbetsförmedlingen, s. 150

Datum
2020-11-12Diarienummer
Dnr Af-2020/0035 3609

genom tillämpningen av undantagsregeln i 3 kap. 17–18 §§ LOU om Hamburgsamarbeten.

Utredningens bedömning att det är möjligt för Arbetsförmedlingen att samarbeta med kommuner för utförande av arbetsmarknadstjänster åt Arbetsförmedlingen, *grundar sig på tillämpningen av en undantagsregel* från den upphandlingsplikt som annars gäller för upphandling mellan upphandlande myndigheter. Undantagsregeln gäller för Hamburgsamarbeten enligt regleringen i 3 kap. 17–18 §§ LOU. Utredningen påpekar också att köp mellan myndigheter som huvudregel ska ske med tillämpning av LOU, vilket även gäller när Arbetsförmedlingen ska köpa tjänster från en kommun.⁵

Undantag innebär generellt ett avsteg från den gängse tillämpningen. Detta gäller även för upphandling enligt LOU. De aktuella bestämmelserna finns uppräknade tillsammans med andra undantagsbestämmelser i ett särskilt kapitel för undantag i 3 kap. LOU. Det innebär i sin tur att det alltid kommer att vara den upphandlande myndigheten, i det här fallet Arbetsförmedlingen, som kommer att ha bevisbördan för att undantagsbestämmelsen är tillämplig. Skulle det visa sig att Arbetsförmedlingen har gjort en felaktig bedömning angående tillämpligheten av undantaget när det gäller ett visst samarbete med en kommun, riskerar samarbetet att betraktas som en otillåten direktupphandling med de konsekvenser som detta kan få genom överprövning, ogiltigförklaring av avtalet samt upphandlingsskadeavgift. Enligt förarbetena till bestämmelsen bör undantaget för dessa samarbeten tolkas restriktivt.⁶ Utredningen menar dock att den restriktiva synen på undantaget är ifrågasatt.⁷

Det kommer därmed att vila ett stort ansvar på Arbetsförmedlingen att tillämpa undantaget på ett korrekt sätt i varje enskilt fall som ett samarbete ingås med en kommun för tillhandahållande av arbetsmarknadstjänster utan tillämpning av upphandling.

För att undantaget ska kunna tillämpas måste ett antal förutsättningar vara uppfyllda. Hur dessa förutsättningar, som är tre till antalet och som uppräknas i 3 kap. 17 § LOU, ska tillämpas är långt ifrån självklart. Det faktum att EU-domstolens praxis, när det gäller i vilka fall undantaget är tillämpligt, är knapphändig och föga klagörande talar också för att det inte är självklart hur undantaget ska tillämpas. Utredningen redogör på ett tämligen klart sätt för hur tillämpningen skulle ske för de två första punkterna.

Arbetsförmedlingen delar här utredningens bedömning om att samverkan troligen skulle kunna uppfylla kraven beträffande allmänintresse och gemensamt mål. I förutsättningarna för undantaget

⁵ SOU 2020:41. Kommuner som utförare av tjänster åt Arbetsförmedlingen, s. 41.

⁶ Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling, del 1 s. 396.

⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i ett förslag till avgörande i mål C-796/18.

Datum
2020-11-12Diarienummer
Dnr Af-2020/0035 3609

anges att ett samarbete ska syfta till att gemensamt utföra en allmännyttig uppgift. Detta förutsätter gemensamma insatser och att respektive part har ömsesidiga skyldigheter i samarbetet, vilket leder till synergieffekter. Särskilt bör detta gälla målgrupper som får gemensamt stöd inom ramen för utbildningsplikten, individer inom etableringsuppdraget och personer med försörjningsstöd.

Redogörelsen för den tredje punkten som stipulerar att myndigheterna endast får utöva mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden, är dock långt ifrån klargörande. Inte heller förarbetena ger någon vägledning i det här fallet.⁸ Det är med andra ord högst oklart vad den öppna marknaden är och hur den ska bedömas.

Bedömningen av hur stor andel av verksamheten som myndigheterna kommer att utöva på den öppna marknaden blir helt avgörande för Arbetsförmedlingen i varje enskilt fall som ett samarbete med en kommun ska övervägas. Följaktligen är möjligheterna att tillämpa undantagsbestämmelsen inte lika självklara som utredningen synes framhålla.

Oklarheterna vad gäller möjligheterna att tillämpa undantaget, inte minst angående bedömningen av den öppna marknaden, kan komma att leda till betydande svårigheter för Arbetsförmedlingen när det gäller tillämpningen av undantaget. Det kommer därvid att ställas stora krav på Arbetsförmedlingens kompetens att göra korrekta bedömningar av tillämpligheten i varje enskilt fall av en undantagsbestämmelse där det saknas tillräcklig vägledning. Tilläggas ska att Upphandlingsmyndigheten i sin rapport om Hamburgsamarbeten har påpekat att EU-domstolen bara i ett fall har ansett att undantag från upphandlingsreglerna har varit motiverat vid samarbetsavtal, och det var just i Hamburg-målet.⁹ Domstolen har dock i senare mål bekräftat att det finns undantag för samarbetsavtal och konkretiserat vad som krävs för att undantaget ska gälla. Sammantaget finns det dock mycket få fall vilket gör att det råder osäkerhet om hur Hamburgundantaget ska tillämpas. Mot denna bakgrund bedömer Arbetsförmedlingen att undantaget inte kan användas för att på ett närmast systematiskt sätt genomföra samarbeten mellan Arbetsförmedlingen och kommunerna när det gäller tillhandahållandet av arbetsmarknadstjänster.

Utredningen föreslår vidare att formerna för samarbetet mellan Arbetsförmedlingen och kommuner ska regleras i en förordning. Arbetsförmedlingen anser att skälen för en sådan reglering är oklara. Arbetsförmedlingen bedömer att det finns en uppenbar risk att det genom en särskild förordning blir en särreglering i svensk rätt på ett

⁸ Se prop. 2015/16:195, del 1 s. 401 samt del 2 s. 967.

⁹ https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/rapporter/samarbetsavtal_levererad_2maj.pdf samt prop. 2015/16: 195.

område som ytterst styrs av EU-rätten och tolkningen i EU-domstolens praxis som ännu inte är utvecklad i alla delar. Detta underlättar inte tillämpningen av en redan svårtillämpad reglering.

4.3.3 Samarbete genom samordningsförbund

Arbetsförmedlingen delar utredningens bedömning att liknande former som samordningsförbund skulle kunna användas även för att samarbeta kring insatser för arbetssökande som står långt ifrån arbetsmarknaden. Den formen av samarbete förutsätter dock att respektive part ansvarar för utformningen av sina respektive insatser. Då det i dagens lagstiftning om samordningsförbund tydligt framgår att dessa gäller endast arbetssökande som har behov av samordnade rehabiliteringsinsatser, skulle lagen behöva skrivas om för att avse en bredare grupp i behov av samordnade insatser från olika politikområden.¹⁰ Ett samordningsförbund har inte heller status av en myndighet och får inte besluta i frågor om förmåner eller rättigheter för enskilda, eller utöva myndighetsutövning som avser tillhandahållande av tjänster som riktas mot enskilda.¹¹

Kommunerna uppfyller viktiga funktioner och har ansvar för sociala insatser och utbildningsinsatser, områden som har stor vikt för Arbetsförmedlingen. Det är Arbetsförmedlingens bedömning att en ändamålsenlig samverkan bäst kan uppnås när den arbetssökande får stöd från respektive myndighets specialkompetens och där den samverkande parten har ansvaret för utformningen av de insatser som beviljas enskilda personer ur målgruppen för den finansiella samordningen. Detta förutsätter således att Arbetsförmedlingen även fortsättningsvis säkerställer och ansvarar för stöd till de arbetssökande inom sitt ansvarsområde, vilket är det sätt som parterna samverkar genom samordningsförbund i dagsläget.

4.4 Arbetsförmedlingens möjligheter att ge uppdrag med bidrag

Arbetsförmedlingen delar utredningens bedömning att man bör undvika situationer som kan bryta mot upphandlings- eller statsstödsreglerna vad gäller att ge uppdrag genom bidrag. De juridiska avvägningar som behöver göras är komplicerade. Om det skulle visa sig att det rent faktiskt föreligger ett offentligt kontrakt och upphandlingsreglerna inte har följts, kan det utgöra en otillåten direktupphandling. Detta berör exempelvis verksamheter som ESF-projekt och projekt med arbetsmarknadspolitisk inriktning.

¹⁰ 2 § lagen (2003:1210) om finansiell samordning av rehabiliteringsinsatser.

¹¹ 7 § ibid.

4.6.1 Ett otillräckligt tillhandahållande efter en genomförd upphandling

Arbetsförmedlingen behöver tydliga riktlinjer för vad som ska gälla i de fall lämpliga anbud inte kommit in efter det att en konkurrensutsättning enligt LOU har genomförts. I dessa fall behöver det vara tydligt att ersättning till en kommun under sådana omständigheter inte är ett otillåtet statsstöd.

Kapitel 6 Kommunerna som utförare av arbetsmarknadstjänster

6.1.2 Genom offentlig upphandling

Arbetsförmedlingen vill påpeka att likabehandlingsprincipen inte bara innebär att en kommun kan vara en leverantör utan att det också medför att kommunen i egenskap av leverantör är likställd med övriga aktörer och ska uppfylla de krav som ställs i förfrågningsunderlag. Inom kontroll och uppföljning innefattar detta exempelvis att kommunen ska ha ett kvalitetsledningssystem, en fungerande avvikelshantering (klagomåls- hantering), en kvalitetsansvarig, en kontaktperson gentemot Arbetsförmedlingen för den upphandlade tjänsten och medverka i leverantörsdialoger. Det kan vara av vikt att påtala att det är skillnad mellan att samarbeta som jämbördiga parter inom ett gemensamt område och att vara leverantör/utförare av en upphandlad tjänst.

6.1.3 Inom valfrihetssystemen

Arbetsförmedlingen instämmer i utredningens bedömning att kommuner kan vara leverantörer av arbetsmarknadstjänster till Arbetsförmedlingen enligt LOV och lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen (LOVA).

Kapitel 7 Förbättrade förutsättningar för kommunernas medverkan

7.3 Valfrihetslagstiftningen förtydligas

Arbetsförmedlingen delar utredningens bedömning att begreppet leverantör inte behöver ändras i LOVA för att en kommun ska kunna vara leverantör av arbetsmarknadstjänster till Arbetsförmedlingen.

7.5.2 Behov av uppföljning

Arbetsförmedlingen delar utredningens bedömning att det är värdefullt att följa utvecklingen och att utvärdera det kommunala deltagandet när reformen har genomförts och varit i kraft en tid. Arbetsförmedlingen delar också uppfattningen att både *Institutet för arbetsmarknads- och*

Datum
2020-11-12

Diarienummer
Dnr Af-2020/0035 3609

utbildningspolitisk utvärdering (IFAU) och Statskontoret kan vara aktuella för en sådan samlad uppföljning.

På Arbetsförmedlingens vägnar

Maria Mindhammar
generaldirektör

Rikard Lingström
avdelningschef

Beslut i ärendet har fattats av generaldirektör Maria Mindhammar. Ärendet har föredragits av kvalificerad handläggare Soledad Grafeuille och kvalificerad handläggare Sara Petersson. I den slutliga handläggningen av ärendet har även rättschef Anna Middelman deltagit.

Beslutet fastställs digitalt i Diarier och saknar därför namnunderskrifter.