Idéburen välfärd

Betänkande av Utredningen om Idéburna aktörer i välfärden

Stockholm 2019

STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

SOU 2019:56

SOU och Ds kan köpas från Norstedts Juridiks kundservice.
Beställningsadress: Norstedts Juridik, Kundservice, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: kundservice@nj.se
Webbadress: www.nj.se/offentligapublikationer

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Norstedts Juridik AB
på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.
Svara på remiss – hur och varför
Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02).
En kort handledning för dem som ska svara på remiss.
Häftet är gratis och kan laddas ner som pdf från eller beställas på regeringen.se/remisser

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet
Omslag: Elanders Sverige AB
Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2019

ISBN 978-91-38-24993-2
ISSN 0375-250X

Till statsrådet Lena Micko

Regeringen beslutade den 7 juni 2018 att uppdra åt en särskild utredare att ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer som kan användas för att identifiera och avgränsa dessa från andra aktörer i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Samma dag utsågs jur. dr. Samuel Engblom till särskild utredare.

Som experter i utredningen förordnades från och med den 8 oktober 2018 processrådet Sophia Anderberg, Konkurrensverket, ämnesrådet Anna Barklund, utbildningsdepartementet, departementsrådet Lars Bryntesson, finansdepartementet, departementssekreteraren Carl-Johan Friman, kulturdepartementet, avdelningschefen Ulrika Hektor, Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor, departementssekreteraren Marcus Hellqvist, näringsdepartementet, departementssekreteraren Matilda Hårdänge, finansdepartementet, ämnesrådet Erik Hällströmer, justitiedepartementet, kanslirådet Mikael Lindman, socialdepartementet, handläggaren Erika Moberg, Arbetsförmedlingen, handläggaren Nils Munthe, Sveriges Kommuner och Landsting, segmentsansvarige Nina Radojkovic, Upphandlingsmyndigheten, departementssekreteraren Lina Schött, finansdepartementet och programledaren Judit Wefer, Verket för innovationssystem. Den 29 januari 2019 entledigades avdelningschefen Ulrika Hektor och departementsrådet Lars Bryntesson. Samma datum förordnades utredaren Magnus Eriksson, Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor. Den 20 maj 2019 entledigades utredaren Magnus Eriksson och samma dag förordnades chefsjuristen Lotta Persson, Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor. Den 25 juni förordnades kanslirådet Ullalena Haeggman, socialdepartementet. Den 6 september 2019 entledigades segmentsansvarige Nina Radojkovic och departementssekreteraren Marcus Hellqvist. Samma dag förord-

nades juristen Magnus Lindbäck, Upphandlingsmyndigheten och upphandlingsjuristen Mattias Ljungkvist, Upphandlingsmyndigheten.

Som huvudsekreterare i utredningen anställdes från och med den 3 september 2018 kanslirådet Anna Hagstad. Samma datum anställdes juristen Helena Henriksson som sekreterare i utredningen.

Utredningen, som har tagit namnet Utredningen om idéburna aktörer i välfärden, får härmed överlämna betänkandet, *Idéburen välfärd*, SOU 2019:56.

Stockholm i december 2019

Samuel Engblom

/Anna Hagstad
Helena Henriksson

Innehåll

Sammanfattning **13**

Summary **23**

1 Författningsförslag **33**

1.1 Förslag till lag om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet 33

1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem 37

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 38

2 Utredningens uppdrag och arbete **39**

2.1 Uppdraget 39

2.2 Utredningens arbete 40

2.2.1 Avgränsningar m.m. 41

3 Utredningens avgränsning av begreppet välfärd **43**

3.1 Hur begreppen välfärd och välfärdstjänster används i olika sammanhang 44

3.1.1 Kommuner och regioner 44

3.1.2 Statlig välfärdsverksamhet 45

3.1.3 Upphandlingslagstiftningen 47

3.1.4 Tidigare utredningar 47

3.1.5 De idéburna organisationernas verksamhet på välfärdsområdet 49

3.2 Utredningens avgränsning av begreppet välfärd 50

4 Idéburen sektor och offentligt finansierad välfärd 55
4.1.1 Några centrala begrepp 55
4.1.2 Den idéburna sektorns roll i välfärden 60
4.1.3 Målen för det civila samhället 61
4.1.4 Tidigare utredningar 62
4.1.5 Tillgänglig statistik 69

4.2 Offentlig finansiering av välfärdsverksamheter som bedrivs av idéburna organisationer 74
4.2.1 Bidrag, stöd och andra subventioner 75
4.2.2 Andra ersättningsformer 82
4.2.3 Upphandling 89
4.2.4 Samverkan 92

4.3 Offentlig finansiering av idéburen välfärd i andra EU/EES-länder 92
4.3.1 Norge 93
4.3.2 Italien 94
4.3.3 Tyskland 95
4.3.4 Danmark 98
4.3.5 Frankrike 100

5 Förslag till en tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden 103

5.1 Definitioner i svensk lagstiftning med anknytning till idéburna aktörer 103
5.1.1 Inskränkt skattskyldighet enligt inkomstskattelagen 104
5.1.2 Skattereduktion för gåvor till ideell verksamhet 113
5.1.3 Spellagstiftningen 115
5.1.4 Reserverade kontrakt för vissa tjänster i upphandlingslagstiftningen 117

5.2 Andra relevanta existerande definitioner 118
5.2.1 FN:s satelliträkenskaper för icke-vinstdrivande organisationer 118
5.2.2 Famnas definition av idéburen verksamhet 129

5.2.3 Giva Sverige, kvalitetskod för insamlingsorganisationer ... 130
5.2.4 Finansdepartementets promemoria med ändringar i Välfärdsutredningens förslag ... 132
5.2.5 Definitioner och förfaranden i andra länder ... 135

5.3 Associationsformer ... 143
5.3.1 Ideella föreningar ... 144
5.3.2 Stiftelser ... 147
5.3.3 Registrerade trossamfund ... 149
5.3.4 Ekonomiska föreningar ... 151
5.3.5 Aktiebolag ... 156

5.4 Bedömningar och förslag ... 162
5.4.1 Eventuella brister i nuvarande associationsrättsliga reglering ... 162
5.4.2 Syftet med att definiera idéburna aktörer i välfärden ... 164
5.4.3 En definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet ... 165
5.4.4 Värdeöverföringar ... 176
5.4.5 Förslag till förfarande ... 179
5.4.6 Avregistrering och fortsatt begränsning av värdeöverföringar ... 191
5.4.7 Andra alternativ för att motverka missbruk som utredningen har övervägt ... 193
5.4.8 Sanktioner ... 195
5.4.9 Överklagande ... 197

6 Den EU-rättsliga regleringen och det nationella handlingsutrymmet ... 199

6.1 Grundläggande principer för EU:s inre marknad ... 199
6.1.1 Tjänstedirektivet ... 201

6.2 Tjänster av allmänt intresse ... 203
6.2.1 Ekonomiska tjänster ... 204
6.2.2 Icke-ekonomiska tjänster ... 205
6.2.3 Sociala tjänster ... 207
6.2.4 Hur andra medlemsstater har reglerat tjänster av allmänt intresse ... 209

6.3 Statsstöd ... 213
6.3.1 Procedurregler och administrativ hantering ... 213
6.3.2 Kriterier för vad som utgör statligt stöd ... 214
6.3.3 Stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel ... 215
6.3.4 Gynnande av vissa företag eller viss produktion ... 215
6.3.5 Snedvridning av konkurrensen samt påverkan på handeln mellan medlemsstaterna ... 224
6.3.6 Stöd som uppfyller kriterierna för statligt stöd enligt artikel 107.1 men som ändå anses förenligt med den inre marknaden ... 231
6.3.7 Det nationella handlingsutrymmet avseende statsstöd ... 240

6.4 Offentlig upphandling ... 242
6.4.1 Tillämpningsområdet ... 244
6.4.2 Särskilt om begreppet offentligt kontrakt ... 259
6.4.3 Att reservera eller rikta upphandlingar till idéburna aktörer ... 270
6.4.4 Det nationella handlingsutrymmet avseende offentlig upphandling ... 273

6.5 Valfrihetsystem ... 274

7 Utredningens bedömningar och förslag beträffande idéburet offentligt partnerskap ... 277

7.1 Bakgrund ... 277
7.1.1 IOP saknar en rättslig definition ... 278
7.1.2 Utredningen för ett stärkt civilsamhälle ... 279
7.1.3 Välfärdsutredningen ... 281
7.1.4 Kartläggning Mistra Urban Futures, juni 2018 ... 282
7.1.5 Vilka är parterna? ... 284
7.1.6 Vilka välfärdstjänster rör samarbetena? ... 285
7.1.7 Alingsås-målet ... 286

7.2 Vad kännetecknar idéburna offentliga partnerskap ... 288
7.2.1 Ett samarbete på lika villkor ... 289
7.2.2 Ett eller flera allmännyttiga mål ... 290
7.2.3 Båda parter bidrar med resurser ... 290

7.2.4 Ett partnerskap får inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen ... 291
7.2.5 Kommuner och regioner ... 294

7.3 Det EU-rättsliga utrymmet i övrigt beträffande IOP ... 295
7.3.1 Administrativ hantering av statliga stöd i Sverige ... 296
7.3.2 Tjänster av allmänt intresse ... 297
7.3.3 Finansiering som inte utgör statligt stöd enligt artikel 107 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ... 298
7.3.4 Stöd av mindre betydelse (de minimis) ... 307
7.3.5 Kommissionens beslut om stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ... 310
7.3.6 Den allmänna gruppundantagsförordningen (GBER) ... 314
7.3.7 Kvinnojourernas verksamhet ... 317

7.4 Bör IOP regleras i lag? ... 321
7.4.1 Lagstiftning med hänvisning till tillämpliga EU-rättsliga regler om statligt stöd ... 322
7.4.2 Lagstiftning med angivande av utpekade verksamhetsområden som enligt utredningens bedömning inte omfattas av EU:s statsstödsregler ... 325
7.4.3 Sammantagen bedömning ... 327

7.5 Utredningens förslag ... 328

8 Utredningens bedömningar och förslag rörande offentlig upphandling ... 331

8.1 Bedömningar och förslag som rör tillämpningen av upphandlingslagstiftningen ... 331

8.2 Bedömningar och förslag för upphandling av kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster 337
8.2.1 Möjligheter att reservera kontrakt för upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro 339
8.2.2 Möjligheter beträffande upphandlingar av sociala och andra tjänster vilka understiger EU:s tröskelvärden för sådana tjänster 356

9 Utredningens bedömningar och förslag rörande valfrihetssystem 359

9.1 Möjligheter att begränsa deltagande i valfrihetssystem 360

9.2 Information till enskilda 371

10 Andra områden där definitionen av idéburna aktörer kan användas 373

10.1 Bidragsgivning 373

10.2 Statistik 374

10.3 Ytterligare områden 375

11 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser 377

12 Konsekvenser av förslagen 379

12.1 Utgångspunkter 379

12.2 Samhällsekonomiska konsekvenser 381
12.2.1 Konsekvenser för staten 382
12.2.2 Konsekvenser för kommuner och regioner 385
12.2.3 Konsekvenser för de idéburna aktörerna 386
12.2.4 Konsekvenser för andra företag 391

12.3 Förslagens förhållande till EU-rätten 392

12.4 Särskilda hänsyn beträffande tidpunkt för ikraftträdande och om behov av speciella informationsinsatser 393

12.5 Övriga konsekvenser 393

13 Författningskommentar 395

13.1 Förslaget till lag om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet 395

13.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem 403

13.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 405

Bilagor

Bilaga 1 Kommittédirektiv 2018:46 407

Bilaga 2 Deltagare i utredningens referensgrupper 421

Bilaga 3 Promemoria av advokaten Erik Olsson och biträdande juristen Johan Falk 423

Sammanfattning

Idéburna organisationer fyller flera viktiga roller i samhället. Att engagera sig i en organisation ger individer mening, gemenskap och en kraft för sin egen frigörelse. Människor som annars skulle ha svårt att höras får en röstbärare. Civilsamhället bidrar med andra perspektiv än de som offentliga myndigheter och privata företag har. Engagemang kan även bidra till ökad social sammanhållning och föreningslivet är en viktig demokratiskola.

Idéburna organisationer av olika slag har dessutom länge spelat en viktig roll i välfärden. Många av välfärdsstatens institutioner har rötter i verksamheter som en gång utvecklades av föreningar eller trossamfund. De idéburna organisationerna har varit föregångare för sådant som i dag tillhör välfärdens kärna, samtidigt som man har fortsatt att identifiera, artikulera och möta behov som varken offentliga eller kommersiella aktörer förmår fånga upp. Det gör de idéburna aktörerna till viktiga innovatörer i välfärden.

Idéburna organisationer har ofta en stark förankring och ett stort förtroende hos de människor som har behov av de välfärdstjänster de utför och inkluderar individer med egna erfarenheter av t.ex. missbruk, hemlöshet, långvarig arbetslöshet och funktionsnedsättningar. Inte sällan rör det sig om grupper som det offentliga kan ha svårare att nå. Lokal förankring, i en bygd eller i ett bostadsområde, är ett annat utmärkande drag hos de idéburna aktörerna vilket kan vara särskilt viktigt på platser där såväl offentlig som kommersiell service har försvunnit.

Idéburna aktörer bidrar till mångfalden och till valfrihet för brukare genom att t.ex. tillhandahålla anpassade eller nischade tjänster.

Jämfört med de flesta andra länder i Norden och Europa så är de idéburna aktörernas andel av välfärdssektorn liten i Sverige. De senaste decenniernas ökning av andelen välfärdstjänster som utförs av externa leverantörer har dessutom i huvudsak skett i form av kommersiella

aktörer medan de idéburnas andel förblivit låg. Samtidigt är det inte nödvändigtvis så att en ökad medverkan av idéburna aktörer i välfärden skulle ske på kommersiella aktörers bekostnad. Det kan i stället handla om verksamhet som annars skett i offentlig regi eller om helt nya typer av tjänster, insatser eller lösningar som inte finns hos varken offentliga eller kommersiella aktörer.

Gemensamt för utredningens förslag är att de ökar möjligheterna för idéburna aktörer att delta i utförandet av offentligt finansierade välfärdstjänster och för kommuner och statliga myndigheter att dra nytta av de idéburna aktörernas kompetens, erfarenhet och andra resurser. Gemensamt är också att allt är frivilligt. Idéburna aktörer väljer själva om de ska registrera sig som idéburna aktörer i välfärden och om de ska delta i idéburet offentligt partnerskap, upphandling eller valfrihetssystem. På samma sätt står det fritt för kommuner, regioner och statliga myndigheter att välja om de vill använda de instrument som utredningen föreslår.

Uppdraget

Utredningen har haft i uppdrag att ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer som kan användas för att identifiera och avgränsa dessa från andra aktörer i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade och subventionerade verksamheter. Syftet med definitionen har varit att ta fram förslag som främjar ett ökat idéburet deltagande i välfärden. Utredningen har därför även haft i uppdrag att ta fram exempel och beskriva tänkbara tillämpningsområden inom välfärden där en definition av idéburna aktörer kan användas. I syfte att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga har utredningens uppdrag vidare omfattat att föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av idéburet offentligt partnerskap, IOP. I uppdraget har även legat att kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES. Det har däremot inte ingått att lämna förslag på skatteområdet.

Begreppet välfärd och välfärdsverksamhet

Till skillnad från vad som gällt för tidigare utredningar med närliggande uppdrag har utredningens direktiv inte pekat ut några specifika områden eller verksamheter. Det har således stått utredningen relativt fritt att definiera vad som i detta sammanhang ska ingå i begreppet välfärd. Någon allmänt vedertagen definition av begreppet finns inte.

Utgångspunkten för utredningens avgränsning av begreppet välfärd har varit utredningens uppdrag. De verksamheter som varit av intresse är sådana som innefattas i en bredare användning av begreppet, som omfattas av någon form av offentlig finansiering och som bedrivs av idéburna aktörer som erhåller sådan finansiering. Med välfärdsverksamhet avses enligt utredningen i detta sammanhang:

- hälso- och sjukvård,
- hälsofrämjande verksamhet,
- sociala omsorgstjänster,
- utbildning, sådan som regleras av skollagen, utbildning och bildning som folkhögskolor och studieförbund genomför, och annan utbildning med kommun, region och statliga myndigheter som huvudman,
- aktiviteter inom arbetsmarknadsområdet, och
- verksamheter som syftar till att öka människors integration och inkludering i samhället samt att motverka segregation och isolering.

Hur idéburen sektor eller motsvarande är organiserad i andra EES-länder

Utredningen har undersökt ett antal länder som bedömts särskilt intressanta.

Utredningens genomgång visar att det är stora variationer mellan länderna beträffande såväl finansieringsform som hur stor andel av välfärden som bedrivs av idéburna aktörer eller motsvarande. Orsakerna till den stora variationen är flera. Hur välfärdssystemen är utformade och hur de växt fram är en del av förklaringen. Det är vanligt med särregler för icke-vinstdrivande organisationer i de länder vi undersökt. Flera, men inte alla, länder har en definition av icke-vinst-

drivande organisationer eller motsvarande. Eventuella definitioner finns ofta i skattelagstiftningen och särreglerna består vanligen av särskilda skatteregler. I två av de undersökta länderna, Norge och Italien, pågår lagstiftningsprocesser med bestämmelser som syftar till att öka eller underlätta för icke-vinstdrivande organisationer att bedriva verksamhet. I Norge rör det en bestämmelse i upphandlingslagstiftningen. I Italien är det fråga om en lag om hela den icke-vinstdrivande sektorn som också inbegriper olika slags samverkansformer. I Norge befinner sig bestämmelsen fortfarande på förslagsnivå. I Italien har lagen beslutats men ännu inte börjat tillämpas.

En definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Den definition som utredningen haft i uppdrag att ta fram ska vara långsiktig, hållbar och uppföljningsbar. För att uppnå sitt syfte behöver definitionen även vara förutsebar och lätt att tillämpa. Detta säkerställs enligt utredningens mening genom en rättslig definition i lag samt ett registreringsförfarande för att särskilja de idéburna aktörerna från andra aktörer. Ett sådant förfarande medför också att det blir en likartad bedömning av vilka som uppfyller definitionen. Vidare blir den administrativa bördan mindre för de kommuner och statliga myndigheter som annars skulle behöva kontrollera om förutsättningarna är uppfyllda i varje enskilt fall. Detsamma gäller för de idéburna aktörerna. Det blir även möjligt att ta fram statistik om de idéburna aktörerna om de enkelt kan identifieras och följas över tid.

En viktig avgränsning är att definitionen ska avse idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad verksamhet inom välfärden. Definitionen ska inte vara någon allmän definition av idéburna organisationer eller idéburen verksamhet, utan tar bara sikte på organisationerna i deras egenskap av aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Idéburen välfärdsverksamhet som inte är offentligt finansierad berörs inte.

Idéburna aktörer bedriver i dag verksamhet i ett flertal olika associationsformer. Det vore enligt utredningens mening olämpligt om definitionen utformades på ett sätt som tvingar existerande idéburna aktörer inom välfärden att ändra sin associationsform för att uppfylla definitionen. Syftet med definitionen är inte att utesluta några

idéburna aktörer utan att avgränsa dem mot offentliga aktörer och mot kommersiella aktörer.

Definitionen och förfarandet måste också vara så utformat att det minimerar riskerna för missbruk. Enligt utredningens förslag ska en organisation för att klassificeras som en idéburen aktör i offentligt finansierad välfärdsverksamhet vara en juridisk person som

1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,
2. har ett syfte som är oegennyttigt,
3. bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet, och
4. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Registrering

De idéburna aktörer som uppfyller kraven i definitionen ska kunna registrera sig i ett särskilt register. Att registrera sig som idéburen aktör i offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska vara frivilligt. De aktörer som har registrerat sig måste dock under den tid de finns i registret uppfylla lagens krav. Dessutom ska bestämmelsen om begränsningar av värdeöverföringar i den fjärde punkten av definitionen fortsätta gälla i ytterligare fem år efter en avregistrering.

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot reglerna om värdeöverföringar ska kunna dömas till böter.

Enligt utredningens förslag ska regeringen bestämma vilken myndighet som ska ansvara för registret. Utredningens bedömning är dock att de länsstyrelser som i dag är tillsyns- och registreringsmyndigheter för stiftelser även bör ansvara för registret över idéburna aktörer i välfärden.

Idéburet offentligt partnerskap

Idéburna offentliga partnerskap (IOP) är en form av samverkan mellan offentliga och idéburna aktörer. De bygger på insikten om att det kan behövas flera perspektiv och flera olika typer av resurser för att lösa vissa problem, framför allt mer komplexa sådana.

Utredningen har utifrån en analys av syftet med sådana partnerskap och de EU-rättsliga förutsättningarna funnit att ett idéburet offentligt partnerskap inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet kan sammanfattas enligt följande:

1. Partnerskapet är ett samarbete mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna aktörer i välfärden.
2. Det syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål.
3. Såväl den offentliga som den idéburna aktören bidrar med resurser.

Partnerskapet får inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt, upphandling av en koncession eller ett ramavtal.

Partnerskapet måste vara förenligt med EU:s statsstödsregler. Utredningen redogör för flera olika möjligheter som finns när det gäller statsstödsreglernas tillämpning på IOP. Om den offentliga aktören är en kommun eller region finns det även bestämmelser i kommunallagen och speciallagstiftning att ta hänsyn till.

En vägledning

Utredningen har med utgångspunkt i kriterierna ovan tagit fram en särskild vägledning, med konkreta exempel, där olika alternativ för att kunna ingå idéburna offentliga partnerskap som är förenliga med tillämpliga regelverk, som kommunallagen, upphandlingslagstiftningen och statsstödsreglerna beskrivs.

Ett uppdrag till Upphandlingsmyndigheten

Utredningen föreslår även att Upphandlingsmyndigheten ges i uppdrag att arbeta med informationsinsatser gentemot offentliga och idéburna aktörer med utgångspunkt i de kriterier för IOP som utredningen har tagit fram. Upphandlingsmyndigheten ska vidare enligt

förslaget förvalta och utveckla utredningens vägledning utifrån bland annat rättspraxis och praktiska erfarenheter.

Förslag som rör offentlig upphandling

Ett uppdrag till Upphandlingsmyndigheten

Utredningen bedömer att det inom ramen för gällande upphandlingslagstiftning finns möjligheter att bättre ta tillvara det mervärde som idéburna aktörer kan bidra med. Det ligger i Upphandlingsmyndighetens uppdrag att underlätta för idéburna organisationer att delta i upphandlingar. Utredningen har dock noterat att det stöd och vägledningar som hittills tagit fram saknar en inriktning mot idéburna aktörer. Utredningen föreslår därför att myndigheten ska få ett särskilt regeringsuppdrag att arbeta med riktade informationsinsatser gentemot idéburna aktörer och upphandlande myndigheter i syfte att öka de idéburna aktörernas deltagande i upphandlingar. Uppdraget ska enligt förslaget genomföras i samverkan med relevanta aktörer som företrädare för upphandlande myndigheter och för den idéburna sektorn.

Möjlighet att reservera kontrakt till idéburna aktörer

Utredningen bedömer att det finns ett rättsligt utrymme som gör det möjligt att reservera kontrakt till idéburna aktörer för sociala tjänster och övriga tjänster, dvs. sådana tjänster som omfattas av den enklare regimen i upphandlingsdirektivet som gäller för den klassiska sektorn och för svensk del i 19 kap. i lagen om offentlig upphandling (LOU). Stödet för denna bedömning finns enligt utredningen framför allt i praxis från EU-domstolen.

Enligt förslaget ska upphandlande myndigheter ges möjlighet att reservera rätten att delta i en upphandling av de välfärdstjänster som räknas upp i bilaga 2 a till LOU till idéburna aktörer. De tjänster som omfattas av bilagan är exempelvis hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster samt undervisnings- och utbildningstjänster. Möjligheten att reservera rätten att delta i upphandlingar till idéburna aktörer gäller under förutsättning att detta bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig

effektivitet. Att den upphandlande myndigheten önskar en viss andel idéburna leverantörer är dock inte i sig tillräckligt för att motivera att en upphandling reserveras.

Då den föreslagna reservationsmöjligheten bygger på den särställning som sociala tjänster har givits i upphandlingsdirektivet har det som sägs däri om att beakta behovet av tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriers specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov och deltagande betydelse. Om en reservation till idéburna aktörer bidrar till att den sociala målsättningen förverkligas genom högre uppfyllelse av något av ovanstående talar det för att reservationen är tillåten.

Idéburna aktörer kan bidra till högre kvalitet på flera sätt. Om den idéburna aktörens oegennyttiga syfte har en koppling till den aktuella tjänsten kan detta vara en indikation på att kvaliteten har överordnats andra hänsyn när tjänsten utförs. Kvaliteten kan även främjas av att idéburna aktörer arbetar med och för en specifik målgrupp ur ett helhetsperspektiv

När det gäller kontinuitet kan det faktum att idéburna aktörer har ett oegennyttigt syfte göra att de mer naturligt ser såväl till målgruppernas behov som till de långsiktiga effekterna av de tjänster de utför.

Många idéburna aktörer har en nära koppling till brukarna av tjänsten. Det ger verksamheten en särart, ett särskilt värde i jämförelse med verksamhet som bedrivs i offentlig regi eller av kommersiella företag.

Enligt EU-domstolen kan avsaknad av mål om att dela ut medel till ägare innebära budgetmässig effektivitet eftersom ett eventuellt överskott investeras tillbaka i verksamheten och således kommer samhället och brukarna till godo.

Förslag som rör valfrihetssystem

I syfte att främja ett ökat deltagande av idéburna aktörer som leverantörer i valfrihetssystem föreslår utredningen att lagen om valfrihetssystem (LOV) ska ändras så att det framgår att de grundläggande principerna som följer av EUF-fördraget inte ska gälla för valfrihetssystem som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Utredningen föreslår också att det ska införas en bestämmelse i LOV som gör det möjligt att reservera rätten att ansöka om att få delta i ett valfrihetssystem. Det ska dock krävas särskilda skäl för det.

De idéburna aktörerna menar att det i många befintliga valfrihetssystem är svårt att få fram information till brukare om de idéburna organisationernas särart. Utredningens bedömning är att det är möjligt och även lämpligt att vid information till enskilda om leverantörer i ett valfrihetssystem lämna information om att en leverantör är en registrerad idéburen aktör.

Andra områden där definitionen skulle kunna användas

När det finns en tydlig definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet kan denna även användas vid bidragsgivning från såväl staten som kommuner och regioner i de fall detta anses lämpligt.

Definitionen kommer också att innebära förbättrade möjligheter att ta fram statistik om idéburna aktörer. Sådan statistik kan användas för olika sorters jämförelser mellan idéburna aktörer och andra aktörer, offentliga eller privata. Den kan även exempelvis användas för att undersöka om regler gett de effekter som avsetts.

Definitionen kan i framtiden få fler användningsområden. När den väl finns på plats kommer det att vara möjligt, om det befinns lämpligt, att exempelvis besluta om särregler för idéburna aktörer.

Ikraftträdande

Den nya lagen om registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet och de föreslagna ändringarna i LOV och LOU föreslås träda i kraft den 1 juli 2021.

Summary

Values-based not-for-profit organisations have several important roles in society. Getting engaged in an organisation gives individuals meaning, a sense of community and a force for their own liberation. People who would otherwise have had difficulty being heard are given a collective voice. Civil society contributes perspectives different to those held by public authorities and private companies. Engagement can also contribute to greater social cohesion, and voluntary and community organisations are an important schooling in democracy.

Moreover, values-based organisations of various kinds have long played an important role in welfare service provision. Many of the welfare state's institutions have their roots in activities once developed by voluntary associations or faith communities. Values-based organisations have been pioneers of what is now core welfare services, at the same time as they have continued to identify, articulate and meet needs neither public nor commercial actors have been able to pick up. This makes values-based actors important innovators in welfare service provision.

Values-based organisations are often strongly anchored, and enjoy great confidence, among the people who need the welfare services they provide, and include individuals with their own experience of e.g. substance misuse, homelessness, long-term unemployment and disabilities. Often these are groups that are harder for the public institutions to reach. Local roots, in a community or a housing area, are another distinctive feature of values-based actors, and this can be particularly important in places where both public and commercial services have disappeared.

Values-based actors contribute to diversity and to freedom of choice for users in ways that include providing adapted or niche services.

Compared with most other countries in the Nordic region and across Europe, values-based not-for-profit actors account for a small

share of the welfare services sector in Sweden. Moreover, the increase in recent decades in the share of welfare services delivered by external suppliers is mainly due to provision by commercial actors, while the values-based share has remained low. At the same time, it is not necessarily the case that increased participation by values-based actors in welfare service provision would have to be at the expense of commercial actors. It could instead involve activities otherwise produced in-house by public actors or completely new types of services, initiatives or solutions not available from either public or commercial actors.

One feature shared by all of the Inquiry's proposals is that they increase the possibilities for values-based actors to participate in the delivery of publicly funded welfare services and for municipalities and central government agencies to benefit from the skills, experience and other resources of values-based actors. Another common feature is that everything is voluntary. Values-based actors decide by themselves if they want to register as values-based actors in welfare service provision and if they want to take part in a values-based public partnership, a procurement or a free choice system. In the same way as municipalities, regions and central government agencies are free to choose whether they want to use the instruments proposed by the Inquiry.

Remit

The Inquiry has had the remit of drafting a proposal of a clear definetion of 'values-based actors' that can be used to identify them and distinguish them from other actors in welfare activities and closely-related publicly financed and subsidised activities. The purpose of this definition has been to draft proposals that promote greater values-based participation in welfare service provision. Therefore the Inquiry has also had the remit of developing examples and describing potential areas of application in welfare service provision where a definition of values-based actors can be used. In order to promote collaboration between values-based actors and public institutions, the remit of the Inquiry has also covered proposing guidelines, criteria or applicable instruments for entering into values-based public partnerships. Our remit has also included mapping and analysing how non-economic

services of general interest are regulated in other EEA countries. The remit has not included presenting proposals in the area of taxation.

The concepts of welfare service provision and welfare activities

Unlike regarding previous inquiries with closely related remits, the Inquiry's terms of reference do not identify any specific areas or activities. So, the Inquiry has been relatively free to define what to include in the concept of 'welfare service provision' in this context. There is no generally accepted definition of the concept.

The starting point for the Inquiry's definition of the scope of welfare service provision has been the Inquiry's remit. The activities that are of interest are those that are included in a broader use of the concept, that are covered by some form of public funding and that are conducted by values-based actors who receive such funding. In the view of the Inquiry, the concept of 'welfare activities' means, in this context:

- health care;
- health promotion activities;
- social care services;
- education regulated by the Education Act, education and adult education delivered by folk high schools and study associations and other education and training whose organiser is a municipality, region or central government agency;
- activities in the labour market area; and
- activities intended to increase people's integration and inclusion in society and to combat segregation and isolation.

How the values-based sector or its equivalent is organised in other EEA countries

The Inquiry has looked at a number of countries judged to be of particular interest.

The Inquiry's review shows that there are great cross-country variations regarding both forms of funding and what share of welfare service provision is conducted by values-based actors or their equivalent. There are several reasons for this great variation. Part of the explanation is to be found in how welfare systems are designed and how they have evolved. It is common to have special rules for non-profit organisations in the countries we have examined. Several, but not all, countries have a definition of non-profit organisations or their equivalent. Definitions when given are often found in tax legislation, and the special rules usually consist of special tax rules. In two of the countries examined, Norway and Italy, legislative procedures are in progress in order to increase the activities of non-profit organisations or to make it easier for them to conduct activities. In Norway the procedure concerns a provision in procurement legislation. In Italy it involves a law about the whole of the non-profit sector that also includes various kinds of forms of collaboration. In Norway the provision is still at the level of a proposal. In Italy the law has been adopted but has not yet begun to be applied.

A definition of values-based actors in public funded welfare activities

The definition that the Inquiry has had the remit of drafting is to be long-term, sustainable and monitorable. To achieve its purpose, the definition also needs to be predictable and easy to apply. In the view of the Inquiry, this is ensured through a legal definition in a law and a registration procedure to distinguish values-based actors from other actors. A procedure like that also means that there will be a consistent assessment of which actors fulfil the definition. In addition, the administrative burden will be smaller for municipalities and regions and for central government agencies that would otherwise need to check compliance with the requirements in each specific case. The same applies to values-based actors. It will also be possible to pro-

duce statistics about values-based actors if they are simple to identify and follow over time.

One important restriction is that the definition is to apply to values-based actors conducting publicly funded activities in welfare service provision. The definition is not intended to be a general definition of values-based organisations or activities, and is only aimed at organisations in their capacity of actors in publicly funded welfare activities. Values-based welfare activities that are not publicly funded are not affected.

Values-based actors currently conduct activities in several different legal forms. In the view of the Inquiry, it would be inappropriate to design the definition in a way that forces existing values-based actors in welfare service provision to change their legal form in order to meet the definition. The purpose of the definition is not to exclude any values-based actors but to differentiate them from public and commercial actors.

The definition and procedure must also be designed so as to minimise the risks of misuse. The Inquiry's proposal is that in order to be classified as a values-based actor in publicly funded welfare activities an organisation has to be legal person that:

1. is not directly or indirectly owned or controlled by the State, a municipality or a region;
2. has a purpose that is altruistic;
3. conducts or intends to conduct publicly funded welfare activities; and
4. does not make any value transfers to parties other than registered values-based actors or to scientific research.

Registration

The values-based actors that meet the requirements in the definition should be able to register in a special register. Registering as a values-based actor in publicly funded welfare activities should be voluntary. However, the actors that have registered should have to meet the legal requirements while in? the register. In addition, the provision about restrictions of value transfers in the fourth point of the definetion should continue to apply for five years after deregistration.

It should be possible to impose a fine a person who breaches the rules on value transfers either intentionally or through negligence.

The Inquiry proposes that the Government should decide which authority will be responsible for the register. However, the Inquiry's assessment is that the county administrative boards, which are currently supervisory and registration authorities for foundations, should also be responsible for the register of values-based actors in welfare service provision.

Values-based public partnerships

Values-based public partnerships are a form of collaboration between public and values-based actors. They are based on the insight that several perspectives and several different types of resources may be needed to solve certain problems, especially more complex ones.

On the basis of an analysis of the purpose of these partnerships and the requirements imposed by EU law, the Inquiry has concluded that a values-based public partnership in publicly funded welfare activities can be summarised in the following way:

1. The partnership is a cooperation between one or more public actors and one or more values-based actors in welfare service provision.
2. Its purpose it to achieve a common public benefit objective.
3. Both the public actor and the values-based actor contribute resources.

The partnership must not contain an award of a public contract, a procurement of a concession or a framework agreement.

The partnership must be consistent with the EU's State aid rules. The Inquiry describes several different possibilities available concerning the application of State aid rules to values-based public partnerships. If the public actor is a municipality or region, there are also provisions in the Local Government Act and special legislation to take into account.

A guide

On the basis of the above criteria, the Inquiry has produced a special guide, containing concrete examples, that describes various alternative ways of being able to enter into a values-based public partnership that are consistent with the applicable regulatory frameworks such as the Local Government Act, procurement legislation and the State aid rules.

A commission to the National Agency for Public Procurement

The Inquiry also proposes giving the National Agency for Public Procurement a commission to work on information measures in relation to public and values-based actors on the basis of the criteria proposed by the Inquiry. We also propose that the National Agency for Public Procurement should manage and develop the Inquiry's guide on the basis of case law and practical experience.

Proposals concerning public procurement

A commission to the National Agency for Public Procurement

In the Inquiry's assessment, there are possibilities, within the framework of current procurement legislation, of making better use of the added value that can be contributed by values-based organisations. Part of the role of the National Agency for Public Procurement is to make it easier for values-based organisations to participate in procurement. However, the Inquiry notes that the support and guides produced up to now do not have any focus on values-based organisations. The Inquiry therefore proposes giving the Agency a special mission to work on targeted information measures in relation to values-based actors and contracting authorities, so as to increase the participation of values-based actors in procurements. Under this proposal, the mission would be carried out in collaboration with relevant actors, such as representatives of contracting authorities and the values-based sector.

Possibility of reserving contracts for values-based actors

The Inquiry makes the assessment that there is legal scope that makes it possible to reserve contracts for values-based actors for social and other specific services, i.e. services covered by the Light Touch Regime in the Public Procurement Directive that applies to the classic sector and, as regards Sweden, Chapter 19 of the Public Procurement Act. According to the Inquiry, the main support for this assessment is to be found in the case law of the Court of Justice of the European Union.

Under this proposal, contracting authorities would be given the possibility of reserving the right to participate in a procurement of the welfare services enumerated in Schedule 2 a of the Public Procurement Act to values-based actors. The services covered by that Schedule include health care, social services and closely related service as well as teaching and education services. The possibility of reserving the right to participate in procurements to values-based actors applies provided that this contributes to the realisation of the social objective and leads to budgetary efficiency. However, a wish on the part of the contracting authority to have a certain share of values-based actors is not, in itself, enough to justify reserving a procurement.

As the proposed possibility of a reservation is based on the special standing that social services have been given in the Public Procurement Directive, what is said there about taking account of the need to ensure the quality, continuity, accessibility, affordability, availability and comprehensiveness of the services, the specific needs of different categories of users, including disadvantaged and vulnerable groups is of importance. If a reservation for values-based actors contributes to the realisation of the social objective through higher fulfilment of any of the above, this indicates that the reservation is permitted.

Values-based actors can contribute to higher quality in several ways. If the altruistic purpose of the values-based actor has a link to the service concerned, this can be an indication that quality has been given a higher standing than other considerations when the service is performed. Quality can also be promoted by values-based actors working for a specific target group from a holistic perspective.

With regard to continuity, the fact that values-based actors have an altruistic purpose may make it more natural for them to look both to the needs of the target groups and to the long-term effects of the services they perform.

Many values-based actors have a close link to users of their service. This gives their activities a distinctive character, a special value compared with activities conducted by public actors in-house or by commercial actors.

According to the Court of Justice of the European Union, when there is no objective of distributing funds to owners, this may result in budgetary efficiency since any surplus will be reinvested in the activities and will therefore benefit the community and the users.

Proposals concerning free choice systems

In order to increase the participation of values-based actors as suppliers in free choice systems, the Inquiry proposes amending the Act on Free Choice Systems to state that the fundamental principles that follow from the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) shall not apply to free choice systems that do not have a definite cross-border interest.

The Inquiry also proposes adding a provision to the Act to make it possible to reserve the right to apply to participate in a free choice system. However, special reasons should be required for this.

Values-based actors claim that in many current free choice systems it is difficult to communicate information about the distinctive character of values-based organisations to users. The Inquiry's assessment is that, when informing individuals about suppliers in a free choice system, it is possible and also appropriate to provide the information that a supplier is a registered values-based actor.

Other areas where the definition could be used

When there is a clear definition of values-based actors in publicly funded welfare activities, this definition can also be used in the award of grants both by central government and by municipalities and regions when considered appropriate.

The definition will also provide better possibilities of producing statistics about values-based actors. Statistics of this kind can be used for various types of comparisons between values-based actors and other actors, either public or commercial. They can, for example, be used to examine whether the rules have had the intended effects.

The definition may be given additional areas of use in the future. Once it is in place, it will be possible, if judged appropriate, to, for instance, adopt special rules for values-based actors.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Härigenom föreskrivs följande.

Idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet

1 § Med idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdverksamhet avses i denna lag en juridisk person som

1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,
2. har ett syfte som är oegennyttigt,
3. bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet, och
4. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Registrering

2 § En idéburen aktör får ansöka om att registreras i ett register över idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdverksamhet.

Den idéburna aktören ska registreras om aktören uppfyller förutsättningarna i 1 §. Att 1 § 2 är uppfylld ska framgå av aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling.

Den myndighet som regeringen bestämmer (registermyndigheten) ska besluta om registrering av idéburna aktörer.

3 § Registreringen ska omfatta

1. den idéburna aktörens namn och postadress,
2. den idéburna aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling, och
3. en kontaktperson som är behörig att företräda den idéburna aktören i frågor om registrering samt kontaktpersonens namn, postadress och personnummer eller samordningsnummer.

Ändringar i något av dessa förhållanden ska genast anmälas till registermyndigheten.

Avgifter

4 § Registermyndigheten får ta ut en avgift för registerhållning.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om avgiftens storlek.

Värdeöverföringar

5 § Med värdeöverföring avses i denna lag:

1. vinstutdelning
2. förvärv av egna aktier, dock inte förvärv enligt 19 kap. 5 § aktiebolagslagen (2005:551),
3. minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna,
4. minskning av reservfonden för återbetalning till medlemmarna,
5. gottgörelse,
6. avhändande av egendom till underpris,
7. förvärv av egendom till överpris,
8. lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen,
9. utlåning av medel till en i förhållande till marknadsräntan lägre ränta eller upptagande av lån till högre ränta än marknadsräntan,
10. avskrivning av fordringar eller att låta fordringar preskriberas, eller
11. annan affärshändelse som medför att den idéburna aktörens förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för denna aktör.

6 § En registrerad idéburen aktör ska skriftligen varje år till registermyndigheten lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar.

Första stycket gäller även en aktör som omfattas av 9 §.

7 § En registrerad idéburen aktör ska ha en bestämmelse i aktörens stadgar, bolagsordning eller motsvarande handling som anger att kvarvarande tillgångar vid aktörens upplösning ska skiftas på ett sätt som inte bryter mot begränsningen beträffande värdeöverföringar i 1 § 4.

Första stycket gäller även en aktör som omfattas av 9 §.

För stiftelser gäller i stället vad som anges i 7 kap. 11 § stiftelselagen (1994:1220).

Avregistrering

8 § Registermyndigheten ska besluta att den idéburna aktören ska avregistreras om de krav som gäller för registrering enligt 2 § inte längre är uppfyllda.

Registermyndigheten får även besluta att en idéburen aktör ska avregistreras om aktören inte har följt ett föreläggande enligt 11 § första stycket.

En idéburen aktör ska på egen begäran avregistreras av registermyndigheten även om kraven i 2 § fortfarande är uppfyllda.

9 § Under en tidsperiod om fem år efter ett beslut om avregistrering ska begränsningen beträffande värdeöverföringar i 1 § 4 fortfarande gälla.

Tillsyn

10 § Registermyndigheten ska utöva tillsyn över registret över idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet.

En registrerad idéburen aktör är skyldig att på registermyndighetens begäran lämna sådana uppgifter som är nödvändiga för tillsynsverksamheten.

11 § Registermyndigheten får meddela de förelägganden som behövs för att denna lag eller de föreskrifter som har meddelats i anslutning till lagen ska följas.

Förelägganden enligt första stycket får förenas med vite.

Straff

12 § Till böter döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör värdeöverföringar från en registrerad idéburen aktör eller en aktör som omfattas av 9 § till annan än en registrerad idéburen aktör eller till forskning.

Överklagande

13 § Registermyndighetens beslut får överklagas till allmän förvaltningsdomstol om myndigheten har beslutat att

1. skriva av eller avslå en ansökan om registrering enligt 2 §,
2. avregistrera en idéburen aktör enligt 8 §, eller
3. meddela ett föreläggande enligt 11 §.

Ett överklagande av ett beslut enligt första stycket 1 eller 2 ska ha kommit in till registermyndigheten inom två månader från dagen för beslutet.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2021.

1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2008:962 om valfrihetssystem

dels att 1 kap. 2 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 1 kap. 2 a §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	1 kap.
	2 §
Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem.	*När föremålet för ett valfrihetssystem har ett gränsöverskridande intresse ska den upphandlande myndigheten iaktta de unionsrättsliga principerna om förbud mot diskriminering och om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.*
	2 a §
	En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i ett valfrihetssystem för sådana organisationer som är idéburna aktörer om det finns särskilda skäl.
	Med idéburen aktör avses en juridisk person som
	1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,
	2. har ett syfte som är oegennyttigt, och
	3. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2021.

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs[1] i fråga om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

dels att 19 kap. 6 b § ska betecknas 6 c §,

dels att det ska införas en ny paragraf, 19 kap. 6 b §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	19 kap.
	6 b §[2]
En upphandlande myndighet som avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt 6 a § ska i annonsen om upphandling lämna uppgift om detta.	*En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a för sådana organisationer som är idéburna aktörer, under förutsättning att det bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet.* *Med idéburen aktör avses en juridisk person som* *1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,* *2. har ett syfte som är oegennyttigt, och* *3. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.*

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2021.

[1] Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

[2] Senaste lydelse 2018:1159.

2 Utredningens uppdrag och arbete

2.1 Uppdraget

Den 7 juni 2018 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare för att ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer som kan användas för att identifiera och avgränsa dessa från andra aktörer i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Samma dag utsågs jur. dr. Samuel Engblom till särskild utredare. Syftet med utredningen är att främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden genom att underlätta vid bl.a. bidragsgivning, lagstiftning, köp av verksamhet och samverkan. Utredningen ska därför också ta fram exempel och beskriva tänkbara tillämpningsområden inom välfärden och angränsande områden där en definition av idéburna aktörer skulle kunna användas. Utredningen ska även kartlägga och analysera olika förfaranden för att utifrån den föreslagna definitionen identifiera idéburna aktörer inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Vidare ska utredningen kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES. I syfte att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga ska utredningen föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av idéburet offentligt partnerskap. Utredningen ska lämna nödvändiga författningsförslag.

I uppdraget ingick inte att lämna förslag inom skatteområdet.

2.2 Utredningens arbete

Utredningen har antagit namnet Utredningen om idéburna aktörer i välfärden. Utöver sekretariatet har en expertgrupp och två referensgrupper deltagit i utredningsarbetet. Under hösten 2018 tillsattes en expertgrupp med representanter från berörda departement, myndigheter och organisationer. Till gruppen förordnades experter från finansdepartementet, justitiedepartementet, socialdepartementet, kulturdepartementet och utbildningsdepartementet. Experter från Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)[1], Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Verket för innovationssystem (Vinnova), Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor (MUCF) och Arbetsförmedlingen förordnades också till gruppen.

Två referensgrupper har varit knutna till utredningen, se bilaga 2. I den ena har ingått representanter från Svenska kyrkan, Föreningen JAG, Jämlikhet, Assistans, Gemenskap, Famna – Riksorganisationen för idéburen välfärd, Forum – Idéburna organisationer med social inriktning, Nätverket idéburen sektor Skåne, Arbetsgivarföreningen KFO, Idéburna skolors riksförbund, Fria Förskolor i Sverige, Coompanion, Studieförbunden, SKOOPI, de Arbetsintegrerande Sociala företagens Intresseorganisation, och Unizon. Den andra referensgruppen har varit parlamentariskt sammansatt.

Utredningen har samrått med Demokrativillkorsutredningen. Utredningen har vidare haft särskilda möten med representanter för de fackliga centralorganisationerna LO, TCO och Saco och med aktörer som företräder privata anordnare av offentligt finansierade välfärdstjänster genom representanter från organisationerna Almega, Företagarna, Vårdföretagarna, Svenskt Näringsliv, Svenska Vård och Friskolornas Riksförbund.

Utredningen har haft flera möten med andra idéburna aktörer än de som funnits med i referensgruppen, bl.a. Riksorganisationen för kvinnojourer och tjejjourer i Sverige (ROKS), Ersta Diakoni, Föreningen Boost, ett flertal ideella föreningar baserade i Malmö, Folkbildningsrådet, Svenska Röda Korset och Folkuniversitetet. Utredningen har även haft möten med Malmö kommun och Tillväxtverket.

Utredningen har medverkat vid seminarier och konferenser anordnade av bl.a. MUCF, NOD och flera i regi av SKL där ett flertal repre-

[1] Enligt kongressbeslut den 27 november 2019 heter organisationen numer Sveriges Kommuner och Regioner (SKR).

sentanter för kommuner och regioner deltagit. Utredningen deltog vidare vid ett möte i SKL:s nordiska juristnätverk våren 2019. Dessutom har utredningen medverkat vid konferenser och seminarier ordnade av KFO, Famna och Idéburna skolors riksförbund. Utredningen har också deltagit vid konferenser och seminarier anordnade av Vinnova och Tillväxtverket.

Utredaren och sekretariatet har genomfört studieresor till Norge, Danmark och Italien och träffat tjänstemän från departement och ansvariga myndigheter. Vid resorna till Norge och Italien mötte utredningen även företrädare för idéburna aktörer. Vid besöket i Rom träffade utredningen därtill en forskare inom EU-rätt som var särskilt inriktad mot statsstöd. Utredningen har vidare deltagit i en workshop organiserad av Tysklands ambassad där representanter för utredningen, ambassaden, idéburna aktörer verksamma i Tyskland och Sverige samt SKL och finansdepartementet deltog. Kontakterna med Portugal, Spanien, Frankrike, Finland och Nederländerna har skett via e-post. I flera fall har dessa kontakter tagits via den svenska ambassaden i respektive land som lotsat utredningen vidare till tjänstemän vid aktuellt departement och i andra fall har kontaktuppgifter erhållits från sakenheten vid finansdepartementet.

Utredningen har också anlitat konsulter. En advokatfirma fick i uppdrag att i en rapport klargöra juridiken kring kontraktsbegreppet i upphandlingslagstiftningen. Rapporten finns i bilaga 3. Ett annat konsultföretag fick i uppdrag att bistå utredningen i arbetet med konsekvensbeskrivningen i kapitel 12.

2.2.1 Avgränsningar m.m.

Till skillnad från vad som gällt för tidigare utredningar har vad som ska ingå i begreppet välfärd inte definierats i utredningens direktiv. Kapitel 3 innehåller utredningens avgränsning av begreppet välfärd och välfärdsverksamheter.

Av utredningens direktiv framgår att det ingår i arbetet att undersöka hur andra länder inom EES har reglerat icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse samt att utredningen ska kartlägga i vilken utsträckning och på vilket sätt idéburna aktörer definieras och avgränsas i andra länder och hur eventuella sådana system används. Utredningen har vid kontakten med utvalda länder även ställt andra

frågor av intresse för utredningen. Vad som framkommit vid denna undersökning redovisas framför allt i avsnitt 6.2.4 men även andra avsnitt innehåller utredningens erfarenheter, exempelvis avsnitt 5.3 och 4.3.

Utredningen har valt att använda beteckningen region i stället för landsting enligt riksdagens beslut[2] den 20 november 2019 trots att lagändringarna inte träder i kraft förrän den 1 januari 2020.

[2] Bet 2019/20:KU3, protokoll 2019:20:35 onsdagen den 20 november.

3 Utredningens avgränsning av begreppet välfärd

Kapitlet innehåller utredningens avgränsning av begreppen välfärd och välfärdstjänster. Enligt utredningens direktiv är syftet med uppdraget att främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden. Den definition av idéburna aktörer som utredningen ska ta fram ska kunna användas i välfärdsverksamheter, men också i andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Vad som menas med välfärd och vilka verksamheter som ingår i välfärdsverksamheter anges inte i direktiven. Då begreppen välfärd eller välfärdsverksamheter saknar såväl en rättslig definition som en allmänt vedertagen betydelse behöver utredningen avgränsa vilka verksamheter som i det här sammanhanget omfattas av begreppet välfärd.

Välfärd är enligt Nationalencyklopedin (NE) ett mångtydigt begrepp som ursprungligen avsåg graden av medborgarnas välmående. I bred mening avser välfärd det mesta som styr en medborgares levnadsförhållanden. Här kan inkluderas privatekonomi, bostadsförhållanden, livslängd och mycket annat. Vanligtvis används begreppet dock enligt NE i en snävare mening, främst syftande på socialförsäkringar och välfärdstjänster som vård, skola och omsorg. Någon närmare definition av välfärdstjänster har inte NE eller något annat uppslagsverk. Även begreppen välfärdssamhälle och välfärdsstat är vanligt förekommande och NE hänvisar i bägge fallen till materiell välfärd samt social och ekonomisk trygghet.

Välfärdsmarknader har särdrag vilket gör att de skiljer sig från vanliga marknader. En viktig skillnad från andra marknader är att de som åtnjuter tjänsterna inte är de som finansierar dem. Välfärdstjänster betraktas som grundläggande rättigheter som alla utefter behov bereds tillgång till, oavsett betalningsförmåga.

Utgångspunkten för avgränsningen av begreppet välfärd är utredningens uppdrag. De verksamheter som är av intresse är sådana som innefattas i en bredare användning av begreppet: verksamheter som omfattas av någon form av offentlig finansiering och bedrivs av idéburna organisationer som erhåller sådan finansiering. Kapitlet inleds med en beskrivning av hur begreppen välfärd och välfärdstjänster används i lika sammanhang och avslutas med hur utredningen avgränsat begreppen.

3.1 Hur begreppen välfärd och välfärdstjänster används i olika sammanhang

3.1.1 Kommuner och regioner

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) beskriver begreppet välfärd som samhällsservice som finns nära medborgarna.[1] Enligt SKL:s synsätt är all verksamhet som kommuner och regioner tillhandahåller sina medborgare samhällsservice och därmed välfärd. I en annan rapport anger SKL att välfärdstjänster är tjänster inom följande områden: förskola och skolbarnomsorg, utbildning, omsorg om äldre och funktionshindrade, färdtjänst, individ- och familjeomsorg, hälso- och sjukvård samt tandvård.[2]

Kommunerna sköter enligt 14 kap. 2 § regeringsformen lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse. Vad som avses med lokala och regionala angelägenheter framgår av kommunallagen (2017:725), KL, samt av speciallagstiftning. Av speciallagstiftningen framgår vilka verksamheter som en kommun eller en region är skyldig att tillhandahålla sina medlemmar medan kommunallagen sätter ramarna för kommunernas kompetens genom att ange ett antal principer som ska följas. Begreppet välfärd används inte i nämnda lagar.

Det obligatoriska området, inom vilket kommunerna alltså är skyldiga att tillhandahålla medborgarna tjänster, omfattar social omsorg (äldreomsorg och omsorg om funktionsnedsatta samt individ och familjeomsorg), utbildning inom skolväsendet, (förskolor, fritidshem, grundskolor, grundsärskolor, gymnasieskolor, gymnasiesärskolor samt kommunal vuxenutbildning och särskild utbildning

[1] Välfärden i siffror – Vi vässar välfärden, rapport SKL, reviderad juni 2018.
[2] Se t.ex. Välfärdstjänsternas utveckling 1980–2012 – Ökande resurser och växande behov, rapport SKL, februari 2014.

för vuxna), plan- och byggfrågor, miljö- och hälsoskydd, renhållning och avfallshantering, vatten och avlopp, räddningstjänst, civilt försvar, biblioteksverksamhet och bostadsförsörjning. Regionernas obligatoriska uppgifter är hälso- och sjukvård, tandvård för barn och unga samt regional utveckling. Beträffande regional kollektivtrafik är ansvaret gemensamt för regionerna och kommunerna inom ett län om de inte kommit överens om annat.

Andra uppgifter är frivilliga för kommuner och regioner och vilka de är framgår inte direkt av lag. En kommun eller en region får enligt kommunallagen själva ha hand om angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller regionens område eller dess medlemmar, 2 kap. 1 § KL. En kommun eller en region får inte ha hand om sådana angelägenheter som staten eller en annan kommun eller region ska ha hand om, 2 kap. 2 § KL.

3.1.2 Statlig välfärdsverksamhet

Även staten har flera uppgifter inom det som i dagligt tal benämns som välfärd. Utöver socialförsäkringarna ansvarar staten t.ex. för åtgärder som rör arbetsmarknaden.[3] Arbetsförmedlingen har uppdraget att matcha arbetssökande till lediga jobb och att prioritera stöd till personer som står långt från arbetsmarknaden. Arbetsförmedlingen bedriver sådan verksamhet i egen regi men även andra utförare, som t.ex. idéburna organisationer, utför uppgifter på uppdrag av myndigheten.

Även på utbildningsområdet har staten ett stort ansvar. För utredningen är folkbildningen av särskilt intresse. Folkhögskolorna och studieförbunden bedriver sina verksamheter med statligt stöd. Folkbildningsrådet fördelar sådana medel.[4]

Staten ansvarar också för stöd och ekonomisk hjälp till vissa funktionshindrade i form av personlig assistans enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS. Staten finansierar på detta område kostnader enligt 51 kap. socialförsäkringsbalken (2010:110), SFB, som Försäkringskassan administrerar.

[3] Även kommunerna bedriver verksamhet i syfte att öka sysselsättningen, särskilt för personer med socialt bistånd och för att påskynda vissa nyanlända invandrares etablering i arbetslivet.
[4] Lagen (1976:1046) om överlämnande av förvaltningsuppgifter inom Utbildningsdepartementets verksamhetsområde.

Vidare ansvarar staten för mottagandet av asylsökande. Migrationsverket förvaltar verksamheten.[5] Ett särskilt statsbidrag, som administreras av länsstyrelserna, finns till verksamheter för asylsökande.[6] Förutom att ansvara för utbetalning av medel enligt denna förordning har länsstyrelserna andra uppdrag beträffande integration.[7] Ansvaret för utbildning i svenska för invandrare, som är en del av den kommunala vuxenutbildningen, ligger på kommunerna.

Staten ansvarar också för nyanlända invandrares etablering i arbets- och samhällslivet.[8] Arbetsförmedlingen, Migrationsverket och länsstyrelserna har ansvar för genomförande av insatser för nyanlända. Det finns även statsbidrag som rör segregation som den statliga myndigheten Delegationen mot segregation fördelar.[9]

Staten lämnar också statsbidrag öronmärkta för ideella organisationer som bedriver frivilligt arbete inom det sociala området.[10] Områden som omfattas är alkohol och narkotika, utsatta barn och deras familjer, att motverka våld mot kvinnor, att ge stöd till efterlevande personer, att främja en god hälsa i befolkningen (dock inte genom idrotts- och friluftsverksamhet) och att främja utvecklingen av idéburen vård och omsorg. Bidraget beslutas av Socialstyrelsen.

Folkhälsomyndigheten har ett nationellt ansvar för folkhälsofrågor och verkar för en god folkhälsa. Myndigheten fördelar varje år statsbidrag till bland annat ideella organisationer inom ramen för olika regeringsuppdrag.

Kriminalvård är en uppgift för staten. På området finns ett statsbidrag att söka för ideella organisationer som bedriver arbete ägnat åt att främja dömdas återanpassning till samhället[11] och brottsförebyggande arbete. Närliggande är lokalt brottsförebyggande arbete som Brottsförebyggande rådet (BRÅ) ansvarar för. I sådant arbete deltar flera aktörer från det civila samhället tillsammans med kommuner, polis och näringslivet.

Vissa av ovan uppräknade verksamheter är inom områden där kommuner och regioner har det huvudsakliga ansvaret medan andra är ett

[5] Även Polismyndigheten och Kriminalvården har uppgifter på området vilka bedöms som ej aktuella för denna utredning.
[6] Förordning (2016:1364) om statsbidrag till verksamheter för asylsökande m.fl.
[7] 3 § 14 förordningen (2017:868) med länsstyrelseinstruktion.
[8] Lagen (2017:584) om ansvar för etableringsinsatser för vissa nyanlända invandare.
[9] Förordning (2018:119) om statsbidrag till ideella föreningar och stiftelser för att minska och motverka segregation.
[10] Förordning (2011:1062) om statsbidrag till vissa organisationer inom det sociala området m.m.
[11] Förordning (2002:954) om statsbidrag till vissa organisationer inom kriminalvårdens område.

i första hand statligt ansvar. De verksamheter och områden som redogjorts för här bör omfattas av utredningens definition av välfärdstjänster. Detta dels på grund av verksamheternas karaktär, dels eftersom flera idéburna organisationer verkar inom dessa områden.

3.1.3 Upphandlingslagstiftningen

Den 1 januari 2019 trädde nya regler i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft. Då infördes ett särskilt undantag för upphandlande myndigheter att reservera rätten för vissa organisationer att delta i offentlig upphandling exklusivt för vissa uppräknade tjänster som benämns välfärdstjänster.[12] Dessa är:

- Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster. Här ingår tillhandahållande av hemtjänstpersonal, förmedling av vårdpersonal och läkare, arbetskraftstjänster för hushåll, bemanningstjänster för enskilda, tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, tillfällig personal för hushåll och hemtjänst. Socialtjänster består exempelvis av social omsorg och vård (med eller utan inkvartering), äldreomsorg (med eller utan inkvartering), social omsorg för funktionsnedsatta, barn- och ungdomsomsorg, ledsagartjänster, tjänster för dagcenter för äldre men också dagvård för funktionsnedsatta barn och ungdomar samt vägledning och rådgivning.
- Administration inom socialtjänsten samt utbildningsadministration och hälsovårdsförvaltning. Under denna punkt ingår offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster samt undervisnings- och utbildningstjänster.

3.1.4 Tidigare utredningar

I Ägarprövningsutredningens (dir. 2012:131) uppdrag låg att utreda vilka möjliga ytterligare krav än de som redan ställdes, som kunde och borde ställas på de som ägde och drev företag inom välfärdssektorn. De verksamheter som utredningen skulle pröva var företag inom vård, skola och omsorg.

[12] Bilaga 2 a till LOU.

Utredningen om ökad insyn i välfärden (dir. 2015:92) hade i uppdrag att lämna förslag om hur offentlighetsprincipen kan införas i privat utförd offentligt finansierad vård och omsorg, fristående förskolor och fritidshem samt vuxenutbildning, vissa särskilda utbildningsformer i 24 kap. skollagen (2010:800) och annan pedagogisk verksamhet enligt 25 kap. samma lag. Exempel på verksamhet som föll utanför den utredningens uppdrag var tandvård och verksamhet där den ekonomiska ersättningen inte avsåg själva driften av verksamheten. Som ytterligare exempel på verksamhet utanför området angavs förordningen (2007:414) om jobb- och utvecklingsgaranti för att bl.a. anordna arbetsträning eller sysselsättning.[13]

En annan utredning som undersökte begreppet offentligt finansierad verksamhet var Utredningen om meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet (dir. 2012:76). Utredningen menade att det är förenat med stora svårigheter att hitta en heltäckande definition av vad som är offentligt finansierad verksamhet och som kan vara aktuella för ett förstärkt meddelarskydd (SOU 2013:79). Utredningen kom fram till att mer än hälften av finansieringen ska komma från det allmänna för att verksamheten ska anses offentligt finansierad.

Välfärdsutredningen (dir. 2015:22) skulle föreslå hur offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster kan utformas så att vissa angivna värden säkras. De välfärdstjänster som omfattades av Välfärdsutredningens uppdrag var enligt direktiven verksamhet inom skolväsendet och äldreomsorgen samt sådan hälso- och sjukvård som omfattas av hälso- och sjukvårdslagen. Därutöver skulle hem för vård och boende (HVB) ingå och all verksamhet inom socialtjänsten som bedrevs i privat regi liksom all verksamhet kopplad till insatser enligt lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.

I Tillväxtverkets rapport Varför är det så få organisationer i välfärden?[14] omfattar begreppet välfärd endast verksamhet inom vård och omsorg.

Nämnda utredningar och myndigheter har inte behövt avgränsa eller definiera begreppet välfärd. Det har framgått direkt av respektive utrednings direktiv eller myndighets uppdrag, vilka alltså har varierat när det gäller begreppets innebörd.

[13] SOU 2016:62.
[14] Rapport 0142, oktober 2012.

3.1.5 De idéburna organisationernas verksamhet på välfärdsområdet

Idéburna organisationer tillhandahåller en mängd olika tjänster inom social omsorg, på hälso- och sjukvårdsområdet samt inom utbildningsområdet. Även tjänster på arbetsmarknadsområdet och sådana som rör integration tillhandahålls av idéburna organisationer. Här följer exempel på verksamheter som idéburna organisationer bedriver.[15]

Några av de största idéburna organisationer är verksamma inom hälso- och sjukvårdsområdet och vissa driver såväl sjukhus som mottagningar, t.ex. sexualterapeutisk mottagning och mottagning för krigs- och tortyrskadade. Det finns en hel del organisationer som tillhandahåller olika typer av vård och verksamhet för personer med psykisk ohälsa och psykoterapi. Det finns också många idéburna organisationer som bedriver social omsorgsverksamhet. Flera organisationer är verksamma inom äldreomsorgen och tillhandahåller demensvård, korttidsvård, sjukhem samt driver äldreboenden. Gruppbostäder, hem för vård och boende (HVB-hem), daglig verksamhet och annan sysselsättning för människor med funktionshinder, ledsagarservice, familjehemsvård, rehabilitering och habilitering tillhandahålls av idéburna organisationer. Flera idéburna organisationer bedriver verksamhet för människor med missbruksproblem. Det finns också organisationer som ger råd och stöd till enskilda med olika behov, t.ex. till personer med fysisk eller psykisk funktionsnedsättning, personer med olika typer av missbruk och/eller till anhöriga till sådana personer samt till personer i sorg. Verksamhet för hemlösa finns det också flera idéburna organisationer som bedriver. Kvinno-, mans-, ungdoms- och tjejjourer drivs av idéburna organisationer. Det finns även idéburna organisationer som tillhandahåller personlig assistans till funktionsnedsatta.

Många idéburna organisationer verkar på utbildningsområdet och driver såväl förskolor som grund- och gymnasieskolor. Det finns också grund- och gymnasiesärskolor som drivs av idéburna organisationer. Flera organisationer bedriver vidare annan pedagogisk verksamhet som komplement till reglerad utbildning, t.ex. läxhjälp. På utbildningsområdet verkar också folkhögskolorna och studieför-

[15] Uppgifterna är hämtade från organisationernas respektive hemsidor, särskilt Famnas och Forums, samt från en del rapporter som Samverkan med civilsamhället – En kartläggning av hur Sveriges kommuner, landsting och regioner samverkar med civilsamhällets organisationer, Överenskommelsens kansli, juni 2018.

bunden. Även handledning och utbildning av anställda inom hälso-, sjukvård och social omsorg tillhandahålls av idéburna organisationer.

Idéburna organisationer driver verksamhet på arbetsmarknadsområdet, som matchning av arbetssökande, och annan verksamhet som syftar till att hjälpa personer som står långt från arbetsmarknaden till praktik och arbete. Det kan exempelvis vara fråga om arbetsorienterad rehabilitering.

Exempel på verksamheter på integrations- och inkluderingsområdet är projekt där nyanlända eller funktionsnedsatta personer inkluderas genom att delta i aktiviteter som studiecirklar, idrotts- eller kulturaktiviteter anordnade av idéburna organisationer. Språkkaféer och andra typer av mötesplatser drivs för att nyanlända och andra ska lära sig svenska och känna sig delaktiga i samhället. Andra exempel är verksamhet med att stödja avhoppare från gängkriminalitet. Flera typer av verksamheter som drivs av idéburna organisationer riktar sig särskilt till ensamkommande flyktingar. Det finns vidare idéburna organisationer som deltar i verksamhet som syftar till att öka tryggheten för t.ex. barn och unga som vistas i miljöer som anses otrygga.

En stor del av den verksamhet som bedrivs av idéburna organisationer företas inom områdena rekreation och idrott samt inom kulturområdet. Andra områden är miljö, natur och djurskydd samt jämställdhet.

Ett flertal organisationer, vilka benämns frivilliga försvarsorganisationer, bedriver verksamhet som främjar totalförsvaret och som omfattar försvarsupplysning samt rekrytering och utbildning av frivilliga för uppgifter inom totalförsvaret.[16]

3.2 Utredningens avgränsning av begreppet välfärd

Det saknas alltså en allmän definition av begreppet välfärd. Till skillnad från tidigare utredningar pekar denna utrednings direktiv inte ut några specifika områden eller verksamheter. Ovanstående redogörelse visar att vad som anses ingå i begreppen välfärd och välfärdstjänster varierar.

Utgångspunkten för den här aktuella avgränsningen är utredningens uppdrag. Det innebär att begreppet välfärd i denna kontext

[16] Enligt förordningen (1994:524) om frivillig försvarsverksamhet.

bör omfatta de tjänster som de idéburna organisationerna på olika sätt tillhandahåller medborgare på uppdrag av eller med finansiering från det allmänna. Utanför utredningens definition av välfärdsverksamheter hamnar rekreation och idrott samt kultur. Våra direktiv pekar inte ut dessa områden och att inkludera dem skulle innebära att utredningens uppdrag blir avsevärt bredare. Om organisationer inom dessa områden bedriver verksamhet som omfattas av någon av punkterna nedan, till exempel när idrottsföreningar eller kulturföreningar bedriver verksamhet som ska främja integration, kommer däremot den verksamheten att ingå i det utredningen betraktar som välfärdsverksamhet.

Utredningen bedömer vidare att frivillig civilförsvarsverksamhet inte ska omfattas av begreppet välfärd i detta sammanhang. Sådan verksamhet har inte omfattats av tidigare utredningar och de nämns heller inte i våra direktiv. Verksamhet på området är vidare till stor del särskilt reglerad och skiljer sig från annan verksamhet som tillhandahålls av idéburna organisationer inom de områden som vanligen brukar benämnas välfärdsverksamheter. Utredningen bedömer mot bakgrund av ovanstående att i begreppet välfärd ska tjänster inom hälso- och sjukvård samt social omsorg ingå, liksom utbildningstjänster, tjänster som syftar till inkludering och integration samt tjänster på arbetsmarknadsområdet.

Vad som avses med hälso- och sjukvård framgår av hälso- och sjukvårdslagen.

Beträffande social omsorg har utredningen ett vitt perspektiv på sådan verksamhet. Verksamhet som utförs inom ramen för socialtjänstlagen ingår, t.ex. äldreomsorg, hemtjänst och socialpsykiatri men även förebyggande sociala insatser. Verksamhet som utförs på behandlingshem, gruppboenden, härbärgen och liknande boenden ingår i social omsorg liksom verksamhet som riktar sig till funktionsnedsatta, t.ex. personlig assistans, daglig verksamhet, annan sysselsättning för människor med funktionshinder, habilitering, ledsagning och boendestöd. Det innebär att tjänster som utförs inom ramen för lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade ingår i begreppet välfärd.

Med utbildningstjänster avser utredningen tjänster som regleras av skollagen, t.ex. förskolor, fritidshem, och skolor för barn och unga samt kommunal vuxenutbildning. Annan utbildning med kommun, region och statliga myndigheter som huvudman, t.ex. utbildning

inom yrkeshögskolan, universitet och högskolor, omfattas av utredningens definition av välfärd. Vidare ingår den utbildnings- och bildningsverksamhet som folkhögskolorna och studieförbunden bedriver.

Med tjänster inom arbetsmarknadsområdet avses i detta sammanhang: arbetsmarknadsutbildning, arbetsförmedlingstjänster, matchningstjänster, arbetsträning, arbetsorienterad rehabilitering och arbetsintegrerande sociala verksamheter.

Tjänster som syftar till integration och inkludering av människor är sådana tjänster som vare sig är utbildningstjänster eller arbetsmarknadstjänster men som har integrations- och/eller inkluderingssyften, initiativ som samlar myndigheter och idéburna organisationer med integration och inkludering som mål. Det handlar om tjänster som motverkar att människor isoleras eller segregeras. Det kan vara verksamheter som riktar sig till personer eller grupper av personer som av olika skäl har svårt att inkluderas i samhället, exempelvis på grund av funktionsnedsättning eller för att de är nyanlända som ännu inte etablerat sig i samhället. Det kan också handla om t.ex. verksamhet som riktar sig till personer som önskar hoppa av från en kriminell gruppering eller som avser vissa trygghetsskapande åtgärder i t.ex. bostadsområden.

Sammanfattningsvis anser utredningen att följande områden ingår i begreppet välfärd:

- hälso- och sjukvård,
- hälsofrämjande verksamhet,
- sociala omsorgstjänster,
- utbildning, sådan som regleras av skollagen, utbildning och bildning som folkhögskolor och studieförbund genomför samt annan utbildning med kommuner, regioner och statliga myndigheter som huvudman,
- aktiviteter inom arbetsmarknadsområdet, och
- verksamheter som syftar till att öka människors integration och inkludering i samhället samt att motverka segregation och isolering.

Begreppet välfärd har således en vid betydelse i detta sammanhang. Det kan dock uppstå verksamheter inom områden som inte nämns ovan men som bör omfattas av välfärdsbegreppet, vilket kan leda till att detta kan behöva vidgas ytterligare i framtiden. Utredningens avgränsning av begreppet välfärd ska ses mot bakgrund av utredningens uppdrag och utesluter inte att det finns andra betydelser i andra sammanhang. Vissa av utredningens bedömningar av gällande rätt kan även vara av betydelse för områden som faller utanför utredningens avgränsning av välfärd.

4 Idéburen sektor och offentligt finansierad välfärd

Detta kapitel innehåller en översiktlig beskrivning av den idéburna sektorns roll i välfärden. Här finns även redogörelser för tidigare utredningar, tillgänglig statistik och en del centrala begrepp samt målen för politikområdet det civila samhället.

I kapitlet finns också en beskrivning av de olika sätt på vilka det offentliga finansierar välfärdsverksamheter som bedrivs av idéburna organisationer. Kapitlet innehåller också något om konsekvenserna dessa finansieringsformer har för organisationernas möjligheter att bedriva verksamhet. Vidare finns ett avsnitt om hur idéburen välfärd är finansierad i ett antal utvalda EU/EES-länder.

4.1.1 Några centrala begrepp

Nedan följer en beskrivning av en del viktiga begrepp som är vanliga i den bredare diskussionen på området. Det bör noteras att innebörden av begreppen har skiftat över tid och att de har använts på olika sätt i olika sammanhang.

Det civila samhället

Med det civila samhället avses en arena, skild från staten, marknaden och det enskilda hushållet, där människor, grupper och organisationer agerar tillsammans för gemensamma intressen. Inom denna arena verkar organisationer, sammanslutningar och andra aktörer, t.ex. nätverk, som är fristående från såväl, stat, kommun och region som från det privata näringslivet.[1] Det innebär att här ingår bl.a. folk-

[1] Prop. 2009/10:55 s. 28.

rörelserna, trossamfunden, intresseorganisationer, ideella föreningar men också samfällighetsföreningar, bostadsrättsföreningar och tillfälliga nätverk. De politiska partierna anses inte ingå i begreppet det civila samhället. Dessa omfattas dock vanligen av statistiken om det civila samhället.

Det civila samhällets organisationer har en mängd olika associationsformer, men den vanligaste är ideella föreningar. Vidare räknas registrerade trossamfund, vissa ekonomiska föreningar såsom kooperativ, många stiftelser och vissa aktiebolag till det civila samhället. Det finns även kopplingar till marknaden utanför det civila samhället, bl.a. genom att civilsamhällesorganisationer äger dotterbolag, ofta s.k. icke finansiella aktiebolag, och tar emot utdelning från dessa.[2]

I begreppet civila samhällets organisationer ingår dock inte informella nätverk och tillfälliga sammanslutningar.

Ideella organisationer

Ideella organisationer är en del av det civila samhället. Begreppet verkar ofta användas i det närmaste synonymt med begreppet ”det civila samhällets organisationer”.[3] Exempelvis formulerar sig Utredningen för ett stärkt civilsamhälle[4] på följande sätt: Olika former av värdegrunder och organisationernas grundläggande idéer måste ses som centrala element och särdrag i beskrivningen av ideella organisationer. Idéerna är olika beroende på typen av ideell organisation, men gemensamt är att det handlar om engagemang som drivkraft och någon annan idé än att skapa vinst åt medlemmarna. Verksamheten går ofta ut på kollektiv påverkan utifrån den värdegrund som organisationen har. Det finns också en drivkraft att långsiktigt fullfölja sina visioner och detta är överordnat vad som är ekonomiskt fördelaktigt.

I samma utredning används dock begreppet även med en snävare betydelse. Utredningen konstaterar bland annat att frågan om moms på second hand funnit sin lösning genom att riksdagen har beslutat om att undanta ideella organisationers second handförsäljning från

[2] Ibid.
[3] Jfr resonemanget a.a. s. 29.
[4] SOU 2016:13 s. 88.

mervärdesskatt.[5] Detta undantag gäller dock bara för ideella föreningar och registrerade trossamfund.

Begreppet ideella organisationer används i ett antal förordningar om statsbidrag, exempelvis förordningen (2011:1062) om statsbidrag till vissa organisationer inom det sociala området m.m. Vad som avses med en sådan organisation anges dock inte i förordningarna. Ibland verkar det i tillämpningen ske en sammanblandning mellan begreppet ideell organisation och associationsformen ideell förening.

I andra förordningar, som förordningen (2018:119) om statsbidrag till ideella föreningar och stiftelser för att minska och motverka segregation, används inte begreppet ideell organisation utan i stället specificeras associationsformerna på så sätt att bidraget kan gå till ideella föreningar och stiftelser

Idéburna organisationer

Ett annat begrepp som är vanligt förekommande är idéburna organisationer. Uttrycket används på delvis olika sätt i olika sammanhang. Av propositionen En politik för det civila samhället[6] framgår att regeringen ansåg att detta begrepp var något bredare än civilsamhällets organisationer, såsom den sistnämnda termen användes i propositionen. Med det civila samhällets organisationer avsågs alla organisationer som är organiserade utanför offentlig sektor och näringsliv, som inte är vinstdrivande och som har någon form av oegennyttigt uppdrag. Med idéburna organisationer avsågs i propositionen organisationer som har någon form av oegennyttigt uppdrag utan att vara statliga eller kommunala. De idéburna organisationerna kan enligt propositionen, till skillnad från civilsamhällets organisationer, vara vinstdrivande, men vinsten är inte det enda eller dominerande syftet.

Enligt den överenskommelse[7] mellan regeringen, idéburna organisationer inom det sociala området och Sveriges Kommuner och Landsting, SKL, som ingicks hösten 2008 avses med begreppet organisationer inom den ideella sektorn och den kooperativa rörelsen. I de idéburna organisationernas förord till överenskommelsen beskrivs att de frivilligt valt att gå samman kring en idé och värdegrund och att allmännytta eller medlemsnytta är deras främsta drivkraft. Det

[5] SOU 2016:13 s. 217.
[6] Prop. 2009/10:55, s. 30 f.
[7] Skr. 2008/09:207.

avgörande för om en organisation kan kalla sig idéburen är enligt detta förord att eventuella överskott går tillbaka till verksamheten och därmed kommer samhället till godo. Denna definition är alltså något annorlunda än den som används i propositionen ovan, där det anges att organisationerna kan vara vinstdrivande. I februari 2018 har en ny överenskommelse[8] undertecknats som tar sin utgångspunkt i den tidigare överenskommelsen. I den nya överenskommelsen finns ingen motsvarande förklaring av begrepp.

Frivilligt arbete

Med frivilligt arbete avses enligt en rapport från Ersta Sköndal Bräcke högskola och Statistiska centralbyrån (SCB) arbetsuppgifter som utförs obetalt och inom ramen för en ideell organisation i det civila samhället.[9]

Sociala företag

Begreppet social ekonomi eller sociala företag används ofta inom EU och syftar på företag, oberoende av associationsform, för vilka det sociala eller samhälleliga syftet av gemensamt intresse är motivet för verksamheten, vars vinster till större delen återinvesteras i förverkligandet av detta sociala syfte, och vars organisation eller ägandesystem återspeglar uppdraget och utgår från principer om demokrati, medbestämmande eller social rättvisa.[10]

Det sociala företagandet omfattar en heterogen grupp av aktörer och verksamheter som ofta verkar i gränslandet mellan det offentliga, privata och det civila samhället. Det är företag och föreningar verksamma både inom den privata och den idéburna sektorn. Som Tillväxtverket konstaterar i rapporten Finansieringsvägar för sociala företag[11] är det svårt att entydigt definiera vad som är ett socialt företag.

---

[8] Ku2018/00152/D.
[9] Det frivilliga arbetet i Sverige som del av BNP, Ersta Sköndal Bräcke högskola och Statistiska centralbyrån, 2018.
[10] Se t.ex. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, KOM (2011) 682 slutlig.
[11] Finansieringsvägar för sociala företag, Avrapportering av Tillväxtverkets deluppdrag (Dnr Ä2018-257), s. 12–14.

I regeringens strategi för sociala företag[12] benämns dessa som den grupp av företag och föreningar som uppfyller följande karakteristika:

- Det är företag, oberoende av associationsform, där den affärsmässiga verksamheten är ett medel för att uppnå ett eller flera specifika samhällsnyttiga mål, exempelvis minska utanförskap, förbättra klimatet och miljön eller bidra till en tryggare livsmiljö.
- Företagets resultat mäts i relation till uppfyllelsen av de samhällsnyttiga mål som angetts som dess syfte att uppnå.
- Företagets ekonomiska överskott återinvesteras huvudsakligen i verksamheten, alternativt investeras i ett nytt samhällsnyttigt projekt, i stället för att primärt tas ut som vinst genom avkastning till ägarna.

Arbetsintegrerande sociala företag

En särskild form av sociala företag är de arbetsintegrerande sociala företagen. Det finns inte något särskilt regelverk eller någon särskild associationsform för sådana företag. Enligt webbplatsen Sofisam.se, som Tillväxtverket ansvarar för inom regeringsuppdraget för socialt företagande,[13] kan arbetsintegrerande sociala företag (ofta förkortade ASF) definieras på följande sätt.

- De är företag som driver näringsverksamhet, dvs. producerar och säljer varor och/eller tjänster.
- Med övergripande ändamål att integrera människor som har stora svårigheter att få och/eller behålla ett arbete, i arbetsliv och samhälle. Det innebär att företagen försöker skapa nya arbetstillfällen men också att man erbjuder arbetsträning, rehabilitering m.m. för att de som deltar i verksamheten ska kunna få arbete hos andra arbetsgivare.
- Som skapar delaktighet för medarbetarna genom ägande, avtal eller på annat väl dokumenterat sätt. Det kan innebära att företaget drivs som ett arbetskooperativ men kan också innebära att

[12] Regeringens strategi för sociala företag – ett hållbart samhälle genom socialt företagande och social innovation (N2018/00710/FF).
[13] N2018/00710/F, även tidigare uppdrag åren 2016 till 2018: A2016/00424/A.

företagets verksamhet organiseras så att alla kan ta del i beslut om företaget och om sin egen utveckling.

– Som i huvudsak återinvesterar sina vinster i den egna eller liknande verksamheter. Det innebär vanligen att vinster (överskott) används till att anställa fler, utveckla verksamheten, erbjuda kompetensutveckling eller för att utveckla nya sociala företag.
– Som är organisatoriskt fristående från offentlig verksamhet. Det innebär att företaget inte har ägare som är kommuner eller andra offentligt ägda organisationer.

4.1.2 Den idéburna sektorns roll i välfärden

Den idéburna sektorn är heterogen. I den ingår såväl små kooperativa förskolor som stora koncerner, vilka kan vara stiftelser där även aktiebolag ingår. Kännetecknande för idéburna organisationer är att de frivilligt valt att gå samman kring en idé och värdegrund, att allmännytta eller medlemsnytta är deras främsta drivkraft samt att eventuella överskott går tillbaka till verksamheten och därmed kommer samhället till godo. Även idéburna verksamheter behöver göra överskott så att de kan fortsätta att bedriva välfärdsverksamhet men även för att kunna utvecklas och växa.

I regeringens skrivelse 2017/18:246 anges att det civila samhället är av central betydelse för demokratin och att det har flera viktiga funktioner i form av bl.a. demokratiskola och röstbärare men även som skapare av samhällsnyttig verksamhet inom olika sektorer.

Andra aspekter som ofta lyfts är att den idéburna sektorn bidrar till utvecklingen av välfärden genom att organisationerna snabbt anpassar och förändrar insatser så att de träffar nya samhällsproblem. En viktig del i detta är organisationernas lokala förankring. Exempel på denna aspekt är idéburna organisationers arbete med flyktingmottagandet och olika integrationsinsatser.

Engagemang i det civila samhällets organisationer anses bidra till ökad social sammanhållning och således minska klyftorna mellan olika grupper. Organisationerna finns ofta representerade i särskilt utsatta områden som ett komplement till offentliga myndigheter. Genom att idéburna organisationer inkluderar individer med egna erfarenheter av olika problem som t.ex. missbruk, hemlöshet, lång-

varig arbetslöshet och funktionsnedsättningar utvecklas arbetsmetoder som är unika och ger resultat.

Idéburna organisationer bidrar till mångfalden och till valfrihet för brukare genom att t.ex. tillhandahålla anpassade eller nischade tjänster. Sådana tjänster är inte alltid intressanta för vinstdrivande organisationer att tillhandahålla.

Organisationerna har ofta en tydlig värdegrund och ideellt syfte som skapar mervärde för brukarna av de tjänster de utför. Denna karaktär hos idéburna organisationer ger deras verksamhet dess särart och särskilda värde i jämförelse med verksamhet som bedrivs i offentlig regi eller av företag.

Idéburna organisationer har också bidragit till innovation genom att ta fram och tillhandahålla nya former av välfärdstjänster. Som exempel på innovationer kan nämnas barnavårdscentraler, folktandvård, kolloverksamhet, studiecirklar och skollunch samt senare tjej- och kvinnojoursverksamhet. På bland annat ovan angivna sätt bidrar idéburna organisationer till välfärdsstatens utveckling.

4.1.3 Målen för det civila samhället

Politikområdet för det civila samhället omfattar generella frågor om det civila samhället och dess villkor, bl.a. möjligheter att bilda organisationer, att få statligt stöd, att bedriva ideell verksamhet och att göra människor delaktiga. Vidare omfattas organisationernas samverkan med den offentliga sektorn genom dialog och samråd. Området omfattar också forskning samt annan kunskapsutveckling om det civila samhällets omfattning, roll, sammansättning, verksamhet och utveckling samt bidrag till idrotten, allmänna samlingslokaler, kvinnors organisering, friluftsorganisationer och riksdagspartiers kvinnoorganisationer.[14]

Målen fastställdes av riksdagen genom beslut om propositionen En politik för det civila samhället.[15] Enligt propositionen ska målet för politiken vara att villkoren för det civila samhället som en central del av demokratin förbättras. Detta ska ske i dialog med det civila samhällets organisationer genom att:

[14] Budgetpropositionen för 2019 (prop. 2018/19:1), utgiftsområde 17, s. 143.
[15] Riksdagsskrivelse 2009/10:195.

- utveckla det civila samhällets möjligheter att göra människor delaktiga utifrån engagemanget och viljan att påverka den egna livssituationen eller samhället i stort,
- stärka förutsättningarna för det civila samhället att bidra till samhällsutvecklingen och välfärden både som röstbärare och opinionsbildare och med en mångfald av verksamheter, och
- fördjupa och sprida kunskapen om det civila samhället.

Överenskommelser och strukturerad dialog med civilsamhället är ett sätt för regeringen att arbeta med målet. Regeringen slöt som tidigare nämnts under 2018 en ny överenskommelse med organisationer som samlar riksorganisationer inom det civila samhället. Överenskommelsen tar sin utgångspunkt i den tidigare gällande från 2008.[16] Den nya överenskommelsen är bredare då den omfattar fler områden än det sociala området. Den struktur för samverkan mellan regeringen och det civila samhället som ansvarar för överenskommelsen benämns numera NOD, Nationellt organ för dialog och samråd mellan regeringen och det civila samhället. NOD består av en styrgrupp och ett kansli, samt de organisationer som valt att ansluta till strukturen.

4.1.4 Tidigare utredningar

Detta avsnitt innehåller redogörelse för några tidigare utredningar vars uppdrag rört civilsamhället.

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle

Utredningen hade i uppdrag[17] att undersöka möjligheterna att på olika sätt underlätta för det civila samhällets organisationer att bedriva sin verksamhet, att utvecklas och att därigenom bidra till demokrati, välfärd, folkhälsa, gemenskap och social sammanhållning. Uppdraget omfattade att analysera och bedöma om organisationernas särart och ställning i förhållande till nationell lagstiftning och EU-rätt kan och bör utvecklas eller tydliggöras. Utredningen skulle också lämna förslag till hur organisationernas möjligheter att delta i offentlig upp-

[16] Ku2018/0015/D.
[17] Dir. 2014:40, tilläggsdirektiv 2015:38.

handling kan förbättras. I uppdraget ingick också att undersöka behovet av ett samlat administrativt stöd till det civila samhällets organisationer.

En viktig utgångspunkt för utredningen var att öka frihetsgraden hos det civila samhällets organisationer och att dess särart ska bevaras.[18]

Utredningen ansåg att konsekvenser för ideella organisationer av nya regler bör analyseras och redovisas tidigt för att kunna utgöra underlag för politikens utformning och åtgärder. Därför föreslog utredningen att om ett förslag i ett betänkande har betydelse för villkoren för det civila samhällets organisationer ska detta redovisas särskilt. Tillväxtverket föreslogs få i uppdrag att i sin årliga uppföljning av förenklingsarbetet på vissa myndigheter efterfråga åtgärder avsedda att förenkla för civilsamhällets organisationer.

Vidare betonade utredningen vikten av samråd och kontakt mellan statliga myndigheter och civilsamhället och föreslog att statliga myndigheter årligen ska rapportera sådana kontakter och samråd till riksdagen. Myndighetsförordningen (2007:515) föreslogs förtydligas med att myndigheter ska ha en skyldighet att samarbeta med civila samhällets organisationer när det är relevant.

Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor, MUCF, föreslogs bl.a. få ett uppdrag att arbeta med kompetenshöjande insatser gentemot statliga myndigheter, kommuner och landsting i frågor som rör civilsamhället. Utredningen föreslog också att MUCF skulle få i uppdrag att utveckla och samordna strukturen på statliga myndigheters information till civilsamhället på sina webbplatser.

Även en översyn av kriterierna för stöd ur allmänna arvsfonden föreslogs.

Utredningen konstaterade att civilsamhällets organisationer upplever svårigheter vid deltagande i offentlig upphandling. Här lyftes bl.a. svårigheten att få de särskilda mervärden som ideella organisationer står för värderade inom en upphandling och kunskapsbrister hos myndigheter för sektorns särart och speciella förutsättningar. Utredningen föreslog därför att upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde och som saknar ett gränsöverskridande intresse inte skulle omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling. Möjligheten att reservera deltagandet i upphandling av vissa tjänster för vissa typer av organisationer borde också genomföras i upphandlingslagstift-

[18] SOU 2016:13.

ningen ansåg utredningen. Utredningen föreslog även att Upphandlingsmyndigheten skulle få i uppdrag att utarbeta vägledningar i syfte att öka civilsamhällets organisationers deltagande i offentliga upphandlingar.

Utredningen lyfte vidare fram samverkansformen idéburet offentligt partnerskap som en modell som underlättar för vissa verksamhetsområden inom det civila samhället. Utredningen lämnade dock inga förslag rörande samverkansformen utan konstaterade att rättsläget är oklart och att varje partnerskap därför måste bedömas för sig så att de inte strider mot upphandlings- eller statsstödsreglerna. Om regler infördes för att undanta upphandlingar med värden under tröskelvärdena skulle enligt utredningen möjligheterna till att träffa sådana överenskommelser öka.

Utredningen överlämnade sina förslag i februari 2016. Regeringen delade utredningens bild av behovet av ökad kunskap om civilsamhället men ansåg att flera av förslagen kunde mötas med insatser inom redan etablerade strukturer eller inom ramen för befintliga myndighetsuppdrag.[19] Flera av förslagen bedömdes kunna mötas med olika former av samlade åtgärder, som t.ex. i ett breddat kunskapsuppdrag till MUCF och ökat anslag till myndigheten. Regeringen föreslog vidare stärkta resurser till organisationer i det civila samhället för verksamhet riktad till asylsökande och nyanlända, förstärkt stöd till allmänna samlingslokaler, förstärkning av det civila samhällets verksamhet i områden med socioekonomiska utmaningar samt bidrag för det civila samhällets arbete mot hot och hat och för säkerhetshöjande åtgärder m.m. Regeringen tillsatte även en utredning för att se över och analysera vissa frågor som rör Allmänna arvsfondens verksamhet.[20]

Riksdagen beslutade enligt regeringens förslag att öka insatserna för främjande av socialt företagande från 2018 och framåt i form av ökade medel. Tillväxtverket och Verket för innovationssystem, Vinnova, fick varsitt uppdrag att genomföra en satsning under perioden 2018–2020 i syfte att stödja utvecklingen av socialt företagande. Regeringen beslutade också att tillsätta denna utredning.

[19] Skr. 2017/18:246 s. 16.
[20] SOU 2018:70, har remissbehandlats.

Välfärdsutredningen

I Välfärdsutredningens uppdrag[21] ingick att föreslå ett nytt regelverk för offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster i syfte att säkerställa att offentliga medel används till den verksamhet de är avsedda för. Utredningens uppdrag omfattade även att analysera och se över de regelverk som används när privata aktörer anförtros att utföra välfärdstjänster, dvs. upphandlingsregelverket samt lagen om valfrihetssystem. Översynen syftade till att lämna förslag om hur regelverket kan förenklas samt hur de kan ändras för att förbättra förutsättningarna för idéburna aktörer.[22] Utredningen skulle också analysera hur olika kvalitetsmått kan användas på ett strategiskt sätt vid exempelvis upphandling och uppföljning av välfärdstjänster och vilken statistik och annan information som behöver finnas på olika välfärdsområden.

Utredningen hade vidare i uppdrag att utreda om kapitalförsörjningsproblem kan utgöra ett inträdes- eller tillväxthinder för idéburna aktörer. Frågor som berör öppenhet och insyn beträffande hur offentliga medel används samt prövning av de privata aktörernas ägare och ledning skulle också analyseras.

Utredningen överlämnade betänkandet *Ordning och reda i välfärden* (SOU 2016:78) i november 2016. I betänkandet lämnades följande förslag och redogörelser relevanta för denna utredning.

Utredningen fann inte att idéburna organisationer har större problem med kapitalförsörjning än andra organisationer. Att de idéburna organisationernas andel av välfärdsproduktionen inte har vuxit under de senaste decennierna har enligt utredningen andra orsaker. En orsak kan vara att många idéburna verksamheter saknar intresse att växa, en annan att organisationerna är obenägna att ta risker och därmed finansiera expansion genom banklån. Kapitalbehovet på välfärdsområdet ansåg dock utredningen vara relativt lågt. Utredningen menade att den idéburna sektorns ringa andel av välfärdsverksamhet torde ha historiska orsaker och bero på framväxten av välfärdssystemen.[23]

---

[21] Dir. 2015:22 och tilläggsdirektiv 2015:100 samt 2015:108.

[22] Notera att utredningen till skillnad från andra utredningar, rapporter och skrivelser har utgått från begreppet idéburna aktörer.

[23] Flera remissinstanser, bl.a. Forum, Famna, Coompanion och Arbetsgivarföreningen KFO, var kritiska mot dessa slutsatser. Kapitalbehovet är enligt dessa inte ringa och påståendet att idéburna aktörer inte vill växa stämmer inte heller enligt dem.

Utredningen lämnade ett antal förslag som syftar till att i högre grad ta vara på det EU-rättsliga utrymme som finns för att skapa ett mer flexibelt regelverk för upphandlingar av välfärdstjänster. Utredningen föreslog bland annat att upphandlingar av vissa sociala tjänster, som benämndes välfärdstjänster, vars värde understiger EU:s tröskelvärde om 750 000 euro inte skulle omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling såvida upphandlingen inte hade ett bestämt gränsöverskridande intresse.[24] Utredningen bedömde att det inte är möjligt att i en upphandling generellt ställa krav på att endast idéburna aktörer ska tilldelas kontrakt. Däremot bedömde utredningen att det under vissa förutsättningar kan vara möjligt att ställa krav på de aktörer som deltar i en upphandling att återinvestera eventuell vinst i verksamheten. Möjligheten som finns i upphandlingsdirektiven att reservera deltagandet i upphandlingar för vissa organisationer föreslogs införas i den svenska upphandlingslagstiftningen. Förslagen har delvis genomförts genom lagändring i lagen om offentlig upphandling som trädde i kraft 1 januari 2019.[25]

Utredningen föreslog även en ny lag om valfrihetssystem med avsikt att den tydligare ska följa svenska förvaltningsrättsliga principer. Eftersom utredningen bedömde att valfrihetssystem inte är en form av upphandling utan utgör auktorisationssystem behöver lagen inte anpassas till det upphandlingsrättsliga regelverket. Utredningen bedömde även att det under vissa förutsättningar är rättsligt möjligt att reservera ett valfrihetssystem enbart för idéburna aktörer. Förslagen har ännu inte genomförts.

Med hänsyn till att förutsättningarna för idéburna offentliga partnerskap varierar såväl avseende samarbetsformer som verksamheter var det enligt välfärdsutredningens bedömning inte möjligt att föreslå lagstiftning på området. Utredningen ansåg dock att det finns unika kvaliteter som samverkansformen bidrar med och som bättre bör tas tillvara. Utredningen föreslog därför att Upphandlingsmyndigheten och MUCF skulle få i uppdrag att gemensamt utarbeta en vägledning för hur samverkan mellan det offentliga och idéburna organisationer kan utvecklas genom ingående av idéburna offentliga partnerskap. Uppdraget föreslogs genomföras i samråd med relevanta aktörer såsom SKL och civilsamhällets organisationer. Vidare före-

[24] Även Förenklingsutredningen har i SOU 2018:44 överlämnat liknande förslag, juni 2018. Dessa har remissbehandlats och bereds för närvarande i regeringskansliet. Se avsnitt 8.2.2.
[25] Prop. 2017/18:158, avsnitt 6 och 7.

slog utredningen att Upphandlingsmyndigheten skulle få i uppdrag att arbeta med informationsinsatser gentemot kommuner och regioner i frågor som rör möjligheterna till samverkan med idéburen sektor, samt möjligheterna att underlätta för dessa aktörer som utförare av välfärdstjänster. Även detta uppdrag föreslogs genomföras i samråd med MUCF och SKL. Förslagen har inte lett till regeringsuppdrag till de utpekade myndigheterna.

Slutbetänkandet *Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning* (SOU 2017:38) innehöll bl.a. följande förslag och bedömningar.

Utredningen pekade på att idéburna aktörer som drivs utan vinstintresse fyller en viktig roll i välfärden. För att göra deras roll tydligare föreslogs Statens skolverk och Socialstyrelsen få i uppdrag att presentera sin statistik uppdelad så att idéburna aktörer redovisas särskilt. Statistiska centralbyrån (SCB) föreslogs få i uppdrag att kvalitetssäkra den befintliga statistiken. Vidare ansåg utredningen att det bör övervägas om idéburna aktörer ska kunna medges undantag från olika regelverk. Ska undantag vara möjliga menade utredningen att det krävs en rättssäker definition av vilka aktörer som ska omfattas. En utredning föreslogs därför tillsättas för att analysera förutsättningarna för detta, vilket alltså skedde i juni 2018. SCB fick ett uppdrag av regeringen att kvalitetssäkra statistiken och vissa åtgärder har vidtagits.

Demokrativillkorsutredningen

Utredningens huvudsakliga uppdrag[26] var att se över demokrativillkoren i statsbidragsförordningarna. Syftet var att säkerställa att bidragen fördelas till verksamheter förenliga med samhällets grundläggande värderingar såsom de är formulerade i regeringsformen och i de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter. Utredningen överlämnade sina förslag i maj 2019.[27]

Den statliga bidragsgivningen till det civila samhället är enligt utredningen omfattande och svåröverblickbar. Av utredningens kartläggning framgår att ungefär hälften av förordningarna om statsbidrag innehåller någon form av demokrativillkor men få har villkor som

[26] Dir. 2018:19.
[27] SOU 2019:35.

rör den mottagande organisationens syfte. De demokrativillkor som ställs i förordningar är otydligt formulerade. Det saknas också vägledning för hur de ska tillämpas. Utredningen menade att kan leda till att myndigheterna har fått ett alltför stort tolkningsutrymme vilket kan leda till konsekvenser för rättssäkerheten. Utredningen lämnade förslag till ett förtydligat och enhetligt demokrativillkor för den statliga bidragsgivningen.

Bidrag ska enligt förslaget inte få lämnas till en organisation om den eller någon av dess företrädare, inom ramen för verksamheten,

1. utövar våld, tvång eller hot eller på annat otillbörligt sätt kränker den enskildes grundläggande fri- och rättigheter,
2. diskriminerar eller på annat sätt bryter mot principen om alla människors lika värde,
3. rättfärdigar, främjar eller uppmanar till sådana ageranden som anges i 1 eller 2, eller
4. motarbetar det demokratiska styrelseskicket.

Enligt utredningens förslag ska likalydande demokrativillkor införas i de statsbidragsförordningar som huvudsakligen riktar sig till det civila samhällets organisationer. Eftersom flera statsbidrag till det civila samhällets organisationer utgår på andra sätt än enligt förordningar föreslog utredningen att en särskild förordning med demokrativillkor ska tillämpas när statsbidrag fördelas genom t.ex. ramavtal, regleringsbrev eller särskilda regeringsbeslut. I den särskilda förordningen anges bl.a. att med en organisation inom det civila samhället avses en organisation som är organiserad utanför offentlig sektor och näringsliv, som inte är vinstdrivande och som har någon form av oegennyttigt uppdrag.

Utredningen föreslog att MUCF ska få i uppdrag att stödja de bidragsgivande myndigheterna i tillämpningen av demokrativillkor. Vidare föreslog utredningen att myndigheter alltid ska kunna besluta om att ett beviljat bidrag inte ska betalas ut om en organisation bedöms inte uppfylla bidragsvillkoren. En bestämmelse om återkallelse av beslut om bidrag föreslogs införas i förordningar om statsbidrag som saknar sådana bestämmelser.

Utredningen tog också fram ett stödmaterial för att stödja handläggare vid tillämpningen av demokrativillkoret.[28] Vägledningen bygger på de analyser och förslag som utredningen presenterat i sitt slutbetänkande. Även kommuner och regioner kan använda materialet.

Betänkandet har sänts ut på remiss men förslagen har ännu inte genomförts vid tiden för överlämnandet av detta betänkande.

4.1.5 Tillgänglig statistik

Någon samlad statistik för idéburna organisationer i välfärden finns inte. Nedan följer en redogörelse för tillgänglig statistik på området.

Statistiska Centralbyrån (SCB) och annan statistik om det civila samhället

Någon särskild statistik för idéburna organisationer i välfärden för inte SCB. SCB har dock sedan 2010 haft regeringens uppdrag att ta fram statistik för det civila samhället.[29] Myndigheten har i uppdrag att öka och säkerställa kvaliteten i statistikunderlaget bl.a. genom att samordna och utveckla berörda statistikdatabaser samt årligen redovisa statistik som beskriver den ekonomiska relationen mellan den offentliga sektorn och det civila samhällets organisationer. SCB har utgått från FN:s nationalräkenskapssystem och dess definition av ”non-profit institutions” (NPI) när det bestämts vilka organisationer som ska ingå i det civila samhället, se avsnitt 5.2.1. I begreppet civila samhället ingår därför de idéburna organisationerna som en delmängd tillsammans med bl.a. arbetslöshetskassor, bostadsrättsföreningar, kooperativa hyresrättsföreningar och samfällighetsföreningar. Även organisationer ägda av staten, kommuner och regioner ingår i statistiken. Däremot ingår inte brukarkooperativ. SCB anger i sin senaste rapport att statistiksammanställningen om det civila samhället är under uppbyggnad och att den kan komma att utvecklas framöver.[30] Vidare anger SCB att statistiken ska tolkas med stor för-

[28] Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället Vägledning för handläggare, Stödmaterial till betänkande av Demokrativillkorsutredningen, Stockholm 2019, SOU 2019:35.
[29] IJ2010/00137.
[30] Det civila samhället 2016 – satelliträkenskaper, SCB Avdelningen för ekonomisk statistik, rapport, december 2018.

siktighet eftersom undersökningen inte är dimensionerad för att producera skattningar med hög kvalitet på en detaljerad nivå.[31] SCB genomförde under våren 2018 ett arbete med att förbättra och göra statistiken mer tillgänglig. Vidare utreddes klassificeringen av organisationer inom det civila samhället.[32]

Enligt SCB:s statistik var det civila samhällets bidrag till BNP 3,1 procent för år 2016 vilket är samma andel som för år 2015. Betalningar från offentlig förvaltning stod enligt SCB för 33 miljarder av produktionen vilken uppgick till 234,6 miljarder kronor.[33] Mest omfattande verksamhet bedrevs inom bostäder, social och samhällelig utveckling med en total produktion om 87,9 miljarder kronor. Där stod dock den offentliga sektorn endast för 0,8 miljarder kronor. Verksamheten där det offentliga stod för störst belopp var inom utbildning och forskning, totalt 12,8 miljarder kronor för 2016 vilket kan jämföras med den totala produktionen som var 18,7 miljarder kronor det aktuella året.

Det fanns totalt 251 000 organisationer i det civila samhället varav cirka 95 000 var ekonomiskt aktiva under 2016. Totalt antal förvärvsarbetande inom det civila samhället år 2016 var knappt 190 000 personer vilket motsvarar 3,9 procent av det totala antalet förvärvsarbetande i Sverige. Majoriteten av dessa, 60 procent, var kvinnor. Som jämförelse kan noteras att när det gäller det frivilliga, eller ideella, arbetet så bidrog män med 57,7 procent medan kvinnor bidrog med 42,3 procent av det beräknade monetära värdet år 2014.[34]

Kommunerna lämnade enligt SCB:s satelliträkenskaper bidrag om 4,6 miljarder kronor till ideella föreningar och stiftelser år 2016. Jämfört med 2016 var det en ökning med knappt 300 miljoner kronor. Den största posten avsåg bidrag till fritidsverksamhet med cirka 1,8 miljarder kronor. Kulturverksamhet erhöll nästan 1 miljard kronor, därefter ”övrigt” med drygt 700 miljoner kronor. Vård och omsorg fick bidrag med knappt 600 miljoner kronor 2016.

Regionerna lämnade cirka 2,3 miljarder kronor i bidrag till ideella föreningar och stiftelser år 2016. Den största enskilda posten avsåg kultur med 1,4 miljarder kronor.

---

[31] A.a., s. 39.
[32] Skr. 2017/18:246, s. 21. Arbetet var klart 1 maj respektive 29 juni 2018 och har avrapporterats.
[33] Begreppet betalningar omfattar både köp av tjänster och andra transfereringar, dvs. bidrag.
[34] Det frivilliga arbetet i Sverige som del av BNP, Ersta Sköndal Bräcke högskola och Statistiska centralbyrån, 2018.

Statsbidrag om sammanlagt cirka 21,3 miljarder kronor fördelades till det civila samhällets organisationer under 2018.[35] Det är 7 miljarder kronor mer än vad som redovisades för 2017.

Vanliga associationsformer

I gruppen det civila samhället ingår enligt SCB:s statistik formaliserade organisationer, dvs. inte tillfälliga nätverk o dyl. Den vanligaste associationsformen är ideell förening. Ungefär 63 procent av det civila samhället bestod av ideella föreningar 2016. Av dessa var drygt 49 000 ekonomiskt aktiva. Några stora organisationer som Ersta diakoni och Skyddsvärnet – anno 1910 har denna organisationsform. En annan vanlig associationsform är stiftelser. Under 2016 fanns det knappt 12 000 registrerade stiftelser och fonder med ekonomisk aktivitet. Exempel på aktörer som är organiserade i stiftelser är Bräcke diakoni, Stiftelsen Stockholms Sjukhem och Stiftelsen Danviks Hospital. Vidare fanns det 972 registrerade trossamfund med ekonomisk aktivitet 2016. Det finns även aktiebolag inom det civila samhället. Under 2016 fanns det drygt 2 000 aktiebolag i SCB:s statistikdatabas för det civila samhället. Ett flertal ekonomiska föreningar, drygt 1 800 stycken var ekonomiskt aktiva under 2016.

[35] Prop. 2019/20:1, utgiftsområde 17, avsnitt 15.4.2.

Tabell 4.1 Antal organisationer i civila samhället efter juridisk form 2016

Associationsform	Organisationer med ekonomisk aktivitet	Totalt antal organisationer
Ideella föreningar	49 204	156 845
Stiftelser och fonder	11 818	22 440
Övriga aktiebolag	2 025	2 390
Ekonomiska föreningar	1 827	2 237
Registrerade trossamfund	972	2 372
Övriga juridiska former[36]	214	1 328

Källa: Företagsdatabasen (FDB), Registerbaserad arbetsmarknadsstatistik (RAMS), företagens ekonomi, Organisationers ekonomi, Ekonomisk redogörelse för Svenska kyrkan.

Uppgifter från de idéburna organisationerna

Omsättningen hos organisationen Famnas medlemmar[37] uppgick till totalt 7 745 miljoner kronor år 2017.[38] Detta var en ökning med 3,44 procent. Den största intäktskällan för Famnas medlemmar utgörs av ersättning för utförda tjänster åt kommuner och regioner. Ersättning från offentlig sektor för utförda tjänster uppgick enligt Famnas mätning till 6 227 miljoner kronor, eller 83 procent för år 2017. Det är en ökning med knappt 200 miljoner kronor sedan 2016. Bidrag utgjorde 6,2 procent av intäkterna. En del idéburna organisationer får också gåvor från privatpersoner och företag. För Famnas medlemmar, varav Röda korset är en, uppgår intäkter som erhålls från gåvor till 3,6 procent. Kategorin ”övriga intäkter” stod för 7,2 procent av medlemmarnas intäkter. Det sammanlagda antalet heltidsarbeten uppgick till 9 111 personer under 2017 varav cirka 75 procent var kvinnor. I styrelserna är posterna jämnt fördelade mellan kvinnor och män.

Arbetsgivarföreningen KFO anger att 4,5 procent av arbetskraften i Sverige är anställda i kooperativa och idéburna företag och i civilsamhällets organisationer.[39] Som jämförelse nämner KFO att inom Europa är 6,5 procent, eller 13,6 miljoner människor anställda av civilsamhällesorganisationer.

[36] Med övriga avses andra former än de uppräknade och inte heller samfällighetsföreningar, bostadsrättsföreningar, kooperativa hyresrättsföreningar, offentliga korporationer och anstalter, arbetslöshetskassor eller understödsföreningar och försäkringsföreningar.
[37] Famna, riksorganisationen för idéburen välfärd. Organisationen hade ett åttiotal medlemmar 2018 av varierande storlek.
[38] Tillväxtrapport 2018, Famna.
[39] Enligt uppgifter på www.kfo.se

Statistik från Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket

Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket presenterar sedan några år statistik om offentlig upphandling och andra utbetalningar av offentliga medel. Den senaste rör huvudsakligen år 2017 men vissa uppgifter året före. Värdet av de upphandlingspliktiga inköpen uppskattades till cirka 683 miljarder kronor för 2016, vilket motsvarar drygt en sjättedel av BNP.[40] Värdet är exklusive mervärdesskatt. Rapporten innehåller ett särskilt avsnitt om idéburna organisationers deltagande i den offentliga upphandlingen. Statistiken är baserad på Statistiska Centralbyråns (SCB) definition av det civila samhället men i rapporten alltså benämnd idéburen sektor. Dessa två begrepp är enligt myndigheternas rapport synonyma. Statistiken utgår från juridisk form och omfattar vissa ideella föreningar, trossamfund, samfällighetsföreningar, stiftelser och fonder, aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (SVB), aktiebolag och ekonomiska föreningar inom vissa utpekade sektorer, arbetsintegrerade sociala företag enligt Tillväxtverkets definition och organisationer med 90-konton enligt Svensk Insamlingskontroll. Analysen utgår från organisationsnummer vilket innebär att eventuella koncernrelationer inte fångas upp. Det bör noteras att i denna grupp av organisationer ingår bostadsrättsföreningar, kooperativa hyresrättsföreningar och samfällighetsföreningar. Sådana föreningar deltar dock inte i offentliga upphandlingar vilket innebär att de inte torde påverka statistiken.

Av rapporten framgår att drygt 198 organisationer som lämnade anbud 2017 anses tillhöra kategorin idéburna organisationer. Dessa organisationer stod tillsammans för 421 anbud, 2,2 anbud var, vilket kan jämföras med 3,7 anbud i genomsnitt för övriga organisationer. Av lämnade anbud från idéburna organisationer kontrakterades 66 procent. Det kan jämföras med 46 procent för övriga organisationer. Som jämförelse fanns det totalt 14 725 anbudsgivare vilka lämnade 53 895 anbud totalt för året. 95 procent av alla anbudsgivare var aktiebolag. Andelen anbud från idéburna uppgick till strax under 1 procent av alla anbud som inkom 2017.

Statistiken innehåller också uppgifter om utbetalningar till olika typer av organisationer. Utbetalningarna hänför sig inte endast till inköp utan i beloppen ingår även andra ersättningar och transferer-

[40] Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2, Konkurrensverkets rapport 2018:9.

ingar, dvs. olika typer av bidrag. Det är sannolikt att en betydande del av de utbetalade beloppen avser utbetalningar som *inte* utgör betalningar enligt upphandlade avtal.

Nära 38 500 idéburna organisationer, eller 18 procent av samtliga mottagare, fick ta emot 21,7 miljarder kronor, motsvarande 3 procent av utbetalade belopp 2017. Stora mottagare av utbetalda medel var under 2017 t.ex. Ideella föreningen Ersta diakonisälskap, Stiftelsen Bräcke diakoni och Stiftelsen Stockholms Sjukhem. Av statistiken framgår att drygt 170 miljarder kronor, eller 22 procent, betalades ut 2016 till privata och offentliga organisationer för vård och omsorg samt sociala tjänster. Drygt 60 procent av utbetalningarna gjordes till offentliga organisationer.

Ett arbete med att förbättra statistiken på upphandlingsområdet har pågått en tid. Den 1 juli 2020 träder en ny lag om upphandlingsstatistik i kraft som innebär att uppgifter hämtas ur annonser om upphandlingar och om genomförda upphandlingar.[41] En myndighet får i uppdrag att ansvara för statistiken, sammanställa den och göra statistiken allmänt tillgänglig. En nationell statistikdatabas för upphandlingar ska skapas. Den nya lagen innebär att staten får ett bättre beslutsunderlag samt ökade möjligheter till styrning och uppföljning. Lagen bedöms även leda till att Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket får ett bättre beslutsunderlag och möjligheter att allokera sina resurser för stöd och tillsyn.

4.2 Offentlig finansiering av välfärdsverksamheter som bedrivs av idéburna organisationer

Det finns olika sätt på vilka det offentliga finansierar välfärdsverksamheter som bedrivs av idéburna organisationer. Vissa finansieras med bidrag och andra subventioner samt särskilda ersättningssystem, andra upphandlas eller ingår i valfrihetssystem. Det finns även olika slags samverkansformer mellan den offentliga och den idéburna sektorn.

[41] Prop. 2018/19:142 Statistik på upphandlingsområdet.

4.2.1 Bidrag, stöd och andra subventioner

Ofta används begreppen bidrag och stöd för att beskriva samma företeelse. Begreppet bidragsgivning rör en rent finansiell transaktion medan begreppet stöd i regel är vidare. Ett stöd eller en subvention kan omfatta såväl bidrag som skattelättnader, kunskapsstöd eller att en organisation får nyttja vissa tjänster eller infrastruktur gratis eller till ett rabatterat pris, se nedan under rubriken Subventioner. Bidrag brukar i sig delas upp i generella och riktade bidrag. Organisations- och föreningsbidrag är generella och mer långsiktiga medan verksamhets- och projektbidrag är riktade bidrag som ofta avser kortare insatser.[42] Någon riktig samstämmighet råder dock inte utan ett bidrag kan kallas projektbidrag men innehållsmässigt vara något annat. Bidrag, stöd och andra subventioner ges av kommuner och regioner men även av staten. Bidrag kan även delas upp i rättighetsbaserade bidrag och bidrag baserade på frivillighet. De förstnämnda tillkommer i regel enskilda som exempelvis barnbidrag och bostadsbidrag. Frivilliga bidrag delas ut i mån av medel.

Regeringens inriktning för hanteringen av statsbidrag är att den ska vara långsiktig, förutsebar och rättssäker. Målet är vidare att villkoren för organisationsbidragen ska vara enhetliga och att bidragssystemen inte ska utsättas för alltför snabba förändringar.[43]

Utformningen av statens bidragsgivning har varit föremål för ett flertal utredningar och promemorior de senaste åren. I propositionen En politik för det civila samhället bedömde regeringen att de generella bidragen, dvs. organisations- och verksamhetsbidrag, borde öka och de mer riktade och styrda bidragen, verksamhets- och projektbidragen, därmed minskas med motsvarande summa.[44] Skälet till detta är att omfattande och detaljerade villkor vid bidragsgivning kan leda till en alltför hög grad av statlig styrning av det civila samhällets idéer och verksamhet. Det är därför, enligt regeringen, av vikt att säkerställa att inte självständigheten och oberoendet för det civila samhällets organisationer påverkas. Samtidigt påpekar regeringen att det är viktigt att offentliga medel inte kommer organisationer som bedriver verksamhet som står i strid med samhällets grundläggande värderingar och principer till del. Det finns också en departements-

[42] Se t.ex. Skr. 2017/18:246, s. 22.
[43] A.a.
[44] Prop. 2009/10:55 s. 138.

skrivelse i regeringskansliet vilken bl.a. innehåller förslag om hur myndigheter ska kunna besluta om bidrag för fler än ett år i taget.[45]

Det finns flera bidragsförordningar och kommunala stödformer som endast riktar sig till civilsamhällesorganisationer. Drygt 40 statliga myndigheter och andra aktörer med förvaltningsuppgifter fördelar statsbidrag till civilsamhällesorganisationer. Bland dessa kan nämnas MUCF, Socialstyrelsen, länsstyrelserna, Naturvårdsverket, Folkhälsomyndigheten, Tillväxtverket, Kriminalvården och Migrationsverket. I regel är det en förordning som ligger till grund för bidragen och myndigheternas regleringsbrev innehåller instruktioner rörande bidragsgivningen. Andra bidrag grundar sig på ett regeringsbeslut eller framgår endast av myndighetens regleringsbrev.[46] Vissa bidragsförordningar innehåller bestämmelser om flera olika stödformer t.ex. både organisation- och verksamhetsbidrag medan andra innehåller endast en av bidragsformerna. Regeringens intention är att statsbidrag ska grunda sig på en förordning.[47] Regeringen beslutar om sådana förordningar med stöd av 8 kap. 7 § första stycket 2 regeringsformen, den s.k. restkompetensen. Det finns också några organisationer som har i uppdrag att fördela statliga bidrag, t.ex. Folkbildningsrådet och Studieförbundet SISU Idrottsutbildarna.

Det finns även möjligheter för idéburna organisationer att söka bidrag enligt förordningar som inte är riktade direkt till dem. Vinnova utlyser med jämna mellanrum stöd som idéburna organisationer verksamma inom hälso- och sjukvård kan söka. Vinnova har sedan en tid ett särskilt program som innehåller stöd som riktar sig mot sociala företag, vilka också kan vara idéburna organisationer. Arbetsförmedlingen och Tillväxtverket är andra exempel på bidragsgivare.

Det är vanligt att statsbidragen är möjliga att söka under en viss given period enligt ett ansökningsformulär hos den ansvariga myndigheten. De organisationer som uppfyller villkoren får sedan ofta dela på medlen. Varje myndighet ansvarar för att följa upp de bidrag de ger men hur uppföljningen genomförs och rapporteras skiljer sig åt. Myndigheterna informerar om statsbidragen på olika sätt t.ex. på sina respektive webbsidor, på seminarium och konferenser organiserade av myndigheten eller av andra.

---

[45] Ds 2018:13 avsnitt 6.
[46] Se t.ex. Folkhälsomyndighetens regleringsbrev för 2018 som innehåller bägge dessa olika former.
[47] Skr. 2017/18:246 s. 23.

Hur kommunerna och regionerna har organiserat bidragsgivningen varierar. Detsamma gäller uppföljning av om bidragen kommit rätt organisation eller verksamhet till del. Flera kommuner och regioner har tagit fram policys eller riktlinjer för vilka aktörer som kan bli föremål för bidrag och under vilka förutsättningar. Det är också vanligt att kommuner och regioner tagit fram styrdokument tillsammans med civilsamhället för hur samverkan ska ske. Enligt en rapport från juni 2018 hade 60 procent av kommunerna och regionerna sådana styrdokument.[48]

För att en offentlig aktör ska kunna ge bidrag måste det vara förenligt med EU:s statsstödsregler samt för kommuner och regioner även med kommunallagens bestämmelser om stöd till enskilda näringsidkare. Statsstödsreglerna ger staten, kommuner och regioner vissa möjligheter att ge stöd till organisationer som verkar inom välfärden. Vidare kan även upphandlingsrätten behöva beaktas. Beskrivning av regelverket för statsstöd och tillämpningen i relation till idéburna organisationer i välfärden finns i avsnitt 6.3 och 7.3. En redogörelse för kontraktsbegreppet i upphandlingslagstiftningen finns i avsnitt 6.4.2.

Stöd som har betalats ut i strid med statsstödsreglerna ska återkrävas av stödgivaren.[49] EU-kommissionen kontrollerar att medlemsstaterna följer statsstödsreglerna.

Organisations- och föreningsbidrag

Organisationsbidrag kan ses som en form av grundbidrag för att stödja att en organisation och dess verksamheten existerar. Bidragen utgör stöd för den roll som det civila samhällets organisationer har i demokratin.[50] När ett beslut fattas om att ge organisationsbidrag till en organisation ställs i regel inte några tydliga krav på motprestation. Det innebär att organisationsbidrag inte går att resultatstyra i någon egentlig mening. De är heller inte avsedda för det. Dessa bidrag bygger i stället på vissa grundläggande villkor som följs upp av bidragsgivaren. Vanliga villkor som ställs beträffande statliga bidrag är att det ska vara fråga om en juridisk person som bedriver visst slags angivet arbete,

[48] Samverkan med civilsamhället – En kartläggning av hur Sveriges kommuner, landsting och regioner samverkar med civilsamhällets organisationer, Överenskommelsens kansli, juni 2018.
[49] Se bl.a. 2 § lagen (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler.
[50] Skr. 2017/18:246.

att organisationen har antagit stadgar och är demokratiskt organiserad, att medlemskap i föreningen är frivilligt, att den respekterar demokratins idéer inklusive jämställdhet och förbud mot diskriminering och att den kan dokumentera sin verksamhet.

Kommunernas föreningsbidrag är ofta utformade som en sorts organisationsbidrag. Enligt en kartläggning från juni 2018 riktade sig kommunernas föreningsbidrag framför allt till föreningar inom kultur, rekreation och idrott samt till föreningar med verksamhet för barn och ungdom, äldre och pensionärer, personer med funktionsnedsättning och flyktingar.[51] Vidare fick föreningar som bedriver verksamhet inom folkhälsa, kvinnofrid och våld i nära relationer, social trygghet (t.ex. hemlöshet och utanförskap) samt rehabilitering i stor utsträckning föreningsbidrag av kommuner.

Verksamhetsbidrag

Syftet med verksamhetsbidrag är att stödja en organisation inom det civila samhället i dess roll att ge service till såväl medlemmar som till allmänheten. Det är då fråga om ett stöd till vad organisationen gör i form av en viss aktivitet eller verksamhet. Här kan det offentliga ställa vissa krav på motprestation. Såväl staten, genom t.ex. Socialstyrelsen, som kommuner och regioner lämnar verksamhetsbidrag till olika typer av verksamheter. Ett exempel är aktivitetsbidrag som kommuner lämnar till föreningar och andra organisationer i syfte att stödja aktiviteter för olika målgrupper, ofta barn och unga.

Projektbidrag

Projektbidrag används, liksom verksamhetsbidrag, för att stödja en viss verksamhet, men där verksamheten är av mer tillfällig eller begränsad karaktär. Projektbidrag fördelas av en mängd myndigheter.

Ett exempel på projektbidrag är förordningen (2006:390) om statsbidrag till jämställdhetsprojekt där Jämställdhetsmyndigheten får lämna projektbidrag till ideella föreningar och stiftelser för projekt vars syfte är att främja jämställdheten mellan kvinnor och män.

[51] Samverkan med civilsamhället – En kartläggning av hur Sveriges kommuner, landsting och regioner samverkar med civilsamhällets organisationer, Överenskommelsens kansli, juni 2018.

Ett annat exempel är MUCF som fördelar medel för projekt som motverkar eller förebygger rasism, projekt som värnar demokratin mot vådsbejakande extremism och projekt som stödjer barns och ungdomars självständiga organisering och inflytande.

Även kommuner och regioner ger projektbidrag av olika slag.

EU-stöd

Inom EU finns ett antal fonder som stöder olika typer av projekt som det finns möjligheter att söka medel från. Fonderna förvaltas av EU-kommissionen och medlemsländerna gemensamt. Inom välfärdsområdet är det främst Europeiska socialfonden (ESF)[52], Fonden för europeiskt bistånd för dem som har det sämst ställt (FEAD)[53] samt Asyl-, migrations- och integrationsfonden (AMIF)[54] som är aktuella. Flera idéburna organisationer får finansiering med medel från EU.

Svenska ESF-rådet är förvaltningsmyndighet för Europeiska socialfonden, vilken är EU:s främsta verktyg för att främja sysselsättningen i Europa.[55] I fonden lägger EU och medlemsländerna in medel som sedan går till lokala, regionala och nationella projekt med syfte att skapa jobb, hjälpa näringslivet och stärka kompetensen hos individer.

Ett exempel på ett projekt som finansieras av socialfonden är Boost by FC Rosengård vilket är ett arbetsmarknadsprojekt i Malmöregionen. Projektet syftar till att rusta ungdomar inför framtiden och sker i samverkan med flera kommuner och med lokala arbetsförmedlingar.

Svenska ESF-rådet har även fått uppdraget att genomföra fonden för europeiskt bistånd för dem som har det sämst ställt – Fead[56]. Exempel på projekt som fått medel ur denna fond är Bättre hälsa, som är ett samverkansprojekt i form av ett partnerskap med flera kommuner och organisationer från den idéburna sektorn, FRISK-fattigas

[52] Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 1304/2013 av den 17 december 2013 om Europeiska socialfonden och om upphävande av rådet förordning (EG) nr 1081/2006.
[53] Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 223/2014 av den 11 mars 2014 om fonden för europeiskt bistånd till dem som har det sämst ställt.
[54] Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 216/2014 av den 16 april om inrättandet av asyl-, migrations- och integrationsfonden.
[55] Förordningen (2014:1383) om förvaltning av EU:s strukturfonder samt kompletterande bestämmelser i förordningen (2015:61) om statligt stöd inom det nationella socialfondsprogrammet.
[56] Fund for European Aid to the Most Deprived.

rätt i svensk kontext som Läkare i världen står bakom och Digniti Omnia – Värdigare liv för alla, vilket är ett projekt som Svenska kyrkan och dess samarbetsorganisationer samt representanter inom det civila samhället och offentliga aktörer ingår i.[57]

Asyl-, migrations- och integrationsfonden (AMIF) ska enligt EU-förordningen bidra till att säkerställa en långsiktigt hållbar migrationspolitik som värnar asylrätten och som inom ramen för den reglerade invandringen underlättar rörlighet. Målgruppen är tredjelandsmedborgare, dvs. personer som är medborgare i ett land utanför EU:s medlemsstater. Migrationsverket är ansvarig myndighet i Sverige.[58] Ett exempel som fått medel ur denna fond är projektet Rådrum som genomförs av organisationerna Hållbar utveckling Skåne, Studieförbundet Sensus och Individuell Människohjälp. Projektet ska dels genom individuell rådgivning och samhällsnavigering vara en resurs för personer som är nya i Sverige, dels erbjuda en möjlighet för personer att utbildas och arbeta som volontärer i projektet.

Subventioner

Det offentliga kan även stödja verksamheter på andra sätt än genom direkta bidrag t.ex. genom att tillhandahålla lokaler och administrativa tjänster gratis eller till ett lågt pris. Att ge skattelättnader är en annan modell.

Under vissa förutsättningar kan stiftelser, ideella föreningar och registrerade trossamfund bli inskränkt skattskyldiga, dvs. inkomsterna tas inte upp till beskattning, se vidare kapitel 5.[59]

Regeringen anslår årligen medel för statsbidrag till allmänna samlingslokaler. Med allmänna samlingslokaler avses en lokal som hålls öppen och tillgänglig för föreningslivets möten, studieverksamhet, kulturell verksamhet, förströelse, fritidssysselsättning eller annan liknande verksamhet.[60]

Det är enligt praxis förenligt med kommunallagen att tillhandahålla lokaler tillgängliga för föreningslivet på orten eller på annat sätt

[57] Kort om de fem Fead-projekten, Svenska ESF-rådet 2015-09-29.
[58] Förordning (2014:1538) om förvaltning av asyl-, migrations- och integrationsfonden.
[59] 7 kap. 4–10 §§ inkomstskattelagen (1999:1229).
[60] 1 § förordning (1996:1593) om bidrag till allmänna samlingslokaler.

för tillställningar av allmän betydelse.[61] Lokalerna ska opartiskt, i skälig omfattning och på skäliga villkor hållas tillgängliga vilket innebär att någon särbehandling av olika organisationer inte får göras.[62] Vissa kommuner erbjuder lokaler gratis eller till ett subventionerat pris till ideella föreningar. De lokaler som erbjuds är ofta mötes- och idrottslokaler. En del kommuner ger lokalbidrag när de kommunala lokalerna inte räcker till. Sådana bidrag är i regel öronmärkta för vissa typer av verksamhet som t.ex. barn- och ungdomsverksamhet. Andra subventioner förekommer också, som t.ex. hjälp med kopiering till självkostnad.

Kommunallagen

Kommuner och regioner måste också ta hänsyn till bestämmelser i kommunallagen (KL) som innebär ytterligare begränsningar för dem att ge stöd i form av bidrag eller andra subventioner.

I 2 kap. 8 § KL föreskrivs att kommuner och regioner visserligen får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller i regionen men att individuellt riktat stöd till enskilda näringsidkare endast får lämnas om det finns synnerliga skäl.[63] Kommuner och regioner är vidare skyldiga att följa likställighetsprincipen i 2 kap. 3 § KL som anger att de ska behandla sina medlemmar lika, om det inte finns sakliga skäl för något annat. Det innebär att stöd, t.ex. bidrag, till enskilda som huvudregel inte är tillåtet. Bidrag till föreningslivet har i praxis inte ansetts stå i strid med likställighetsprincipen om organisationen som mottar bidraget är öppen för alla intresserade på lika villkor, oavsett om de är medlemmar av organisationen eller inte.[64] Vidare måste verksamheten som bedrivs i föreningen omfattas av den kommunala kompetensen, dvs. vara en angelägenhet för kommunen.

[61] RÅ 1966 ref. 49.
[62] Ingen särbehandling för viss religiös organisation får t.ex. göras, se RÅ 1958 E 76.
[63] Se vidare prop. 1990/91:17, s. 151 f.
[64] RÅ 1962 ref. 11, RÅ 1972 ref. 30 och RÅ 1974 A 1888.

4.2.2 Andra ersättningsformer

Förskola, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola och gymnasiesärskola

Flera idéburna organisationer är verksamma på skolområdet. Det finns kooperativa förskolor och idéburna organisationer som driver grundskolor, grundsärskolor, gymnasieskolor och gymnasiesärskolor. Enligt en rapport som SKL tog fram i februari 2014 var skedde närmare 43 procent av den totala omfattningen av köpt verksamhet inom förskolan från föreningar och stiftelser åren 2009–2012.[65] Motsvarande andel för grundskolan var 33,5 procent. Enligt Välfärdsutredningen sjönk kommunernas köp av pedagogisk verksamhet från föreningar och stiftelser från 4,3 procent 2006 till 4,0 procent 2015 medan de privata ökade från 6,6 procent 2006 till 12,5 procent 2015.[66] Uppfattningen är att dessa andelar har sjunkit ytterligare.

Enskilda, dvs. privata aktörer, får efter ansökan godkännas som huvudmän för förskola, förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola och fritidshem. Vissa uppgifter, kan också utföras på uppdrag av en offentlig huvudman genom entreprenad, dvs. av en privat anordnare. Entreprenad innebär enligt 23 kap. 1 § skollagen (2010:800) att kommunen bibehåller huvudmannaskapet men sluter avtal om att en enskild fysisk eller juridisk person utför uppgifterna. Uppgifter hänförliga till undervisning får som huvudregel inte överlämnas på detta sätt, men undantag finns för t.ex. modersmålsundervisning samt yrkesutbildning inom gymnasieskolan.[67]

Statens skolinspektion handlägger ärenden om godkännande av enskild som huvudman för förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola eller fritidshem vid de angivna skolformerna. Övriga godkännanden av enskild som huvudman handläggs av den kommun där utbildningen ska bedrivas. En avgift får tas ut av Skolinspektionen samt av kommunerna för att handlägga ärenden om godkännanden. För en ansökan om att etablera en ny fristående skola är avgiften 35 000 kronor och för en ansökan om att

[65] Idéburna utförare i lokal välfärd – kommunernas köp av verksamheter från föreningar och stiftelser åren 2009–2012, SKL februari 2014.
[66] SOU 2016:78, s. 139. Här ingår också vård och omsorg samt hälso- och sjukvård, därav de förhållandevis låga andelarna.
[67] 23 kap. 2–5 §§ skollagen.

utöka ett befintligt godkännande är avgiften 25 000 kronor medan avgiften för en ansökan om utökning av befintligt godkännande som endast innefattar avvikelse enligt 5 kap. gymnasieförordningen inom det nationella programmen är 10 000 kronor.[68] När det gäller avgift för ansökan till en kommun om att få godkännas som huvudman för en fristående förskola så regleras den i kommunallagen som anger att självkostnadsprincipen ska gälla, dvs. att kommunen inte får ta ut högre avgifter än som motsvarar kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som de tillhandahåller.[69]

Kommunernas ersättning till enskilda som bedriver skolverksamhet enligt skollagen regleras i skollagen, i skolförordningen (2011:185) och i gymnasieförordningen (2010:2039). Benämningen på ersättningen är Bidrag till enskilda huvudmän.[70] Bidraget ska fastställas per kalenderår och grunda sig på hemkommunens budget för det kommande budgetåret och beslutas före kalenderårets början.[71] Det finns också bestämmelser om ändringar av bidraget under löpande budgetår.

Några särregler för idéburna organisationer på skolans område finns inte. Från de idéburna organisationerna förs bl.a. fram att den nya tillståndsprövningen inte är anpassad för en idéburen verksamhet. Enligt de idéburna organisationerna etableras väldigt få nya idéburna skolor och förskolor bland annat p.g.a. av krav med syfte att styra upp privata vinstdrivande företag. Kraven på lokaler är hårda och ledtider mellan ansökan om godkännande och verksamhetsstart anses vara för kort för att nya verksamheter ska kunna komma igång.

Folkbildningsområdet

Med folkbildningsområdet avses frivillig utbildning för vuxna inom folkhögskolor, studieförbund och studerandeorganisationer inom folkhögskolan. Målet är att folkbildningen ska ge alla möjlighet att tillsammans med andra öka sin kunskap och bildning för personlig utveckling och delaktighet i samhället.[72]

Folkbildningsrådet (FBR) är en ideell förening som har vissa förvaltningsuppgifter enligt 7 b § lagen (1976:1046) om överlämnande av

[68] 2 kap. 7 § gymnasieförordningen och 2 kap. 5 § skolförordningen.
[69] 2 kap. 6 § kommunallagen.
[70] Exempelvis rubriken till 14 kap. skolförordningen.
[71] Exempelvis 14 kap. 1 § skolförordningen.
[72] Prop. 2013/14:172, s. 19.

förvaltningsuppgifter inom Utbildningsdepartementets verksamhetsområde. FBR har tre medlemmar; Rörelsefolkhögskolornas intresseorganisation (RIO), Studieförbunden i samverkan (Studieförbunden) och SKL. RIO representerar 112 av Sveriges 155 folkhögskolor och har till uppgift att bevaka, främja och tillvarata medlemsskolornas intressen. Studieförbunden är en bransch- och intresseorganisation med syfte att stärka folkbildningens idé och studieförbundens ställning i samhället. Organisationen har tio medlemmar. SKL representerar de offentligägda folkhögskolorna.

FBR har två huvudsakliga uppdrag: att fördela statliga bidragsmedel till folkbildning inklusive att utvärdera hur medlen används samt vara kunskapsbank om folkbildning. Regeringens har tagit fram riktlinjer[73] vilka innehåller krav på hur FBR ska återrapportera. I riktlinjerna anges att FBR ska följa bestämmelserna i förordningen (2000:605) om årsredovisning och budgetunderlag.[74] Vidare ska FBR i en rapport redovisa en samlad bedömning av hur de fyra syftena med statsbidragen enligt förordningen (2015:218) om statsbidrag till folkbildningen uppnåtts. Hur statsbidraget har fördelats mellan de olika mottagarna ska också redovisas samt hur medlen använts. I de olika stödförordningarna finns också krav på återapportering. FBR omfattas vidare av tryckfrihetsförordningens bestämmelser om allmänna handlingar enligt 2 kap. 3 § OSL.

För att få bidrag enligt förordningen om statsbidrag till folkbildningen från FBR ska folkhögskolor och studieförbund uppfylla vissa villkor.[75] Statsbidrag får enligt 7 § inte användas till verksamheter med kommersiellt syfte.

Bidraget som för år 2019 uppgick till 4 128 miljoner kronor betalas ut av Kammarkollegiet.

FBR fördelar också medel till folkhögskolor och studieförbund enligt förordningen (2015:521) om statsbidrag till särskilda folkbildningsinsatser för asylsökande och vissa nyanlända invandrare. Kammarkollegiet betalar ut detta bidrag som för 2019 uppgick till 166,1 miljoner kronor.

FBR kan också få statsbidrag via Arbetsförmedlingen. Efter rekvisition får bidrag lämnas till förberedande insatser i form av utbildning på folkhögskola enligt förordning (2000:634) om arbetsmark-

[73] Regeringsbeslut U2017/0485/UF (delvis) U2017/04974/UF.
[74] Ej 2 kap. 2 § samt 3, 7, 8, 10 och 11 kap. årsredovisningslagen.
[75] 9–12 §§ förordningen om statsbidrag till folkbildningen.

nadspolitiska program. Arbetsförmedlingen får även lämna bidrag på samma sätt till yrkesinriktad utbildning på folkhögskola enligt förordning (2007:414) om jobb- och utvecklingsgarantin.

Folkhögskolorna bedriver verksamhet i 140 kommuner.[76]

Ersättning för personlig assistans

Bestämmelser om personlig assistans finns i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, förordning (1993:1090) om stöd och service till vissa funktionshindrade, förordning (1993:1091) om assistansersättning och i socialförsäkringsbalken (2010:110), SFB. Försäkringskassan har också föreskrifter vari bl.a. förtydligas hur tid ska beräknas och utbetalningar ska göras, FKFS 2016:4. Socialstyrelsen har tagit fram allmänna råd som innehåller rekommendationer om vilka kunskaper och utbildning personal som ger stöd, service eller omsorg enligt SoL och LSS till personer med funktionsnedsättning bör ha, SOSFS 2014:2.

Personlig assistans kan organiseras på flera sätt: den enskilde kan själv anställa sina assistenter, anlita kommunen eller ett företag för anställning av assistenter eller kombinera alternativen. Det är även möjligt att tillsammans med andra brukare bilda brukarkooperativ som i sin tur anställer assistenter. Den enskilde kan också bestämma om ersättningen ska betalas direkt till anordnaren av assistansen eller om den ska gå via den enskilde. Om ersättningen betalas till den enskilde utbetalas medlen i förskott, i övriga fall i efterskott.

Finansieringen är delad mellan kommunerna och staten. Kommunerna har det yttersta ansvaret för att alla som omfattas av LSS och som behöver personlig assistans får det, det s.k. basansvaret och har kostnadsansvaret för de första 20 assistanstimmarna per vecka.[77] För överskjutande timmar står staten enligt SFB. I kommunernas ansvar ingår också att tillhandahålla assistans och finansiera den om det uppstår ett tillfälligt utökat behov av personlig assistans. Försäkringskassan bedömer rätten till assistansersättning, administrerar och betalar ut den i de delar som omfattas av SFB.

Den 1 januari 2011 infördes krav på att den som ska bedriva yrkesmässig verksamhet med personlig assistans ska ha tillstånd. Kom-

[76] Enligt Sveriges folkhögskolor 2019.
[77] Detta gäller sedan den 1 november 1997, prop. 1996/97:150 s. 138. Basansvaret enligt 2 och 9 §§ LSS.

muner och regioner har anmälningsplikt för sin verksamhet. Den 1 januari 2019 infördes utökade och förändrade krav rörande tillstånd.[78] Tillstånd får endast meddelas den som genom erfarenhet eller på annat sätt förvärvat insikt i de föreskrifter som gäller för verksamheten. Utöver sådan kunskap omfattar kravet på insikt även bl.a. kunskap om de arbetsrättsliga och arbetsmiljörättsliga regler som reglerar verksamheten och den som söker tillstånd ska visa att den har kunskap om de ekonomiska regelverk som styr associationsformen, t.ex. årsredovisningslagen och aktiebolagslagen.

Den största delen av personlig assistans anordnas av vinstdrivande företag. Det finns dock flera idéburna organisationer som tillhandahåller personlig assistans och även administration av personlig assistans. Den statistik som finns tillgänglig rörande verksamhetsutövare är hur stor andel som drivs av kommuner, regioner, brukarkooperativ respektive i enskild regi. Totalt antal assistansberättigade personer per vecka i december 2018 var 14 508 personer, varav kommunerna stod för 2 992, brukarkooperativen för 852, egen regi 440 och annan organisation för 10 059.[79] Omskrivet i procent utfördes 5,9 procent av brukarkooperativ och hela 69.4 procent av vad som i statistiken benämns ”annan serviceorganisation” vilket speglar hur det har sett ut de senaste fem åren.[80] I begreppet ”annan serviceorganisation” kan ingå idéburna organisationer men hur stor andelen är går inte att få fram ur statistiken.

De idéburna organisationerna menar att det är bra att verksamheter inom LSS kräver tillstånd men menar att systemet inte är anpassat till dem. Likviditeten och förmågan att bära oförutsedda kostnader i verksamheten varierar mellan organisationerna. Utbetalning av assistansersättning sker numer i efterskott vilket innebär att assistansanordnare måste kunna ligga ute med mycket pengar eftersom löner ska betalas ut innan ersättningen kommer. Om en brukare avlider får anordnaren ingen ersättning för lönekostnader under avtalets uppsägningstid. Det är särskilt besvärligt för små organisationer medan stora i regel har andra ekonomiska möjligheter att hantera denna tid. Sammanfattningsvis anser de idéburna organisatio-

[78] Prop. 2017/18:158.
[79] Antalet assistansberättigade och genomsnittligt antal timmar per vecka i december 2018 efter län och typ av anordnare, Sveriges officiella statistik.
[80] Jämfört med december 2017 då brukarkollektivens andel var 1 059 och annan serviceorganisation 10 092.

nerna att reglerna om personlig assistans är avsedda för stora organisationer och missgynnar små.

Valfrihetssystem

Valfrihetssystem är ett alternativ till upphandling i vissa fall. Lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) omfattar vissa däri angivna tjänster. Dessa är hälso- och sjukvård som kommun respektive region är huvudman för samt socialtjänst. Undantagna från LOV:s tillämpningsområde är barn- och ungdomsomsorg samt kommunala åtgärdsprogram vilka omfattas av skollagen. Därtill finns lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Den lagen omfattar tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. Leverantörer ansluts till systemen enligt LOV. För kommunerna är det frivilligt att inrätta valfrihetssystem. För regioner är det obligatoriskt inom primärvården men i övrigt frivilligt.

Ett valfrihetssystem är ett öppet system där alla leverantörer som uppfyller kraven kan ansöka om att få delta och användarna av tjänsterna i systemet får sedan välja mellan leverantörerna. Ansökan om att få delta i systemet kan ske löpande. Valfrihetssystem bygger således inte på att de anslutna leverantörerna konkurrerar med priset utan med kvaliteten eller sin särart. Samtliga anslutna leverantörer erhåller samma ersättning för utförd tjänst.

Hur ersättningssystemen är uppbyggda varierar. Kommunen har ofta baserat ersättningen på en analys av sin egen verksamhet med hänsyn tagen t.ex. till marknadssituationen, effektiviseringskrav, andra kommuners prissättning och/eller politiska prioriteringar.[81] Enligt en undersökning genomförd av SKL under 2018 rörande ersättningssystem inom hemtjänsten ersatte 72 kommuner leverantörer för beviljad tid och lika många ersatte för utförd tid.[82] Andra kommuner tillämpade schablonmodeller, rambeslut eller ersättning efter utförd tid i nivåer. Det förekommer att kommunernas egenregi får såväl högre som lägre ersättning än anslutna leverantörer. Vanligast förefaller vara att samma ersättning utgår. Skillnaderna i ersättning per timme är stora mellan kommunerna med en variation på 251 kronor till 608 kronor per timme.

[81] Enligt uppgifter från SKL:s webbinformation om valfrihet och ersättningssystem.
[82] Sammanställning: hemtjänstersättningar inom LOV 2018 per kommun, Exceldokument, SKL.

Någon gräns för hur många leverantörer som kan vara anslutna till ett valfrihetssystem finns inte. Informationen till dem som ska använda tjänsterna om vilka leverantörer som finns att välja mellan ska vara saklig, relevant, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig. Det ska alltid finnas ett ickevalsalternativ. Några särregler för idéburna organisationer finns inte. Socialstyrelsen har haft synpunkter på framför allt kommunernas information till dem som ska välja leverantörer och har påpekat att den är alltför likartad och svår att ta till sig.[83]

Rapporten om upphandlingsstatistik som finns refererad ovan under rubriken Upphandling, saknar information om vilka leverantörer som är anslutna till valfrihetssystemen. Det innebär att det saknas kunskap om i vilken omfattning idéburna organisationer deltar i sådana och inte heller hur användarna väljer mellan de ansluta leverantörerna. Enligt Socialstyrelsens ovan nämnda rapport som rör kommunala valfrihetssystem väljer flest kommunens egenregi (56 procent) och omval är sällsynta.

Under 2017 fanns det 426 valfrihetssystem igång. De flesta valfrihetssystemen var införda av kommuner, 306 stycken, medan regionerna hade 118 stycken. Arbetsförmedlingen hade två stycken detta år. Flertalet valfrihetssystem rör hemtjänst och är således annonserade av kommuner (127 stycken).

Konkurrensverket utövar tillsyn över tillämpningen av LOV medan Inspektionen för vård och omsorg utövar tillsyn över verksamheterna.

I flera sammanhang har det förts fram, t.ex. av Utredningen för ett stärkt civilsamhälle, att valfrihetssystem passar bättre för idéburna organisationer än offentlig upphandling.[84] Det handlar om att det anses vara enklare att bli utförare i ett valfrihetssystem än att delta i en upphandling enligt LOU. Dels därför att det inte finns några tidsgränser att förhålla sig till – ansökan om att bli utförare kan skickas in löpande, dels att det finns möjligheter att rätta och komplettera en ansökan om att få bli utförare. Dessutom är det möjligt att komma in med en ny ansökan vid ett senare tillfälle. Eftersom brukarna gör egna val kan de premiera ett icke-vinstdrivande alternativ. De idéburna organisationerna menar dock att det i många valfrihetssystem är svårt att få fram information till brukare om de idéburna organisationernas särart. Det är inte ovanligt att det i infor-

[83] Stimulansbidrag LOV – Slutrapport 2011–2014, Socialstyrelsen juni 2015.
[84] SOU 2016:13, s. 373.

mationen till brukare saknas upplysning om vilken driftsform som företagen har. De idéburna organisationerna menar att de liksom på andra områden blandas samman med privata vinstdrivande företag. Det är även ett problem att valfrihetssystemen hanteras så olika i olika kommuner även om det handlar om samma tjänst. Administrationen blir betungande med olika system för återrapportering och uppföljning i olika kommuner.

Företrädare för den idéburna sektorn för vidare fram att även valfrihetssystemen emellanåt utformas uppdelade på ett sätt så att en helhetssyn på individens behov inte kan tillgodoses. Det finns t.ex. valfrihetssystem för vissa medicinska ingrepp/åtgärder där det dock inte ingår röntgen. Patienter skickas därför mellan olika vårdgivare vilket både sjukhus och patienter ställer sig frågande till.[85]

4.2.3 Upphandling

I regeringens nationella upphandlingsstrategi anges att idéburna organisationer är en viktig resurs i samhället och att deras deltagande i upphandlingar ska möjliggöras.[86] I strategin anges också att de idéburna organisationerna i hög grad är frånvarande inom exempelvis områdena vård och omsorg.

Som framgår ovan finansieras en hel del verksamhet som de idéburna organisationerna bedriver genom avtal upphandlade enligt framför allt lagen om offentlig upphandling, LOU. Hur stor denna del är råder det tveksamhet kring. Det saknas ännu möjligheter att ta fram uppgifter som endast rör utbetalningar till idéburna organisationer som grundar sig i upphandlade avtal. För vissa idéburna organisationer utgör ersättning för upphandlade tjänster den största intäktskällan medan andra helt saknar sådana intäkter. Variationen är således stor. Organisationen Famnas medlemmar vilka bedriver idéburen vård och social omsorg finansieras som ovan angetts till en stor del av ersättning för utförda tjänster. För år 2017 avsåg 83 procent av deras intäkter sådan ersättning.[87] Hur mycket av detta belopp som utgör ersättning för upphandlade tjänster enligt LOU framgår emellertid inte.

[85] De problemen rör således tillämpningen av LOV och inte reglerna i sig.
[86] Fi2016/0833/OU.
[87] Tillväxtrapport 2018, Famna.

Upphandlingsregelverket innehåller bestämmelser som reglerar hur en upphandlande myndighet ska gå till väga men inte vad som ska upphandlas.[88] När och om en upphandlande myndighet ska köpa in en vara eller tjänst är inte reglerat i lagstiftningen. Inte heller vilka kvalitetskrav på den aktuella tjänsten eller vilka krav som organisationen måste uppfylla är reglerat i upphandlingslagstiftningen. Det regleras i andra regelverk som t.ex. SoL, LSS eller HSL. De krav som ställs i dessa olika lagar gäller lika oavsett organisation. Det finns således inga särregler för organisationer som saknar vinstintresse, t.ex. för idéburna organisationer. Det finns dock en möjlighet att reservera upphandlingar för vissa särskilt angivna tjänster till organisationer som uppfyller angivna krav samt en möjlighet att reservera upphandlingar för skyddade verkstäder eller andra företag vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden se vidare under avsnitt 6.3. Vidare är det möjligt att låta användare av tjänster välja leverantörer som är upphandlade även enligt LOU. LOU kan således vara ett alternativ till LOV.

Tillsynsmyndighet för upphandlingsreglerna är Konkurrensverket. Upphandlingsmyndigheten vägleder och ger stöd till såväl upphandlande myndigheter som leverantörer, även idéburna organisationer. I regeringens tidigare nämnda nationella upphandlingsstrategi lyfts ökad dialog före, under och efter upphandlingen som ett sätt att minska hindren för de idéburna organisationernas medverkan i upphandlingar.

De problem som lyfts av de idéburna organisationerna på detta område stämmer till stor del överens med de som små och medelstora företag brukar föra fram. En del problem som lyfts av de idéburna organisationerna motsvarar också den allmänna kritiken som brukar föras framom upphandlingslagstiftningens utformning samt hur den tillämpas. De idéburna organisationer som regelbundet deltar i upphandlingar anser att det ofta fungerar bra även om också de anser att det finns förbättringspotential. Det finns således även goda exempel på upphandlingar som lyckats fånga och tillvarata idéburna organisationers särart. Följande nämns ofta som problem:

[88] Se kap. 6, avsnitt 3 för en redogörelse av upphandlingsreglerna.

- kunskapsbrister,
- planeringsbrister,
- en rädsla att göra fel tillsammans med en önskan att undvika överprövningar, och
- priskonkurrens.

Kunskapsbrister kan finnas beträffande välfärdstjänsternas komplexitet på upphandlarsidan och de idéburna organisationernas förutsättningar samt rörande upphandlingsregelverkets utformning och hur det ska tillämpas hos de idéburna organisationerna. Brister i kunskaper kan leda till att tiden blir för kort för den upphandlande myndigheten att planera upphandlingen och formulera kraven men även för idéburna organisationer och andra att skriva bra anbud som har möjligheter att vinna kontrakt. Ett rätt och rimligt tidsperspektiv när en upphandling ska genomföras är något som flera för fram som centralt. En överprövning eller försening av andra beslut som måste fattas kan ställa till stora problem. De idéburna organisationerna har sällan marginaler som möjliggör för dem att växla upp eller ned med kort varsel. Organisationerna anser att de måste passa in i en mall för att kunna vinna upphandlingen vilket sällan fungerar med den verksamhet som de vill bedriva. Det kan handla om att verksamheten bygger på en idé om en helhet och upphandlingen endast rör en del av den.

En annan vanlig anmärkning inom upphandlingsområdet rör att upphandlingar ofta styrs av en rädsla att göra fel och för att undvika överprövningar. Målet borde i stället vara att anskaffa en tjänst med god kvalitet som överensstämmer med vad medborgarna vill ha och behöver

Problemet med priskonkurrens lyfts ofta av idéburna organisationer. Organisationerna har t.ex. fört fram att det står i strid med deras ideologi att utsätta sig för priskonkurrens. Åtskilliga idéburna organisationer menar att de inte kan eller vill kompromissa med kvaliteten i syfte att hålla nere priset. Det hävdas att priset ofta blir avgörande på bekostnad av kvalitetsaspekter.

Ett annat perspektiv på upphandling som inte finns med i punktlistan ovan är att om den upphandlade delen av en idéburen organisations verksamhet blir alltför dominerande kan den konkurrera ut annan verksamhet i organisationen. Utrymmet för organisationen att uppfylla sitt överordnade mål, sin idé, som den har ålagt sig själv

blir då allt mindre. Den idéburna organisationen kan få svårt att värna sitt oberoende. I upphandlad verksamhet är det beställaren, dvs. den offentliga aktören som definierar vad som behövs, varför det behövs och i regel hur en tjänst ska utföras. Detta kan leda till att det till sist blir det offentliga som bestämmer över den idéburna verksamheten. Vidare anses offentlig upphandling i många fall minska kreativiteten och hämma innovation.

4.2.4 Samverkan

Samverkan mellan idéburna och offentliga aktörer kan ske på olika sätt. Ett idéburet offentligt partnerskap (IOP) är en samverkansform som tagits fram av Forum för idéburna organisationer med social inriktning, Forum. Syftet med den är att utveckla nya lösningar och samarbetsformer kring åtgärder mot sociala problem och utmaningar. För en utförlig beskrivning av IOP, se kap. 7.

4.3 Offentlig finansiering av idéburen välfärd i andra EU/EES-länder

Detta avsnitt innehåller en genomgång offentliga finansieringsformer i ett antal utvalda länder. Se även avsnitt 5.3 som innehåller en beskrivning av hur andra medlemsländer definierat idéburna organisationer samt avsnitt 6.2.4 som innehåller en beskrivning av hur vissa länder förhållit sig till begreppet tjänster av allmänt intresse.

Sammanfattningsvis visar genomgången att det är stora variationer mellan länderna. Skillnaderna mellan finansieringsformerna är betydande. I vissa av länderna är det en stor andel av välfärden som bedrivs av idéburna organisationer medan det är mindre i andra. Orsakerna till detta kan var flera. Hur välfärdssystemen är utformade och hur de växt fram är en del av förklaringen. I flera av länderna finns särregler för icke-vinstdrivande organisationer. Dessa särregler består till övervägande del av särskilda skatteregler. Hur stor andel som bedrivs av offentliga, privata eller icke-vinstdrivande organisationer har utredningen inte fått fram i alla beskrivna länder.

4.3.1 Norge

Norge är medlem i EFTA och ingår genom EES-avtalet i EU:s inre marknad vilket innebär att Norge bl.a. följer EU-rättens konkurrens- och upphandlingsregler.[89] Stortinget prioriterar frågan om ideella organisationer, vilken är benämningen i Norge, som utförare av välfärdstjänster högt och vill att deras medverkan ska öka. Regeringen har fått flera uppdrag från Stortinget i syfte att stärka de ideella organisationerna de senaste åren. Enligt statistik från 2013 var andelen anställda i ideell sektor 7,8 procent.[90] Inom offentlig sektor var andelen anställda 78,8 procent och inom kommersiell sektor 13,4 procent. Andelen anställda i ideell sektor hade under en femårsperiod ökat något, från 7,4 till 7,8 procent. Enligt uppgifter som utredningen fått ta del av har andelen anställda i ideell sektor i Norge därefter ökat till 8,9 procent 2016.

De ideella organisationerna får sin finansiering genom offentlig upphandling, bidrag och en särskild ordning för godkännande av specialisthälsotjänster, vilket är ett slags vårdvalssystem. Förskolor och skolor finansieras med bidrag. Även privata företag kan delta i valfrihetssystemet. Skolor får statliga bidrag och förskolor kommunala. Det är inte tillåtet att ta ut några medel ur skolverksamhet genom vinstuttag eller dylikt eftersom det skulle innebära att statliga medel delades ut till privatpersoner, vilket inte är tillåtet. Inga kommersiella skolor får därför bidrag. Förskolorna får däremot göra vinstutdelning. Det gäller både kommersiella och ideella verksamheter. Staten ger även bidrag till ideella organisationer som bedriver behandlingshem för personer med missbruksproblem. Specialisthälsotjänster upphandlas av de statligt ägda regionala hälsoföretagen[91]. Tjänster för behandling för missbruk är reserverade för ideella organisationer. De regionala hälsoföretagen har också tidsobestämda driftsavtal med tolv ideella organisationer. Dessa avtal ingicks före EES-avtalet 1994. När det gäller arbetsmarknadstjänster så finns det vissa bidrag till enskilda tjänster, annat köps in. Det finns ett pilotprojekt med välfärdsobligationer, även kallade sociala utfallskontrakt.

---

[89] EEA, part III, chapter 2, article 31, 32 och 36 samt part IV.
[90] Mot en ny Skandinavisk velferdsmodel? Konsekvenser av ideell, kommersiell og offentlig tjenesteyting for aktivt medborgerskap. Institutt for samfunnsforskning, red. Karl Henrik Sivesind, rapport 2016:01.
[91] Kan jämföras med regioner beträffande uppgifter.

Verksamheter som är registrerade som frivilliga är skattebefriade, de är inte mervärdesskattepliktiga och de har ett särskilt undantag beträffande arbetsgivaravgifter.

Det finns inte någon motsvarighet till idéburet offentligt partnerskap i Norge. I Norge används en annan samarbetsmodell med driftsavtal, även nämnt ovan, mellan de regionala hälsoföretagen och ideella verksamheter.

4.3.2 Italien

Italien har en särskild lag för organisationer vilka tillhör den tredje sektorn, dvs. i stort sett de organisationer som betraktas som idéburna organisationer i en svensk kontext.[92] Lagen tillämpas dock inte fullt ut ännu. Exempel på organisationer som anses tillhöra sektorn är frivilligorganisationer, filantropiska organisationer, sociala företag, stiftelser och andra privaträttsliga subjekt utan vinstsyfte som skapats för olika typer av allmännyttiga ändamål. Organisationerna benämns ETS. De är också skattebefriade. Någon statistik som visar hur stor andel av välfärden som bedrivs av organisationer som tillhör den tredje sektorn har utredningen inte funnit.

I lagen om den tredje sektorn finns en uppräkning av tjänster som definieras som välfärdstjänster. I begreppet välfärdstjänster ingår social omsorg och vård, hälso- och sjukvård, välgörenhet, utbildning, träning, amatörsport, att skydda, bevara och främja historiska och artistiska föremål inklusive bibliotek enligt ett speciellt dekret, skydda och bevara natur och miljö (dock inte avfallshantering), främja kultur och konst, skydda mänskliga rättigheter samt vetenskaplig forskning av särskilt socialt intresse. Akuta sjukvårdstransporter kan i första hand anförtros till frivilligorganisationer. Bestämmelsen uppställer ett antal krav som tycks tagna ur EU-domstolens praxis. Lagen om den tredje sektorn innehåller bestämmelser om ett register men det har inte tagits i bruk när detta skrivs.

Lagen innehåller också bestämmelser om olika samarbeten mellan offentliga organ och organisationer inom den tredje sektorn. En av samarbetsformerna är ett slags valfrihetssystem. Valfrihetssystem finns beträffande personliga tjänster och marknaden anses svag med få eller inga privata vinstdrivande företag. Leverantörerna i systemen

[92] Lgs. 50/2016, del decreto correttivo 56/2017 e del codice del Terzo settore.

får endast ersättning för kostnaderna. Det finns också möjligheter att upphandla kontrakt som avser sociala tjänster från organisationer som ingår i den tredje sektorn. Det är inte fråga om att direkttilldela kontrakt utan alla organisationer som ingår i sektorn får anmäla intresse och i slutändan tecknas kontrakt med en av dessa. Det är skäl 114 i LOU-direktivet som anses ge denna möjlighet. Den italienska antikorruptionsmyndigheten arbetar med att ta fram riktlinjer för hur samverkansmöjligheterna ska kunna tillämpas i praktiken.[93] I utkastet till riktlinjer anges t.ex. att det är myndigheten som önskar samverka med parter inom den tredje sektorn som ska motivera varför det är lämpligt att göra det eftersom samverkan utesluter privata företag från att delta. Motiveringen kan utöver de ekonomiska skälen handla om på vilket sätt det är mest gynnsamt för samhället, t.ex. genom att förverkliga principerna om universalitet, solidaritet, tillgänglighet, ekonomisk effektivitet och lämplighet. Antikorruptionsmyndighetens bedömning är att det inte föreligger någon normkonflikt mellan EU-rätten (upphandlingsdirektiven) och den italienska lagen eftersom lagen grundar sig på EU-rättsliga principer om solidaritet och subsidiaritet vilka även följer av den italienska konstitutionen.

4.3.3 Tyskland[94]

Det tyska systemet utgår från subsidiaritetsprincipen vilken innebär att beslut ska fattas så nära medborgarna som möjligt. Staten ska enligt denna princip inte utföra välfärdstjänster annat än i undantagsfall. Flera lagar på välfärdens område innehåller förbud för det offentliga att tillhandahålla välfärdstjänster samtidigt som staten/kommunerna är skyldiga att se till att det finns tjänster för de som behöver dem.

Välfärdstjänsterna finansieras solidariskt av de som arbetar och uppbär lön genom att arbetstagare och arbetsgivare betalar försäkringar. Försäkringarna är obligatoriska. Även arbetslösa omfattas av dessa försäkringar utan att betala någon avgift. På lönebeskedet syns

[93] L'aggiornamento della delibera n. 32/2016, Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali, Autorità Nazionale Anticorruzione.

[94] Informationen kommer från en workshop som genomfördes den 22 februari 2019 med deltagare från utredningen. Tyska ambassaden, den tyska organisationen Caritas, de svenska paraplyorganisationerna Forum och Famna, SKL, finansdepartementet samt från ett utkast till rapport framtaget av en arbetsgrupp inom sociala kommittén (EU).

hur mycket var och en betalar i avgift för olika välfärdstjänster som hälsovård, arbetslöshetskassor och omsorg. Vissa tjänster, t.ex. stöd och hjälp till funktionsnedsatta och barn- och ungdomsvård finansieras med skatter. Verksamheten vid ett sjukhus finansieras exempelvis genom de nämnda försäkringarna men själva byggnaden finansieras med skattemedel. Ofta finns det delar i verksamheten som en icke-vinstdrivande organisation finansierar, t.ex. ett kapell eller ett hospice.

Sociala tjänster som det offentliga har skyldighet att utföra och som enskilda är lagligt berättigade till omfattas av ”socialrättens triangel” (The Triangle of Social Law/Sozialrechtliches Dreiecksvärhältnis). Socialrättens triangel består av tjänsteleverantör – myndighet – brukare/användare. De är sammanlänkade genom rättsligt bindande överenskommelser vilka reglerar tjänsten och innehåller kvalitetskrav, ersättningen till tjänsteleverantören och brukarmedverkan. Det sista är viktigt. När tjänsterna utformas ska brukarnas behov vara utgångspunkten. Alla tjänsteleverantörer har rätt att om de uppfyller kraven tillhandahålla tjänster till brukare och få ersättning för det. Triangeln anses därmed förenlig med de EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens. Socialrättens triangel anses garantera kvaliteten och effektiviteten i tjänsterna, möta brukarnas behov samt finansiera utförare på ett adekvat sätt. Regleringen finns i socialtjänstbalken.[95] Både icke-vinst- och vinstsyftande företag kan alltså utföra tjänster i systemet. Icke-vinstsyftande får inte användas som ett kriterium för att få företräde.

Sociala tjänster som måste tillhandahållas av det offentliga men som enskilda inte är lagligt berättigade till eller som det står staten eller kommunen fritt att tillhandahålla omfattas inte av socialrättens triangel. Exempel på sådana tjänster är rådgivning till personer som söker asyl samt skuld- och familjerådgivning. När det gäller dessa tjänster har den lokala myndigheten rätt bestämma hur de ska organiseras och finansieras. Finansieringen kan ske genom bidrag till den som utför tjänsterna. Normalt lämnas bara bidrag för en del av kostnaderna, t.ex. personalkostnader. Det finns inget ömsesidigt förpliktande kontrakt mellan bidragsgivaren och mottagaren utan det som händer om tjänsten inte utförs är att bidragen ska betalas tillbaka. Ett annat sätt är att upphandla tjänsten. Det anses lämpligt om

[95] Sozialgesetzbuch.

den lokala myndigheten har ett intresse av att reglera hur tjänsten ska tillhandahållas.

Välfärdsorganisationer, dvs. icke-vinstsyftande organisationer, anses ha en viktig del i utförandet och utvecklingen av välfärdstjänster. De arbetar i nära samarbeten eller partnerskap med myndigheterna samtidigt som de är självständiga och har rätt att utforma de sociala tjänster som de finner nödvändiga. Beträffande barn- och ungdomsvård är det särskilt reglerat att offentliga myndigheter ska samarbeta i partnerskap med representanter för den icke-vinstsyftande sektorn och höra deras övergripande åsikter om hur hjälpen ska planeras. Detsamma gäller för socialtjänster. Inom barn- och ungdomsområdet finns dessutom särskilda bestämmelser som innebär att det bara är icke-vinstdrivande organisationer som får utföra tjänsterna.

Samarbetet mellan den idéburna sektorn och myndigheterna sker med en paraplyorganisation (BAGFW) i vilka sex större organisationer finns representerade. Dessa sex är AWO (arbetarorganisation), tyska Röda korset, Parität (består av 20 000 små självhjälpsgrupper), den judiska välfärdsorganisationen, diakoniorganisationen (evangeliska kyrkan) och Caritas (katolska kyrkan) vilka i sin tur har flera medlemmar som bedriver olika typer av välfärdsverksamhet. Paraplyorganisationen finansieras med statliga bidrag.

De icke-vinstdrivande organisationerna är många och står för en omfattande produktion av välfärdstjänster. Caritas medlemmar driver t.ex. 550 sjukhus, 10 000 förskolor, 1 200 äldreboenden och 1 200 ambulansstationer samt har cirka 600 000 anställda och 500 000 volontärer. De vinstdrivande aktörerna är flera och driver t.ex. sjukhus och äldreboenden. På sjukhussidan är dessa ökande. Enligt Tillväxtverkets rapport från 2012 var de vinstdrivande företagens andel av välfärden cirka 26 procent medan de icke-vinstdrivande organisationernas andel var 49 procent.[96] Olika delar av sjukhusens verksamhet ger olika mycket i ersättning från det offentliga och försäkringar. De verksamheter som ger mest betalt, t.ex. operation av höfter är mer populära bland de vinstdrivande företagen än t.ex. förlossningsvård som ger sämre ersättning. Eftersom det är kommunen som finansierar själva byggnaden kan kommunen ställa krav på verksamheten, t.ex. kräva vilka typer av vård som sjukhuset ska tillhandahålla och hur många platser som ska finnas inom respektive verksamhet.

[96] Varför är det så få idéburna organisationer i välfärden? Tillväxtverket 2012.

De verksamhetsdrivande organisationerna finansieras med avgifter från försäkringsbolagen, med skatter, med bidrag, med egna medel och med särskilda tillkommande avgifter för vissa tjänster. Vissa organisationer, kyrkor, tar också upp skatter från sina medlemmar.

Tyskland har infört möjligheten att reservera upphandlingar av vissa tjänster till vissa organisationer[97] och till skyddade verkstäder eller företag vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden[98]. Icke-vinstdrivande organisationer är vidare undantagna skatteplikt. Det finns därutöver inga särskilda regler i det nationella upphandlingsregelverket som syftar till att underlätta för icke-vinstsyftande organisationer att få kontrakt. Tyska domstolar har kommit fram till att ett sådant kriterium i en upphandling inte är förenlig med EU-rätten.

4.3.4 Danmark

Det finns ingen fastställd definition av ideella organisationer eller idéburna organisationer i Danmark. Det innebär att det i stort sett saknas information och statistik om sådana som utförare av välfärdstjänster. Den tidigare nämnda rapporten, se 4.3.1 rörande Norge, innehåller uppgifter från 2013. Detta år var andelen anställda i ideell sektor 13,8 procent. Inom offentlig sektor var andelen anställda 77,1 procent och inom kommersiell sektor 7,1 procent. Andelen anställda i ideell sektor hade under perioden mellan 2008 och 2013 minskat, från 15,1 till 13,8 procent. Några särregler i syfte att gynna eller underlätta för idéburna organisationer finns inte. Skattelagstiftningen innehåller dock bestämmelser om skattebefrielse för ideella organisationer.

Kommunerna bedriver mycket verksamhet i egen regi men upphandlar en del och det finns också valfrihetssystem. Ideella organisationer erhåller bidrag och bedriver välfärdsverksamhet. Inom äldreomsorgen finns det flera ideella leverantörer. Det finns även många friskolor i Danmark.

Det saknas särskilda nationella regler i upphandlingslagen i syfte att underlätta för ideella leverantörer. Upphandling av sociala och andra särskilda tjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro

[97] Artikel 77 i LOU-direktivet.
[98] Artikel 20.1 i LOU-direktivet.

omfattas av få regler. Den upphandlande myndigheten väljer t.ex. vilket förfarande den vill använda och det ställs inte så höga krav på innehållet i upphandlingsdokumenten. Upphandlingarna ska annonseras. För upphandling av sociala och andra särskilda tjänster som understiger tröskelvärdet saknas bestämmelser. De ska genomföras på marknadens villkor om upphandlingen inte har ett gränsöverskridande intresse. Om ett sådant intresse finns ska upphandlingen dock annonseras. Det är den upphandlande myndigheten som ska bedöma om det finns ett gränsöverskridande intresse, oavsett belopp, vilket medfört att en del myndigheter har skapat egna gränser för när de presumerar att ett sådant intresse saknas. Många upphandlande myndigheter är missnöjda med detta system. Upphandlingsreglerna är för närvarande föremål för utvärdering av hur upphandlande myndigheter upplever att det är att tillämpa reglerna. En rapport ska vara färdig i december 2019.

Ett särskilt system som kallas driftsoverenskomst används framför allt för barnomsorgstjänster men även för andra tjänster som exempelvis inom missbruksvården. Driftsoverenskomst innebär att en organisation, en fond, enligt ett kontrakt ska utföra angivna tjänster. En fond är en självständig organisation, en juridisk person som skapas av att medel skiljs av för fondens räkning och vars stadgar eller bolagsordning styr vad och hur den ska bedriva verksamhet.[99] I stadgarna/bolagsordningen ska det allmännyttiga ändamålet anges och hur kommunen ska utöva kontroll, genom att tillsätta en del av styrelsen och att stadgar/bolagsordningen inte får ändras utan att kommunen godkänt det. Fonden kan ha medlemmar och ska registreras om den bedriver näringsverksamhet. Kontraktet mellan fonden och kommunen reglerar den ersättning som ska utgå för t.ex. de barnomsorgstjänster som bedrivs och hur kommunen ska utöva kontroll över verksamheten. Fonden ska också lämna uppgifter om sina kostnader till kommunen. Brukarna kan i mån av plats välja mellan olika verksamheter, det är således ett slags valfrihetssystem, men det framgår inte om en verksamhet bedrivs av en fond eller av kommunen.

De som önskar bedriva kommunal verksamhet i en fond har under vissa förutsättningar möjlighet att starta en sådan och skriva kontrakt med den aktuella kommunen. Verksamheten måste dock omfattas av kommunens kompetensområde. Om fonden upphör med verksamheten återgår verksamhetens tillgångar till kommunen. Tanken

[99] https://erhvervsstyrelsen.dk/fonde

med driftsoverenskomsterna är att de ska bidra med att erbjuda mervärden i form av exempelvis annan pedagogik än den kommunen har. Uppfattningen är att driftsoverenskomst inte innebär verksamheten överlämnas till en annan part utan att den bedrivs i kommunens egen regi eftersom kommunen kontrollerar verksamheten.

Det finns enligt Kommunernes Landsforening, KL, och Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen många driftsoverenskommelser mellan kommuner och fonder inom flera områden men några säkra uppgifter om hur många de är och hur mycket de omsätter saknas det information om. Fonderna är små, bedriver endast verksamhet i förhållande till kommunen och är lokala. Ersättningen som utgår är låg och baseras på fondens kostnader. Det har lett till att några fonder haft mycket höga löner och att andra träffat överenskommelser med underentreprenörer i syfte att höja den kommunala ersättningen. Det har lett till att det inte längre är möjligt för en fond att anlita underentreprenörer. Inom vissa områden, vissa typer av sociala institutioner, finns det dock brist på utförare. Då kan kommunerna bli tvungna att betala höga ersättningar för att kunna garantera verksamheten.

4.3.5 Frankrike

I Frankrike finns idéburna organisationer, i form av exempelvis allmännyttiga stiftelser eller allmännyttiga föreningar, vilka bedriver hälso- och sjukvård samt social omsorg av olika slag. Finansieringen sker vad gäller hälso- och sjukvård huvudsakligen genom den obligatoriska sjukförsäkringen och kompletterande försäkringar enligt samma regler för offentliga och privata vinstdrivande organisationer. För övriga välfärdstjänster sker finansieringen genom bidrag från det offentliga.

Inom vissa välfärdstjänster finns samarbeten i form av fleråriga avtal mellan offentliga myndigheter och externa aktörer, inklusive idéburna organisationer (*contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens*). Utgångspunkten för dessa är en gemensam vision, en förhandling mellan det offentliga och den externa aktören, löpande uppföljning och en avslutande utvärdering. Avtalen anger vilka krav den externa aktören ska uppfylla, de aktiviteter som ska utföras samt de finansiella förutsättningarna.

Det finns mer än 700 privata allmännyttiga sjukvårdsinstitutioner (*établissement de santé privé d'intérêt collectif*), ofta sjukhus, vilka av det allmänna givits uppdrag att bedriva sjukvård. Dessa uppdrag har en historia som går långt tillbaka i tiden men regleras numera i en lag från 2009. De allmännyttiga sjukvårsinstitutionerna kan vara såväl stiftelser som föreningar och trossamfund.

5 Förslag till en tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden

Kapitlet innehåller en genomgång av de definitioner som används i dag med anknytning till idéburna aktörer i välfärden. Vidare innehåller det en kartläggning av definitioner och förfaranden i andra länder. Det finns även en genomgång av de associationsformer som är relevanta för sektorn. Kapitlet avslutas med utredningens bedömningar och förslag när det gäller definitionen av idéburna aktörer och det förfarande som föreslås för att tydliggöra vilka de idéburna aktörerna i välfärden är.

5.1 Definitioner i svensk lagstiftning med anknytning till idéburna aktörer

Utredningens uppdrag är att hitta ett långsiktigt, hållbart och uppföljningsbart sätt att rättsligt definiera idéburna aktörer inom välfärdssektorn. Utredningens avgränsning av begreppet välfärd finns i avsnitt 3.2.

Definitionen ska exempelvis kunna användas vid ömsesidig samverkan mellan idéburen och offentlig sektor, vid bidragsgivning från staten och kommunsektorn, vid köp av verksamhet eller vid utformning av undantag från krav som inte är ändamålsenliga för idéburna aktörer.

Även om det i dag inte finns någon definition av idéburna aktörer i välfärden så finns det bestämmelser i vissa lagar, t.ex. inkomstskattelagen, lagen om godkännande av gåvomottagare vid skattereduktion för gåva, spellagen och lagen om offentlig upphandling, som en sådan definition kan behöva förhålla sig till.

5.1.1 Inskränkt skattskyldighet enligt inkomstskattelagen

I 7 kap. inkomstskattelagen (1999:1229), IL, finns bestämmelser om undantag från skattskyldighet för vissa stiftelser, ideella föreningar, registrerade trossamfund och andra juridiska personer. Enligt 3 § är stiftelser som uppfyller ändamåls-, verksamhets- och fullföljdskraven i 4–6 §§ samt ideella föreningar och registrerade trossamfund som förutom dessa krav även uppfyller öppenhetskravet i 10 §, med undantag för kapitalvinster och kapitalförluster, skattskyldiga bara för inkomst av näringsverksamhet som avses i 13 kap. 1 §. Där beskrivs näringsverksamhet som förvärvsverksamhet som bedrivs yrkesmässigt och självständigt.

I uttrycket att det ska vara fråga om en förvärvsverksamhet ligger att den som driver verksamheten ska ha ett vinstsyfte. Detta syfte brister i vissa fall hos stiftelser, ideella föreningar och registrerade trossamfund. Om organisationens syfte är att bedriva hjälpverksamhet, t.ex. genom att sälja varor eller tjänster billigt, saknas normalt ett vinstsyfte.[1] När det gäller praxis angående vinstsyfte kan sägas att om en verksamhet ger underskott under en längre tid, tyder det på att ett objektivt vinstsyfte saknas.[2] Om en verksamhet däremot normalt visar en vinst, har verksamheten i allmänhet ansetts som näringsverksamhet.

Som inkomst i inkomstslaget näringsverksamhet räknas vidare enligt 13 kap. 1 § tredje stycket innehav av näringsfastigheter, näringsbostadsrätter och avverkningsrätt till skog.

Nedan följer en mer utförlig redogörelse för vad de olika organisationerna måste uppfylla för att vara inskränkt skattskyldiga.

Allmännyttigt ändamål (ändamålskravet i 7 kap. 4 § IL)

En organisation ska ha ett eller flera allmännyttiga ändamål för att vara inskränkt skattskyldig. Med allmännyttigt ändamål avses ett ändamål som främjar idrott, kultur, miljövård, omsorg om barn och ungdom, politisk verksamhet, religiös verksamhet, sjukvård, social hjälpverksamhet, Sveriges försvar och krisberedskap i samverkan med myndighet, utbildning, vetenskaplig forskning eller en annan likvärdig verksamhet. Begreppet främja används för att ange att de allmän-

[1] Se RÅ 1981 ref. 1:28.
[2] RÅ 2010 ref. 111 och RÅ 1968 not. 509.

nyttiga ändamålen kan tillgodoses antingen genom egen verksamhet eller genom bidrag till en annan allmännyttig organisation. En stiftelses ändamål får inte vara begränsat till vissa familjer eller bestämda personer. En förenings eller trossamfunds ändamål får inte heller vara begränsat till vissa familjers, medlemmars eller andra bestämda personers ekonomiska intressen. Uppräkningen av ändamålen i 7 kap. 4 § IL görs i bokstavsordning utan inbördes rangordning och utgör en exemplifiering. Tolkningen av begreppet allmännytta ska dock ta sin utgångspunkt i den uppräkning som görs i lagrummet.[3]

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen följer av ändamålskravet ett övergripande krav på att syftet med verksamheten ska vara att främja ett allmännyttigt ändamål. Verksamhet som bedrivs i form av daghems- och fritidshemsverksamhet där barn regelbundet omhändertas under den tid då föräldrarna arbetar har därför av Högsta förvaltningsdomstolen inte godtagits som vård och uppfostran av barn (se RÅ 2005 ref. 8). Skatteverket har i ett ställningstagande angett att inte heller registrerade trossamfund eller ideella föreningar främjar ett allmännyttigt ändamål genom att bedriva förskole- och fritidsverksamhet.[4] Regeringen uttalade i samband med att uttrycket ”omsorg om barn och ungdom” ersatte uttrycket ”vård och uppfostran av barn” att den anser att sådan verksamhet som prövades av Högsta förvaltningsdomstolen även efter ändringen inte ska anses främja ett allmännyttigt ändamål.[5]

En stiftelse som inte har ett sådant ändamål som avses i 4 § och som förvaltas av en ideell förening vilken främjar religiös verksamhet – dvs. som har ett sådant allmännyttigt ändamål – har i RÅ 2006 ref. 42 av Regeringsrätten inte ansetts som en inskränkt skattskyldig stiftelse. I ett annat avgörande, RÅ 2006 ref. 79, fann Regeringsrätten att en stiftelse, med till ett universitet anknuten förvaltning, som har till ändamål att utge stipendier till forskning var inskränkt skattskyldig och alltså hade ett allmännyttigt ändamål.

[3] Prop. 2013/14:1 vol. 1a s. 515 f.
[4] Dnr. 131 22 68 59-06/111.
[5] Prop. 2013/14:1 vol. 1a s. 293.

Verksamhets-, fullföljds- och öppenhetskraven (7 kap. 5, 6 och 10 §§ IL)

Organisationen måste också uppfylla verksamhet-, fullföljds- och öppenhetskraven för att vara inskränkt skattskyldig.

Verksamhetskravet innebär att stiftelsen, den ideella föreningen eller det registrerade trossamfundet i den verksamhet som bedrivs under beskattningsåret uteslutande, eller så gott som uteslutande, ska främja ett eller flera allmännyttiga ändamål. Om verksamhetskravet inte är uppfyllt under beskattningsåret, får hänsyn tas till hur kravet sammantaget har uppfyllts året före beskattningsåret, beskattningsåret samt det närmast följande beskattningsåret. Med uttrycket ”uteslutande eller så gott som uteslutande” avses från cirka 90–95 procent upp till 100 procent.[6]

Fullföljdskravet innebär att stiftelsen, den ideella föreningen eller det registrerade trossamfundet under beskattningsåret i skälig omfattning ska använda sina intäkter för ett eller flera allmännyttiga ändamål. Det är alltså ett aktivitetskrav. Hänsyn får även tas till hur intäkterna sammantaget har använts under en period av flera beskattningsår. Orden skälig omfattning infördes 2013. Vid ändringen uttalades i propositionen[7] att denna andel angetts till minst 75–80 procent (användningsgraden) med en viss betoning på att full säkerhet erhålls om den övre gränsen uppnås. Användningsgraden har satts lägre än 100 procent för att en viss del av avkastningen anses behöva fonderas för att exempelvis bevara kapitalets realvärde. Stiftelse- och föreningsskatteutredningen[8] tog upp frågan om hur fullföljdskravet påverkas av att en del av verksamheten avser annat än det allmännyttiga ändamålet. Utredningen uttalade att förekomsten av icke-allmännyttig verksamhet inte bör få minska kravet på fullföljdens storlek jämfört med om verksamheten vore helt allmännyttig. Det innebär att 80 procent av den totala avkastningen ska användas för allmännyttig verksamhet. Resterande 20 procent får fördelas mellan fondering och icke-allmännyttig verksamhet. Regeringen instämde i detta i propositionen.[9]

Till skillnad från stiftelser måste ideella föreningar och registrerade trossamfund för att undantas skattskyldighet även uppfylla

[6] Prop. 1999/2000:2 del 2, s. 83.
[7] Prop. 2013/14:1 vol. 1a s. 316.
[8] SOU 2009:65 s. 145.
[9] Prop. 2013/14:1 vol. 1a s. 315.

öppenhetskravet. Öppenhetskravet innebär att dessa föreningar och trossamfund inte får vägra någon inträde som medlem, om det inte finns särskilda skäl för det med hänsyn till arten eller omfattningen av dess verksamhet, syfte eller annat. Giltiga skäl kan vara att begränsa medlemskapet till sådana personer som delar föreningens målsättning och är beredda att följa stadgarna.[10] Vidare bör enligt propositionen skattefrihet inte heller förhindras av sådana inträdesregler som krav på fysiskt handikapp i en handikappförening, musikalitet i en musikförening, allmän omdömesgillhet i en skytteförening eller att medlemmarna bor inom ett visst område. Sådana inträdesregler är alltså förenliga med öppenhetskravet. Ideella föreningars central-, distrikts- eller samarbetsorganisationer anses som öppna om deras medlemmar utgörs av föreningar som uppfyller kravet. Ett registrerat trossamfund anses som öppet om den del av trossamfundet där medlemsantagning sker uppfyller kravet.

Ytterligare inskränkt skattskyldighet för inkomst av näringsverksamhet för ideella föreningar och trossamfund

För ideella föreningar och registrerade trossamfund gäller ytterligare inskränkningar i skattskyldigheten. Enligt 7 kap. 3 § andra stycket är föreningar och trossamfund inte skattskyldiga för:

1. sådan inkomst som kommer från en självständig näringsverksamhet eller en särskild förvaltningsenhet som avser fastighet, om inkomsten till huvudsaklig del kommer från

   a) verksamhet som är ett direkt led i främjandet av sådana ändamål som avses i 4 § eller som har annan naturlig anknytning till sådana ändamål,

   b) verksamhet som avser upplåtelse av rättigheter som uppkommit genom främjandet av sådana ändamål som avses i 4 §,

   c) verksamhet som avser försäljning av skänkta varor och som utnyttjas som finansieringskälla för ideellt arbete,

   d) verksamhet som bedrivs med stöd av 6 kap. spellagen (2018:1138), eller

[10] Prop. 1976/77:135 s. 78.

e) verksamhet som inte avses i c eller d och som av hävd har använts som finansieringskälla för ideellt arbete, eller

2. inkomst från innehav av en fastighet som tillhör föreningen eller trossamfundet och som används i verksamheten på sådant sätt som anges i 3 kap. 4 § fastighetstaxeringslagen (1979:1152).

Vid tillämpningen av andra stycket 1 d ska verksamheten ses som en självständig näringsverksamhet.

Näringsverksamhet som är undantagen skattskyldighet

Den näringsverksamhet som är undantagen är sådan inkomst som kommer antingen från en självständig näringsverksamhet eller från en särskild förvaltningsenhet som avser fastighet. Vid bedömningen om inkomsten kan vara skattebefriad ska detta avgöras för varje självständig verksamhet för sig. Av förarbeten framgår att vid den huvudsaklighetsbedömning som ska göras enligt 7 kap. 3 § 1 IL ska den gamla indelningen i förvärvskällor tillämpas även fortsättningsvis.[11] I RÅ 1987 ref. 153 fann Regeringsrätten att en idrottsförenings bevakning av en campingplats som ombesörjdes av medlemmarna på ideell basis (som i och för sig ansågs som skattepliktig verksamhet) ingick i samma förvärvskälla som föreningens övriga skattefria verksamhet bestående av bingo, lotterier, fester, reklam och golfbana. I målet uttalade Regeringsrätten att verksamheter som har sådant inre sammanhang att de vid tillämpning av 18 § kommunalskattelagen ingår i en och samma förvärvskälla ska läggas samman (se RÅ 1989 ref. 124 och RÅ 1988 not. 596 där verksamheter lades samman och RÅ 1988 not. 599 där verksamheter inte lades samman). Vid tillämpning av denna bestämmelse ska man således dela upp inkomsterna hos en ideell förening på flera olika verksamheter om de är självständiga i förhållande till varandra.

I 7 kap. 3 § första stycket 1 anges att inkomsten till huvudsaklig del ska komma från sådan verksamhet som sedan anges under a) – e). När det gäller hur stor del som krävs för att det ska betraktas som en huvudsaklig del uttalades i förarbetena till IL att det avses cirka 75 procent.[12] Om man kommer fram till att den huvudsakliga delen

[11] Prop. 1989/90:110, del 1, s. 579 och 707 samt prop. 1999/2000:2, del 2, s. 85.
[12] Prop. 1999/2000:2 del 1 s. 504.

uppfyller kraven undantas föreningen från skattskyldighet för alla inkomster i verksamheten. Om kraven däremot inte är uppfyllda, blir föreningen skattskyldig för hela verksamheten.

Direkt led i främjandet av allmännyttigt ändamål eller annan naturlig anknytning (a)

Tidigare angavs det i IL exempel på verksamhet som är ett direkt led i främjandet av allmännyttigt ändamål eller som har annan naturlig anknytning till sådana ändamål. Att exemplen utelämnades i IL berodde på att man ansåg det mindre lämpligt med sådana exempel i lagtexten. Avsikten var inte att ändra något.[13] Som exempel på inkomst från en verksamhet som har naturlig anknytning (a) nämndes i lagtexten sådan inkomst som direkt härrör från föreningens verksamhet, t.ex. hyror som en förening som äger samlingslokaler får på grund av upplåtelse av lokaler för allmännyttiga ändamål, entréavgifter till idrotts- och kulturevenemang o.d. Vidare nämndes inkomst av verksamhet som utgör ett direkt led i det ideella arbetet, t.ex. att en naturskyddsförening säljer affischer, märken och böcker för att öka intresset för föreningens verksamhet eller att en handikappförening säljer varor avsedda för handikappade personer. Ett annat exempel på naturlig anknytning som nämndes i lagtexten är en förenings kommersiella verksamhet som har karaktär av service till medlemmarna och andra som deltar i den ideella verksamheten. Det kan t.ex. vara en musikförening eller ett studieförbund som erbjuder noter eller böcker till medlemmarna. Kravet på samband anses även uppfyllt om en idrottsförening i mindre skala säljer förfriskningar eller idrottsartiklar i sina klubblokaler.

Om verksamheten bedrivs stadigvarande och under samma former som normal affärsverksamhet, omfattas enligt förarbetena inte sådana inkomster av undantaget från skattskyldighet. Som exempel nämns en idrottsförening som driver en sportaffär eller en religiös förening som driver en bokhandel med i stort sett samma sortiment som det gängse i branschen.[14] Tidigare framgick det av lagtexten att verksamhet som inte har annat samband med det ideella arbetet än att det ska finansiera detta inte ska anses ha naturlig anknytning till det allmännyttiga ändamålet.

[13] Prop. 1999/2000:2 del 2, s. 83.
[14] Prop. 1976/77:135 s. 84.

Det finns två rättsfall från 1987 där frågan var om en förening bedrev service till medlemmarna eller om avsikten var att finansiera det ideella arbetet. I det första, RÅ 1987 ref. 67, kom Regeringsrätten fram till att en serverings- och kioskrörelse som en hembygdsförening bedrev i egna kulturhistoriska byggnader inte hade annat samband med föreningens museiverksamhet och forskning än att inkomsten finansierade den ideella verksamheten. Serverings- och kioskrörelsen hade en omsättning på drygt 900 000 kronor, anställd personal och riktade sig i huvudsak till allmänheten. I RÅ 1987 ref. 154 kom Regeringsrätten till motsatt slutsats. Det målet gällde en tennisklubb som i nära anslutning till sin tennisanläggning hade en kiosk där man förutom sedvanlig klubbservice vid bokning och betalning av spelbanorna sålde konfektyr, mejerivaror, bröd m.m. till klubbmedlemmar, till dem som utnyttjade anläggningen samt till kringboende. Kiosken hade en omsättning på cirka 235 000 kronor och var öppen bara den tid av året då tennisbanorna var öppna för spel.

Upplåtelse av rättigheter (b)

Bestämmelsen i b) om upplåtelse av rättigheter som uppkommit genom främjandet av de allmännyttiga ändamålen infördes 2017.[15] Beträffande föreningarna har sedan länge diskuterats i vilken utsträckning de får samarbeta med kommersiella företag med bibehållet undantag från skattskyldighet. Detta har accentuerats genom att t.ex. idrotten i större utsträckning får reklamintäkter och andra intäkter i samband med samarbeten med företag. Det har också blivit vanligare att företag stödjer ideella föreningar eller att företagen ser ett kommersiellt värde i ett evenemang som arrangeras av en ideell förening och därför betalar för rättigheter att sända sådana arrangemang. Tidigare fanns det också oklarheter kring hur upplåtelser av rättigheter som uppkommit genom främjande av allmännyttiga ändamål skulle behandlas skattemässigt.[16] Därför förtydligades det 2017 att även inkomster som kommer från upplåtelser av rättigheter till företag, när rättigheterna uppkommit just genom den allmännyttiga verksamheten, kan vara sådana inkomster som en ideell förening inte är skattskyldig för. Det kan röra sig om sändningsrättigheter, rättigheten till

[15] Prop. 2016/17:192 s. 11 ff. och 23.
[16] Prop. 2016/17:192, s. 14.

namnet på ett visst evenemang eller rättigheter för företag att i sin egen marknadsföring använda sig av föreningens klubbmärke eller annat varumärke och på ett sådant sätt omnämna sitt stöd till föreningen och den verksamhet som föreningen bedriver. Detta gäller också trossamfund.

Försäljning av skänkta varor (c), spel (d) och hävd (e)

Bestämmelserna i c) och e) har ett gemensamt ursprung. Försäljning av skänkta varor (c) har av hävd utnyttjats som finansieringskälla för ideellt arbete (e). Det fanns exempel i lagtexten innan den flyttades över till IL på verksamhet som av hävd utnyttjats för att finansiera ideellt arbete. Där nämndes anordnande av bingo och andra lotterier, fester, basarer, försäljnings- och insamlingskampanjer samt sådan biografrörelse som bedrivs av en nykterhetsförening eller en förening med huvudsakligt ändamål att tillhandahålla allmänna samlingslokaler. Vidare nämndes att en förening upplåter reklamutrymme på klubbdräkter eller i föreningens samlingslokaler. Uppräkningen var inte avsedd att vara uttömmande. I förarbetena nämndes också danstillställningar och loppmarknader (prop. 1976/77:135 s. 85).

Efter ett rättsfall[17] 2013 uttalade Skatteverket i ett ställningstagande att förutsättningen för att second hand-försäljning ska behandlas som hävdvunnen finansieringskälla är att den inte bedrivs i direkt konkurrens med den kommersiella second hand-branschen. Detta rättsfall och Skatteverkets ställningstagande ledde till att (c) – försäljning av skänkta varor – infördes 2015.[18] Genom ändringen slogs det fast att inskränkt skattskyldiga föreningar och trossamfund inte är skattskyldiga för försäljning av skänkta varor som utnyttjas som finansieringskälla för ideellt arbete. Det finns inte något krav på begränsade öppettider eller på att verksamheten inte sköts av anställd personal. Lagrådets slutsats var att det skattebefriade området utvidgades betydligt.

Punkten d) spel, infördes 2018 i samband med omregleringen av spelmarknaden. Det ansågs då att inkomst från spel som bedrivs med licens för allmännyttiga ändamål och uppfyller ändamåls-, verksamhets-, fullföljds- samt öppenhetskraven ska vara undantagna från beskattning, se avsnitt 5.1.3 nedan. Spel som inte kräver licens, t.ex.

[17] HFD 2013 ref. 56.
[18] Prop. 2015/16:1 vol. 1a s. 254 f.

bingo, kan omfattas av det generella hävdbegreppet i e). Spelverksamhet ska ses som en självständig näringsverksamhet vid bedömningen av huvudsaklighetskriteriet.

Vissa andra juridiska personer

Av 7 kap. 15 § IL följer att vissa andra juridiska personer är skattskyldiga bara för inkomst av sådan näringsverksamhet som avses i 13 kap. 1 § samma lag. Det gäller bland annat domkyrkor, lokalkyrkor eller dylikt som hör till Svenska kyrkan, sjukvårdsinrättningar som inte bedrivs i vinstsyfte, barmhärtighetsinrättningar, och hushållningssällskap med stadgar som har fastställts av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämt. Sådana juridiska personer är dock inte skattskyldiga för kapitalvinster och kapitalförluster.

Enligt 7 kap. 16 § är vissa juridiska personer skattskyldiga bara för inkomst på grund av innehav av fastigheter. Det handlar bland annat om akademier, allmänna undervisningsverk, studentkårer vid statliga universitet och högskolor och nationer vid Uppsala universitet eller vid Lunds universitet.

Med allmänna undervisningsverk avses enligt praxis i första hand de subjekt som i anstaltsmässiga former driver skolverksamhet utan vinstsyfte (RÅ 1997 ref. 64). Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att som skolverksamhet får anses vad som motsvarar det offentliga skolväsendet för barn och ungdom enligt skollagen.[19] Begreppet skolväsende för barn och ungdom omfattade enligt den skollag som gällde vid tiden för det rättsfallet förskoleklassen, grundskolan, gymnasieskolan, särskolan, specialskolan, och sameskolan.[20]

I ett avgörande från 2017 prövade Högsta förvaltningsdomstolen om det förhållandet att förskolan enligt nu gällande skollag utgör en egen skolform inom skolväsendet innebär att även en förskola kan utgöra ett sådant allmänt undervisningsverk. Domstolen fann dock att de ändringar som gjorts i begreppen i skollagen inte inneburit någon förändring av kraven på innehållet i den verksamhet som bedrivs vid förskolan. Begreppet skolverksamhet i skatterättslig mening kan därför inte enligt domstolen ges en annan och vidare innebörd än som framgår av 2004 års rättsfall. Stiftelsen som i det aktuella

[19] RÅ 2004 ref. 77.
[20] 1 kap. 1 § andra stycket skollagen (1985:1100).

målet bedrev förskoleverksamhet kunde således inte anses bedriva sådan skolverksamhet som medförde att den är att anse som ett allmänt undervisningsverk enligt inkomstskattelagen.

Vidare räknas i 7 kap. 16 § upp ytterligare vissa juridiska personer som regionala utvecklingsbolag, arbetslöshetskassor, personalstiftelser som avses i lagen (1967:531) om tryggande av pensionsutfästelse m.m., stiftelser som bildats enligt avtal mellan organisationer av arbetsgivare och arbetstagare med ändamål att lämna avgångsersättning till arbetstagare som blivit arbetslösa eller att främja åtgärder till förmån för arbetstagare som blivit eller löper risk att bli arbetslösa eller att lämna understöd vid utbildning eller att lämna permitteringslöneersättning, och bolag eller andra juridiska personer som uteslutande har till uppgift att lämna permitteringslöneersättning.

I 7 kap. 17 § räknas ett antal namngivna subjekt upp vilka också är skattskyldiga bara för inkomst på grund av innehav av fastigheter. Det handlar om exempelvis Jernkontoret, Nobelstiftelsen, Right Livelihood Award Stiftelsen, Stiftelsen Anna Lindhs Minnesfond, Stiftelsen Dag Hammarskjölds minnesfond, Stiftelsen Industrifonden och Stiftelsen Norrlandsfonden.

5.1.2 Skattereduktion för gåvor till ideell verksamhet

Den 1 juli 2019 trädde lagen (2019:453) om godkännande av gåvomottagare vid skattereduktion för gåvor i kraft. En motsvarande skattereduktion för gåvor till ideell verksamhet fanns under åren 2012 till 2015.

I propositionen Återinförd skattereduktion för gåvor till ideell verksamhet[21] föreslogs att gåvoskatteavdraget skulle återinföras. Det föreslogs dock inte några ansöknings- eller årsavgifter som gällde under den tidigare lagen. Riksdagen beslutade i enlighet med förslagen i propositionen.

Enligt 6 § ska en svensk stiftelse, en svensk ideell förening eller ett svenskt registrerat trossamfund efter ansökan godkännas som gåvomottagare under förutsättning att

1. den sökande vid beslutet om slutlig skatt året före det år då ansökan görs är inskränkt skattskyldig enligt 7 kap. 3 § inkomstskattelagen,

[21] Prop. 2018/19:92.

2. den sökande har som ändamål att främja social hjälpverksamhet eller vetenskaplig forskning eller helt eller delvis bedriver sådan verksamhet,
3. det är sannolikt att den sökande
   a) även vid de två beslut om slutlig skatt som fattas efter det beslut som avses i 1 kommer att bli inskränkt skattskyldig enligt den bestämmelse som anges i samma punkt, och
   b) kommer att använda gåvorna på det sätt givarna avsett,
4. det av den sökandes bokföring eller räkenskaper är möjligt att avgöra vilka gåvor som har tagits emot och hur de har använts, och
5. den sökande har minst en auktoriserad eller godkänd revisor.

För att vara inskränkt skattskyldig enligt 7 kap. 3 § inkomstskattelagen ska stiftelsen, den ideella föreningen eller det registrerade trossamfundet uppfylla vissa villkor, se avsnittet om inkomstskattelagen ovan.

Även utländska sökande ska enligt 8 § godkännas som gåvomottagare om förutsättningarna är uppfyllda och den sökande hör hemma i en stat inom Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet, eller med vilken Sverige har ingått ett skatteavtal.

Associationsformerna är alltså, liksom i 7 kap. 3 § inkomstskattelagen, begränsade till stiftelser, ideella föreningar och registrerade trossamfund. Dessa organisationer ska vidare ha ett allmännyttigt ändamål enligt inkomstskattelagens regler. Det är dock inte alla allmännyttiga ändamål enligt inkomstskattelagen som accepteras när det gäller skattereduktion för gåvor till ideell verksamhet. Enligt lagen ska den sökande ha som ändamål att främja social hjälpverksamhet eller vetenskaplig forskning, eller helt eller delvis bedriva sådan verksamhet. Tolkningen av dessa två ändamål, som finns med i katalogen över allmännyttiga ändamål i 7 kap. 4 § inkomstskattelagen, ska göras på samma sätt som i den lagen.

Den som vill bli godkänd ska ansöka om detta hos Skatteverket. En ansökan ska lämnas enligt fastställt formulär och innehålla nödvändiga identifikationsuppgifter. Kravet på fastställt formulär är ett teknikneutralt uttryck för att uppgifterna ska lämnas på ett strukturerat sätt, vilket inte begränsar möjligheterna att använda elektro-

nisk kommunikation. Ett godkännande gäller till utgången av det tredje året efter det år som beslutet fattades.

Verkställighetsföreskrifter finns i förordningen (2019:456) om godkännande av gåvomottagare vid skattereduktion för gåva.

Enligt den tidigare gällande förordningen skulle den som ansökte om att bli godkänd gåvomottagare betala en ansökningsavgift om 10 000 kronor. Om avgiften inte betalades fick Skatteverket avvisa ansökan. En godkänd gåvomottagare skulle också betala en årsavgift om 7 000 kronor för varje år efter det år då ett godkännande som gåvomottagare meddelats. Obetald årsavgift utgjorde grund för återkallelse av godkännandet. Som framgått ovan saknas dessa avgifter i det nu gällande regelverket.

5.1.3 Spellagstiftningen

Även i andra lagar än inkomstskattelagen finns särskilda regler för verksamhet med allmännyttiga ändamål.

Den 1 januari 2019 trädde en ny spelreglering i kraft.[22] Den nya regleringen bygger på ett licenssystem där alla som agerar på den svenska spelmarknaden ska ha en licens, och aktörer utan licens stängs ute. Regleringen är tillämplig på allt spel som tillhandahålls i Sverige, även spel över internet som riktas till den svenska marknaden. Spelmarknaden delas upp mellan en konkurrensutsatt del, som framför allt omfattar spel online och vadhållning, och en del som förbehålls spel för allmännyttiga ändamål som främst omfattar lotterier och bingo samt en del som förbehålls staten och som till största delen omfattar de statliga kasinona och spel på värdeautomater. När det gäller spel för allmännyttiga ändamål innebär den nya regleringen inte några väsentliga förändringar jämfört med den tidigare gällande lotterilagen (1994:1000).

Spel för allmännyttiga ändamål regleras i 6 kap. i den nya spellagen (2018:1138). Enligt bestämmelserna får en licens att tillhandahålla spel till förmån för allmännyttiga ändamål omfatta andra lotterier än kasinospel, onlinebingo, penningautomater, värdeautomater och datorsimulerat automatspel. Licens att tillhandahålla spel för allmännyttiga ändamål får enligt 6 kap. 2 § ges endast till en ideell förening eller ett registrerat trossamfund som enligt sina stadgar har till

[22] Se prop. 2017/2018:220.

huvudsakligt syfte att främja allmännyttiga ändamål inom landet, bedriver verksamhet som huvudsakligen tillgodoser ett sådant ändamål, som inte (om det inte finns särskilda skäl) vägrar någon inträde som medlem och som för sin verksamhet behöver intäkter från spel. Licens får också, enligt bestämmelsens andra stycke, ges till en annan juridisk person än ideella föreningar och registrerade trossamfund eller till en juridisk person som har till huvudsakligt syfte att främja ett allmännyttigt ändamål utomlands, om det finns särskilda skäl för det. Paragrafen motsvarar i princip 15 § i den upphävda lotterilagen. Till skillnad från vad som gällde enligt lotterilagen omfattas även registrerade trossamfund av bestämmelsen. Lotterilagens krav på att endast en svensk juridisk person kan tillhandahålla spel enligt bestämmelsen har också tagits bort.

Enligt 2 § lagen (2018:1139) om skatt på spel och 7 kap. 3 § 1. d) inkomstskattelagen (1999:1229) undantas verksamhet som bedrivs med stöd av 6 kap. spellagen från spelskatt. Detsamma gällde även tidigare enligt den nu upphävda lagen (1991:1482) om lotteriskatt.

Vad som menas med allmännyttigt ändamål kommenteras inte särskilt vare sig i den nu aktuella propositionen eller i förarbetena till den tidigare gällande lotterilagen (1994:1000). I förarbetena till lotterilagen (1982:1011), där bestämmelsen hade väsentligen samma utformning, anförs följande.[23]

> Som en förutsättning för tillstånd bör vidare gälla att den ideella föreningen har till huvudsakligt syfte att främja allmännyttigt ändamål samt att föreningen i sin verksamhet också huvudsakligen tillgodoser sådant ändamål. Föreningar som har till huvudsakligt ändamål att tillgodose exempelvis medlemmarnas ekonomiska eller därmed jämförbara intressen bör alltså uteslutas från möjligheterna att anordna lotterier […]. Någon närmare precisering är knappast möjlig såvitt gäller kravet på att det skall vara fråga om ett allmännyttigt ändamål. Man torde allmänt kunna säga att i begreppet allmännyttigt ändamål kan inrymmas ändamål som enligt en utbredd uppfattning är värda att stödja. Ett motsvarande krav gäller i princip för att ideella föreningar m.fl. skall medges begränsad skattefrihet enligt kommunalskattelagen […].

Det förs även i samma proposition följande resonemang om vilka som ska få anordna lotterier:

> En av utgångspunkterna bör således vara att lotterierna skall få anordnas endast av ideella föreningar. I likhet med utredningen anser jag dock att man även i fortsättningen bör kunna göra avsteg från denna regel om

[23] Prop. 1981/82:170, s. 44.

det finns särskilda skäl för detta. Tillstånd bör därför, liksom hittills, kunna meddelas exempelvis vissa ekonomiska föreningar, bl.a. folkets-husföreningar, och stiftelser som har till huvudsakligt syfte att främja allmännyttigt ändamål.

5.1.4 Reserverade kontrakt för vissa tjänster i upphandlingslagstiftningen

Den 1 januari 2019 infördes en ny 6 a § i 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt bestämmelsen får en upphandlande myndighet reservera deltagandet i en upphandling av vissa av de välfärdstjänster som förtecknas i bilaga 2 a till organisationer som uppfyller ett antal uppställda krav. Det ska handla om organisationer som

1. har som syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster,
2. återinvesterar eventuell vinst för att uppnå syftet enligt 1, och
3. har en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

Löptiden för ett kontrakt som tilldelas med stöd av denna bestämmelse får inte överstiga tre år. Om en upphandlande myndighet med stöd av bestämmelsen har tilldelat en organisation ett kontrakt för en viss tjänst under de senaste tre åren, får myndigheten inte med stöd av samma bestämmelse tilldela den organisationen ett kontrakt för den berörda tjänsten.

Införandet av den nya paragrafen i LOU innebär att Sverige har genomfört artikel 77 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Artikeln är frivillig för medlemsstaterna att genomföra. I artikel 77.5 finns en bestämmelse som riktar sig till EU-kommissionen och som anger att kommissionen ska göra en bedömning av effekterna av artikeln och rapportera till Europaparlamentet och rådet senast den 18 april 2019.

Lagrådet hade synpunkter på utformningen av regleringen och ansåg att den borde formuleras på ett mer lättbegripligt sätt. Regeringen angav att den hade förståelse för detta. Samtidigt finns enligt

regeringen betydande fördelar med att utforma regleringen så att den så långt som möjligt överensstämmer med det bakomliggande direktivet. Det är också den senare modellen som valdes vid införandet av LOU. Det finns inte heller enligt regeringen någon egentlig vägledning att hämta från direktiven för att kunna utforma bestämmelsen på ett annorlunda sätt. Att avvika alltför mycket från direktivets ordalydelse riskerar enligt regeringens bedömning att leda till svårigheter och tolkningsproblem vid gränsöverskridande situationer. Vid en samlad bedömning ansåg regeringen att den i lagrådsremissen valda lösningen var att föredra och att de oklarheter i direktivet som i viss utsträckning återspeglas i den föreslagna regleringen får överlämnas till rättstillämpningen att hantera.[24]

Regeringen anförde även: Som flera remissinstanser, bl.a. KKV, har påpekat är det viktigt att Upphandlingsmyndigheten bidrar med vägledning och stöd i frågor som rör tillämpningen av de föreslagna bestämmelserna. Regeringen vill framhålla att det i Upphandlingsmyndighetens uppdrag ingår att stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och verka för en rättssäker upphandling samt att underlätta idéburna organisationers deltagande i upphandling (se 1 § och 2 § 6 förordningen [2015:527] med instruktion för Upphandlingsmyndigheten).[25]

5.2 Andra relevanta existerande definitioner

Utöver existerande definitioner i svensk lagstiftning finns det ett antal andra relevanta definitioner som används i dag och som omfattar hela eller delar av den idéburna sektorn. För en genomgång av närliggande begrepp i den bredare diskussionen om sektorn, se kapitel 4.

5.2.1 FN:s satelliträkenskaper för icke-vinstdrivande organisationer

Statistiska centralbyrån har sedan 2010 haft i uppdrag av regeringen att ta fram statistik om det civila samhället. Statistiken ska tas fram i enlighet med FN:s statistiksystem för satelliträkenskaper om icke-vinstdrivande organisationer. Satelliträkenskaper är inriktade på att

[24] Prop. 2017/18:158, s. 91.
[25] Prop. 2017/18:158, s. 94.

beskriva och analysera ekonomin för ett visst ändamål. De är inte avsedda att ge en översikt över den nationella ekonomin, utan inriktas på det som är relevant för det specifika ändamålet. Därför kan man med hjälp av satelliträkenskaperna visa detaljer som inte är synliga i det aggregerade huvudsystemet för nationalräkenskaper.[26]

Icke-vinstdrivande organisationer (NPI, NonProfit Institutions) anses utgöra en viktig och växande ekonomisk kraft i hela världen. Det är en av orsakerna till att satelliträkenskaper till nationalräkenskaperna framställs för den sektorn i många länder och att FN har gett ut en handbok i ämnet. Det har under 2018 kommit ut en uppdaterad version av denna handbok.[27] Handboken innehåller information och riktlinjer bland annat för vad som ska anses ingå i det civila samhället och vad som räknas som en icke-vinstdrivande organisation.

I handboken anges fem kriterier (a – e nedan) för när en organisation anses ingå i det som benämns den tredje sektorn eller den sociala ekonomin. Liksom SCB gör i sina rapporter kommer vi i följande text i stället använda begreppet det civila samhället. I nästa avsnitt följer en redogörelse för de fem kriterierna för att ingå i det civila samhället. Handboken skiljer även på olika huvudtyper av organisationer bland de organisationer som ingår i det civila samhället. En huvudtyp är icke-vinstdrivande organisationer. Andra, såsom kooperativ och ömsesidiga företag[28], kallas i handboken för besläktade organisationer (till de icke-vinstdrivande). En beskrivning av de olika typerna av organisationer följer i avsnittet efter det som behandlar de fem gemensamma kriterierna.

I handboken hänvisas ofta till 2008 SNA. SNA står för System of National Accounts, vilket är FN:s nationalräkenskapssystem. 2008 fastställdes bland annat de kriterier som det nuvarande systemet för satelliträkenskaperna bygger på.

[26] Det civila samhället 2016 – satelliträkenskaper, SCB, s. 9.
[27] Satellite Account on Non-profit and Related Institutions and Volunteer Work, United Nations New York, 2018.
[28] Begreppet ömsesidiga företag förekommer i Sverige framförallt inom försäkringsbranschen där de benämns Ömsesidiga försäkringsbolag.

Kriterier för när en organisation ingår i det civila samhället

Tre avgörande karakteristika skiljer dessa organisationer från andra ekonomiska enheter: de är privata, har ett i huvudsak offentligt ändamål och de verkar på frivillig grund. Fem kriterier utgör tillsammans den operativa definitionen av de organisationer som ingår i det civila samhället:

a) Det måste vara en organisation (i viss mån formaliserad även om den inte behöver vara juridiskt registrerad eller konstituerad).

b) Organisationen måste vara självstyrande (fullt ansvarig för de ekonomiska risker och överskott som genereras av organisations verksamhet).

c) Organisationen måste vara icke-tvingande till sin natur (vilket innebär en tillräckligt hög grad av frivillighet för de personer som arbetar för organisationen eller deltar i dess aktiviteter).

d) Organisationen måste ha en avsevärd begränsning av utdelning av överskott (vinst), vilket innebär att det ska vara förbjudet enligt lag, styrdokument eller vedertagen sedvana att dela ut hela det överskott (gäller icke-vinstdrivande organisationer) eller mer än halva det överskott (gäller besläktade organisationer) som eventuellt uppkommer till chefer, anställda, investerare eller intressenter.[29]

e) Den måste vara privat (inte kontrollerad av det offentliga).

Organisation (a)

Enheten behöver inte vara formellt registrerad, men den måste ha en tillräcklig grad av varaktighet, en intern organisatorisk struktur och tillräckliga organisatoriska gränser. Så kallade informella organisationer som saknar uttrycklig rättslig status men i övrigt uppfyller kriteriet att vara organisationer med en tillräcklig grad av intern struktur och varaktighet uppfyller detta kriterium. I 2008 SNA beskrivs

[29] Utdelning av över 50 procent av vinsten är tillåten för kooperativ, om detta görs för att fullgöra ett välgrundat socialt ändamål (exempelvis anställningsstöd för missgynnade arbetstagare eller lägre kostnader för medlemmar).

icke-vinstdrivande organisationer som enheter som, trots att de inte har formell rättslig status ”erkänns av samhället”.[30]

Självstyre (b)

En organisation ska ha egen rätt att äga tillgångar, åta sig skulder och genomföra transaktioner och ha fullt ansvar för de ekonomiska riskerna och överskotten i sin verksamhet.[31] Vissa organisationer ägs av andra juridiska personer som kan vara såväl vinst som icke-vinstdrivande organisationer.

För att bestämma vem som har kontrollen över en organisation skiljs det i satelliträkenskaperna mellan juridiskt och ekonomiskt ägande och tyngdpunkten läggs på det senare snarare än det förra.[32] En ny organisation inom det civila samhället kan bildas av en annan juridisk person men anses inte kontrolleras av den så länge organisationen har det fulla ansvaret för de ekonomiska risker och överskott som genereras i dess verksamhet.[33] Självstyrande organisationer anses institutionellt avskilda från den juridiska ägaren. Varje organisation ska anses tillhöra en sektor med utgångspunkt från deras egna ekonomiska aktiviteter och inte utifrån vad organisationen som äger den gör. En organisation som bedriver verksamhet i vinstsyfte och som är helt och hållet ansvarig för den egna verksamhetens ekonomiska risker och överskott ingår inte i det civila samhället, även om den ägs av en organisation som ingår. Samtidigt gäller att en organisation som inte drivs i vinstsyfte och som är fullt ansvarig för den egna verksamhetens ekonomiska risker och överskott är en del av det civila samhället även om den ägs av en vinstdrivande organisation.

En annan nyckelindikator för att en organisation ska anses självstyrande är att dess styrande organ har befogenhet att upplösa den och laglig rätt avyttra dess tillgångar. Organisationer vars styrande organ inte har den befogenheten är inte självstyrande. Upplösningen av en organisation kan kräva att fastställda procedurer följs för att skaffa tillstånd enligt lag eller fullgöra lagstadgade eller avtalsenliga skyldigheter, men dess styrande organ måste ha egen rättslig befo-

[30] 2008 SNA, § 4.85a. Detta gäller eventuellt inte för kooperativ, ömsesidiga företag och liknande marknadsproducenter som i de flesta länder måste vara juridiskt registrerade för att kunna driva verksamhet.
[31] 2008 SNA, §§ 2.49, 3.23 och 3.26.
[32] 2008 SNA, §§ 2.43 och 3.21–3.29.
[33] 2008 SNA, §§ 2.49, 3.23 och 3.26.

genhet att inleda upplösningsprocessen. Att det offentliga har rätt att ogiltigförklara det styrande organets beslut om upplösning eller att upplösa organisationen mot det styrande organets vilja strider mot kravet på självstyre.

Icke-tvångsmässighet (c)

Medlemskapet eller deltagandet i en organisations aktiviteter får inte vara tvingande, vilket innebär att en person ska kunna välja att bli medlem eller avstå. Organisationer där medlemskapet uppkommer vid födelsen – exempelvis i släkter, klaner eller kaster – ingår inte i den sociala ekonomin. Skyldigheten att tillhöra en organisation kan ta sig olika uttryck. Det kan vara en sedvana enligt vilken personer med en viss social status eller födelsestatus måste tillhöra stammar, kaster, klaner eller religiösa samfund. Det kan vara lagkrav som gör medlemskap i vissa organisationer obligatoriskt eller användning av utomrättsligt tvång eller trovärdiga hot om utomrättsligt tvång för att tvinga människor att gå med i gäng eller miliser eller förhindra dem att gå ur när de väl har gått med.

Organisationer som kräver medlemskap – som yrkesföreningar där medlemskap krävs för att utöva ett yrke, bostadsrättsföreningar för att köpa en bostad, sportföreningar för att få ett tillstånd (till exempel för jakt eller fiske) eller politiska partier för att bli medlem i associerade organisationer – strider inte mot kriteriet att medlemskapet inte får vara tvingande, om en person kan välja om hon eller han vill delta i aktiviteten eller utöva yrket. På samma sätt strider förekomsten av sociala normer, förväntningar eller informella påtryckningar att gå med i vissa organisationer eller delta i deras aktiviteter (till exempel patriotiska sällskap eller föreningar för olika kön, åldrar eller etniciteter) inte mot icke-tvångsmässighetskriteriet om dessa förväntningar eller informella påtryckningar inte backas upp av utomrättsligt tvång eller trovärdiga hot om utomrättsligt tvång (från offentliga eller icke-offentliga organ).

Avsevärda begränsningar av utdelningen av överskott (d)

Organisationer inom det civila samhället måste enligt lag, interna regler eller sedvana[34] behålla hela eller en avsevärd del av vinster och överskott som genererats av deras produktiva aktiviteter i stället för att dela ut dem till investerare eller aktieägare. Detta skiljer dem från andra organisationer. Organisationerna inom det civila samhället får generera ett överskott under ett visst år men hela eller större delen av överskottet måste sparas eller användas för organisationens grundläggande mission och får inte delas ut till dess chefer, grundare, aktieägare eller styrelseledamöter.[35] Icke-vinstdrivande organisationer får inte bli en källa för inkomster, vinster eller andra finansiella förtjänster för de enheter som skapar, kontrollerar eller finansierar dem.[36] Samma princip, i något mindre sträng form, gäller för andra organisationer, som kooperativ och ömsesidiga företag.

En global konsensus har börjat utvecklas om att uttrycket ”avsevärda begränsningar av utdelningen av vinst” innebär att minst 50 procent av överskottet i varje enhet ska avsättas för att fullgöra organisationens sociala ändamål.[37] Vissa justeringar kan dock vara lämpliga när organisationens ändamål enligt stadgarna inkluderar aktiviteter som får till effekt att avsevärt reducera vinsten. Detta skulle exempelvis kunna vara fallet när en del av organisationens sociala ändamål är att subventionera kostnaden för varor eller tjänster genom att sälja dem under marknadspris till medlemmar. Det kan också vara fallet om syftet är att anställa ett betydande antal personer med

[34] I vissa länder där lagstiftningen som styr icke-vinstdrivande organisationer inte är så omfattande bestäms förbudet mot vinstutdelning till medlemmar eller investerare normalt av sedvana. Det överensstämmer med hänvisningen till en ”juridisk eller social enhet” i definitionen av en institutionell enhet (2008 SNA, § 4.6). Formell juridisk status anger typiskt sett vad organisationer har rätt att göra enligt lag. Registreringen av en organisation som en icke-vinstdrivande organisation, ekonomisk förening eller enhet undantagen från beskattning anger inte bara enhetens juridiska status som en institutionell enhet utan innebär även ett förbud mot vinstutdelning. På samma sätt anger sedvana inte bara att en organisation existerar utan även vilken sorts organisation den är vilket kan innefatta förväntningar på hur den ska hantera ett överskott.
[35] Kooperativ som delar ut hela eller större delen av sitt överskott till medlemmar kan fortfarande ingå i den sociala ekonomin, men bara om utdelningen är en central del av organisationens sociala ändamål är att sänka medlemmarnas kostnader.
[36] 2008 SNA, §§ 4.8 och 4.83.
[37] 2015 skrev Europeiska unionens råd: ”Per definition använder företag i den sociala ekonomin större delen av sina möjliga vinster som ett medel för att uppnå sina primära sociala mål snarare än för att maximera vinster för ägarna och aktieägarna” (Europeiska unionens råd, 2015). I luxemburgsk lag är ett nyckelkriterium för ”social impact”-företag att de ”följer principen att minst hälften av vinsten återinvesteras i underhåll och utveckling av företagets verksamhet” (Luxemburg, 2016). I Frankrike anger lagen att dessa enheter ska verka enligt principen att ”vinster till största delen ska avsättas till ändamålet att upprätthålla eller utveckla företagets verksamhet” (Frankrike, 2014).

funktionsnedsättningar eller personer som är marginaliserade eller på annat sätt har svårt att hitta arbete eller få tillgång till sociala resurser, vilket ger ökade kostnader för utbildning och socialt stöd. Detta sätt att avstå från vinst genom att ge subventioner eller ha högre kostnader skulle kunna betraktas som en del av innehållen vinst som stöd för organisationens sociala ändamål.

Avsevärda begränsningar i vinstutdelning innebär även att organisationer inom det civila samhället måste vara skyldiga enligt lag att överföra alla innehållna förtjänster eller andra tillgångar till en liknande organisation med ett socialt ändamål om organisationen skulle upplösas (så kallat kapitallås).

Privat (e)

En enhet i det civila samhället får inte kontrolleras av det offentliga. Därvid är det viktiga inte om den får sina inkomster från det offentliga, inte ens om dessa medel är betydande, eller om den har grundats av ett offentligt organ eller utför myndighetsliknande uppgifter (till exempel genom att utfärda tillstånd att utöva vissa yrken). Det yttersta testet för att avgöra att enheten inte kontrolleras av det offentliga är om organisationens styrande organ har egen befogenhet att upplösa organisationen. I 2008 SNA lämnas det rådet till statistikorganen att de bör avgöra om en organisation kontrolleras av det offentliga på basis av en kombination av den sammantagna bedömningen av följande fem indikatorer, varav endast en berör finansieringen[38]:

a) Om det anges i stiftelseurkund, stadgar eller andra styrinstrument att det offentliga har rätt att utse befattningshavare (eller ansvariga) att leda organisationen.

b) Om styrinstrumentet innehåller andra klausuler än de som gäller hur befattningshavare utses som i praktiken ger det offentliga rätt att bestämma viktiga aspekter av organisationens generella policy eller handlingsplan, exempelvis att specificera eller begränsa dess verksamhet, mål eller andra verksamhetsaspekter eller att entlediga nyckelpersonal, inge veto mot utnämningar eller kräva förhandsgodkännande av budgetar eller ekonomiska beslut.

[38] 2008 SNA, §. 4.92.

c) Om det finns ett avtal mellan organisationen och det offentliga som tillåter det offentliga att bestämma nyckelkomponenter i organisationens generella policy eller handlingsplan på andra sätt än ovan, exempelvis genom att tillåta det offentliga att säga upp organisationens avtal eller förbjuda organisationen att ändra sina stadgar eller att upplösa sig själv.

d) En organisation som i huvudsak finansieras av det offentliga skulle kunna anses vara kontrollerad av det offentliga. Detta är dock inte fallet om organisationen till en betydande del bestämmer sina egna policys eller handlingsplaner. Även om en organisation till exempel får medel från flera offentliga organ och detta sammantaget utgör en betydande del av organisationens inkomster kan det vara så att inget enskilt bidrag är tillräckligt stort för att det ska anses att organisationen är kontrollerad av det offentliga. Organisationen kontrolleras inte heller av det offentliga om organisationens styrande organ har befogenhet att avvisa den offentliga finansieringen.

e) Om det offentliga öppet tillåter sig att ta på sig hela eller en stor del av de ekonomiska risker som uppkommer genom en organisations verksamhet på ett sätt som låter det offentliga utforma betydande aspekter av organisationens generella policy eller handlingsplan, innebär detta arrangemang att det offentliga kontrollerar organisationen.

Alla enheter som formellt ingår i den offentliga sektorn eller i undersektorer till den offentliga sektorn anses vara kontrollerade av det offentliga. Dessa enheter ska identifieras separat i enlighet med reglerna om klassificering av undersektorer[39] men ingår inte i satelliträkenskaperna om det civila samhället. Dessutom behandlar SNA av tradition vissa typer av enheter, som offentliga statistikorgan, organ för social trygghet och offentliga universitet som offentliga organ, även om deras verksamhet uppvisar en betydande grad av autonomi. På samma sätt behandlar SNA centralbanker som offentliga ekonomiska organisationer. Dessa enheter ingår därför inte i satelliträkenskaperna om det civila samhället. Även pensionsinstitut utesluts av tradition.

[39] 2008 SNA, §§ 4.148 och 23.9, bilaga A1.

Huvudtyper av organisationer som ingår i det civila samhället

Bland de organisationer som ingår i det civila samhället, och alltså uppfyller kriterierna i avsnittet ovan, finns det enligt FN-handboken ett antal huvudtyper av organisationer. Nedan följer en beskrivning av dessa olika typer och vad som skiljer dem åt.

1. Icke-vinstdrivande organisationer

I FN:s nationalräkenskapssystem SNA 2008 definieras en icke-vinstdrivande organisation (Non-profit institution – NPI) som: en ekonomisk enhet som kan äga tillgångar, ta på sig skulder och ha ett ekonomiskt utbyte och göra transaktioner med andra enheter.[40]

Icke-vinstdrivande organisationer kan ha olika juridiska former i olika länder (exempelvis välgörenhetsorganisationer, allmännyttiga organisationer, stiftelser, ideella eller ekonomiska föreningar). Det viktigaste operationella kriteriet som avgör om en organisation är icke-vinstdrivande är inte den juridiska formen utan att de stadgar som upprättat organisationen har utformats på ett sådant sätt att de enheter som kontrollerar eller administrerar dem inte får ta del av de vinster eller andra inkomster som de genererar.[41] Snävt tolkat, utesluter detta kriterium alla organisationer som tillåter vinstutdelning, oavsett för vilket ändamål de har bildats.

Det totala förbudet för vinstutdelning som finns för icke-vinstdrivande organisationer[42] är ett specialfall av kriteriet begränsad vinstutdelning som gäller för hela det civila samhället (se avsnittet ovan).[43] För att klassas som en icke-vinstdrivande organisation kan en organisation därför generera vinst men måste använda hela vinsten i sin verksamhet i stället för att dela ut den till sina medlemmar, anställda, chefer eller andra intressenter. Detta kriterium skiljer icke-vinstdrivande organisationer från de andra två typerna av organisationer inom det civila samhället (kooperativ/ömsesidiga företag och sociala företag) som får lov att dela ut en del av sin vinst till sina intressenter.

Inte alla icke-vinstdrivande organisationer kan tas upp i satelliträkenskaperna om det civila samhället. Enheter som kontrolleras av

[40] 2008 SNA, § 4.2.
[41] 2008 SNA, §§ 4.8 och 4.83.
[42] 2008 SNA, §§ 4.8 och 4.83.
[43] 2008 SNA § 3.13.

det offentliga eller som inte uppfyller de operativa kriterierna ingår inte i det civila samhället.

2. Besläktade organisationer

Tre olika typer av organisationer är besläktade med icke-vinstdrivande organisationer: kooperativ, ömsesidiga företag och sociala företag. Dessa organisationer har ett kriterium gemensamt som skiljer dem från icke-vinstdrivande organisationer: de får, i begränsad utsträckning, dela ut vinst. Förutom detta enda gemensamma kriterium finns det dock betydande skillnader mellan kooperativ och ömsesidiga företag å ena sidan och sociala företag å andra sidan. Ett nyckelkriterium för kooperativ och ömsesidiga företag, som inte gäller för sociala företag, är att vinst får fördelas baserat på medlemskapsaktiviteter men inte till medlemmar eller andra intressenter på basis av betalda avgifter eller investerat kapital.[44] Till skillnad från kooperativ verkar sociala företag inte heller med begränsningen demokratisk kontroll (styrs av medlemmarna enligt principen en person, en röst). I stället ägs och kontrolleras de typiskt sett av entreprenörer, har sällan medlemmar och är inte skyldiga att tillhandahålla medlemmarna tjänster till självkostnadspris.

a) Kooperativ definieras i satelliträkenskaperna som ”organisationer som grundas frivilligt av personer för att tillvarata medlemmarnas ekonomiska intressen”. Ytterligare grundläggande principer som skiljer dessa enheter från vanliga vinstdrivande företag anges i 2008 SNA: (a) demokratisk kontroll, det vill säga en person, en röst (b) dubbla identiteter, det vill säga medlemmarna är både ägare och kunder och (c) ändamålet att tillhandahålla medlemmarna tjänster till självkostnadspris.[45] De flesta kooperativ får dela ut vinst till medlemmarna men vinsterna delas ut i enlighet med kooperativets överenskomna regler och inte nödvändigtvis i förhållande till ägda andelar.[46] I många länder måste olika typer av kooperativ ha olika juridiska former och stadgar (exempelvis sociala kooperativ, arbets-, konsument- eller producentkooperativ). Kooperativ som

[44] 2008 SNA, § 4.41. Se även ILO, 2017 (första delen, första kap.) och Barea et al. 2006. Betalning av en rimlig ränta utgör inte vinstutdelning baserat på investerat kapital.
[45] 2008 SNA, § 23.21.
[46] 2008 SNA, § 4.41.

helt eller avsevärt begränsar vinstutdelning anses ingå i det civila samhället.

b) Ömsesidiga företag är, liksom kooperativ, startade av personer som vill förbättra sin ekonomiska situation genom kollektiva aktiviteter men de skiljer sig från kooperativ genom att de är mekanismer för att dela risker, antingen personliga risker eller egendomsrisker, genom periodiska bidrag till en gemensam fond.[47] Ömsesidiga företag som avsevärt eller helt begränsar sin vinstutdelning ingår i det civila samhället.

c) Sociala företag utgör en mindre tydligt uttalad grupp av enheter än kooperativ och ömsesidiga företag i SNA. Trots detta har de väckt ett avsevärt intresse i politiska kretsar. I olika länder har speciella juridiska kategorier skapats för dessa enheter. Sociala företag (eller sociala organisationer) är enheter som använder marknadsmässiga metoder för att i första hand uppnå sociala ändamål, som att anställa och utbilda missgynnade personer (exempelvis personer med funktionsnedsättningar eller långtidsarbetslösa), producera produkter med speciellt socialt värde eller utföra tjänster åt missgynnade personer på annat sätt. Även dessa organisationer har olika juridiska former i olika länder, exempelvis arbetsintegrerande sociala företag, allmännyttiga korporationer, vinstdrivande korporationer, välgörenhetsorganisationer, personaldrivna företag, impact investment-organisationer eller personalägda företag. De företag som avsevärt begränsar sin vinstutdelning, direkt eller indirekt, genom de personer som de anställer eller utbildar, genom att sälja sociala eller miljövänliga produkter eller genom den kundkrets de har ingår i den sociala ekonomin och därmed i det civila samhället. Ett socialt företag betraktas som en icke-vinstdrivande organisation i satelliträkenskaperna om det inte genererar vinst och delar ut vinsten till ägare eller aktieägare.[48]

[47] 2008 SNA, § 23.22.
[48] 2008 SNA, § 23.25.

Sammanfattning av de olika undersektorerna när det gäller typer av organisationer inom det civila samhället

Det civila samhället innefattar således tre institutionella undersektorer som utmärks av de regler som styr deras organisationsstruktur och vad de får göra med den vinst de eventuellt genererar. Följande riktlinjer kan användas för att identifiera undersektorerna:

a) Icke-vinstdrivande organisationer består av enheter som inte får dela ut vinst till sina intressenter. Icke-vinstdrivande organisationer kan styras av medlemmarna eller vissa typer av[49] styrelser.

b) Kooperativa och ömsesidiga företag består av enheter som styrs av medlemmarna enligt principen en person, en röst; de får inte dela ut mer än 50 procent av vinsten; de måste ha ett kapitallås på innehållna inkomster och den delen av vinsten som får delas ut får inte delas ut på basis av betalda avgifter eller investerat kapital.

c) Sociala företag består av enheter som inte får dela ut mer än 50 procent av vinsten; de måste ha ett kapitallås på innehållna inkomster; de får ägas och styras av individuella entreprenörer och får även i viss mån dela ut vinst på basis av investerat kapital.

5.2.2 Famnas definition av idéburen verksamhet

Organisationen Famna – riksorganisation för idéburen välfärd har i en policy antagen av styrelsen 2017 slagit fast vilka principer de tillämpar när begreppen vinst, vinstutdelning och idéburen ska definieras. Famna tillämpar följande principer:

– Definitionen av ”idéburen verksamhet” tar fasta på både vad som händer med vinsten och vad som är drivkraft bakom verksamheten. Det ekonomiska överskottet/vinsten ska inte kunna tillfalla individer, dvs fysiska personer. De ekonomiska resurserna utgör ett medel, inte ett mål, för idéburna organisationer. Ekonomiska överskott återinvesteras inom verksamheten eller inom annat allmännyttigt ändamål.

[49] På engelska används begreppet ”selfperpetuating boards of directors”. Skulle kunna översättas med ”självuppehållande styrelser”. Avser sannolikt stiftelser eller motsvarande associationsformer.

- Stiftelser, ideella föreningar, trossamfund och aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (svb-bolag) anses av princip uppfylla kravet om att vinst inte tillfaller fysisk person. Vinstutdelning förekommer inte till individer.
- Aktiebolag där moderorganisationen är en stiftelse, ideell förening eller trossamfund kan hänföras till idéburen sektor. I fråga om aktiebolag krävs att moderorganisationens juridiska form är känd.
- Aktiebolag där vinstutdelningsbegränsning är tydligt införd i bolagsordningen kan också hänföras till idéburen sektor.
- Ekonomiska föreningar måste hanteras separat i en egen kooperativ kategori och bedömas från fall till fall. I bedömningen måste vägas in att löner till ledningen är marknadsmässiga i sektorn (och att arrangemang som t.ex. en 13:e månadslön inte används som ett sätt att i praktiken dela ut vinst).
- Frågan om drivkrafter, att organisation eller ägarsystem återspeglar uppdraget, är avgörande för klassificering av idéburna organisationer.
- I rapporten Sektorbaserad statistik på välfärdsområdet[50], överlämnad till Välfärdsutredningen i februari 2017, analyseras definitionsfrågan och en systematisk metod för att i offentlig statistik kunna hänföra organisationer till rätt sektor beskrivs. I Famnas bedömning av vilka organisationer/företag som är idéburna anges att Famnas styrelse fortsättningsvis kommer att luta sig mot den analysmodell och metodik som återfinns i statistikrapporten.

5.2.3 Giva Sverige, kvalitetskod för insamlingsorganisationer

Giva Sverige, tidigare Frivilligorganisationernas insamlingsråd (FRII), är en branschorganisation för insamlingsorganisationer, vars uppdrag är att bidra till ett tryggt givande och ett högt förtroende för organisationerna. Giva Sverige har tagit fram en kvalitetskod[51] som medlemsorganisationerna måste följa. En del av koden består av framtagna riktlinjer för intern kontroll och styrning. Enligt dessa finns

[50] Sektorbaserad statistik på välfärdsområdet, Rapport till Välfärdsutredningen 2017-02-17, Famna och Stockholm Center for Civil Society Studies.
[51] www.givasverige.se/kvalitet-styrning

det tre olika nivåer på krav som ska följas beroende på organisationens storlek. Exempel på krav som finns i kvalitetskoden är följande:

- Organisationens ändamål ska beskrivas i stadga/stiftelseurkund.
- Organisationens juridiska form ska vara ideell förening, stiftelse eller registrerat trossamfund.
- Organisationen ska upprätta en verksamhetsberättelse eller motsvarande dokument som visar att resurserna under det senaste verksamhetsåret i huvudsak har använts i enlighet med det ändamål som beskrivits i stadgan/stiftelseurkunden.

Det ställs vidare ett antal krav på styrelsen, styrningen av organisationen, internkontroll, insamling, anställda och volontärer samt rapportering. Kvalitetskoden ställer även krav på att vissa dokument ska finnas på organisationens hemsida. Det handlar bland annat om stadga eller stiftelseurkund, styrande dokument som reglerar placering av kapital, styrande dokument som visar hur organisationen arbetar för att motverka oegentligheter, organisationens system för att möjliggöra anonyma anmälningar, styrande dokument som reglerar organisationens insamlingsarbete, uppförandekod, effektrapport och årsredovisning.

I detta sammanhang kan även nämnas Svensk Insamlingskontroll. Svensk Insamlingskontroll är en ideell förening vars huvudmän är den svenska arbetsmarknadens centralorganisationer – LO, SACO, TCO och Svenskt Näringsliv. Syftet är att verka för att offentliga insamlingar för humanitära, välgörande, kulturella och andra allmännyttiga ändamål sker under betryggande kontroll, att insamlingar inte belastas med oskäliga kostnader, att sunda marknadsföringsmetoder används på insamlingsområdet samt att ändamålsenliga metoder för insamlingskontroll utvecklas. Föreningen beviljar så kallade 90-konton under förutsättning att organisationerna försäkrar att de följer Svensk Insamlingskontrolls föreskrifter och anvisningar samt att de får granska 90-kontoinnehavaren.

5.2.4 Finansdepartementets promemoria med ändringar i Välfärdsutredningens förslag

Regeringen föreslog i propositionen Tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skollagsreglerad verksamhet[52] att ett krav på tillstånd för att få ta emot offentlig finansiering skulle införas för juridiska personer som bedriver verksamhet enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, socialtjänstlagen (2001:453) och skollagen (2010:800). Endast juridiska personer som kunde visa att offentliga medel, utöver ett tillåtet rörelseresultat, skulle gå till verksamhet enligt de lagarna skulle få tillstånd att ta emot offentlig finansiering. I promemorian Vissa ändringar i regleringen om tillstånd att ta emot offentlig finansiering[53], föreslog finansdepartementet vissa ändringar i och kompletteringar till de förslag som lämnats i propositionen. Bland annat föreslogs ett undantag när det gällde det föreslagna kravet på tillstånd för att få ta emot offentlig finansiering enligt följande.

> Undantag från vissa krav för att beviljas tillstånd att ta emot offentlig finansiering ska kunna gälla om sökanden är en ideell förening, en stiftelse, ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning eller en motsvarande utländsk juridisk person med hemvist i ett annat land än Sverige inom Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet.

I promemorian anförs att merparten av de organisationer som i Sverige anses vara idéburna sannolikt skulle klassificeras som icke-vinstdrivande organisationer enligt de kriterier som används i FN:s satelliträkenskaper för icke-vinstdrivande organisationer i nationalräkenskaperna. I Sverige finns emellertid ingen myndighet eller annan organisation som har i uppdrag att definiera vilka som ska anses vara idéburna eller icke-vinstdrivande organisationer. Det finns inte någon offentlig instans som kan avgöra t.ex. under vilka förutsättningar aktiebolag eller ekonomiska föreningar som ägs av stiftelser eller som har inskrivet i bolagsordningen eller stadgarna att alla medel ska återinvesteras i verksamheten, ska anses vara idéburna.

Enligt promemorian är en förutsättning för rättssäkra bedömningar att de tillsynsmyndigheter som ska göra bedömningen av vilka krav som ska uppfyllas av sökanden har en tydlig reglering att följa. Möjligheten till undantag från vissa av kraven bör därför enligt

[52] Prop. 2017/18:159.
[53] Fi 2018/00130/K.

promemorians förslag, i avsaknad av en vedertagen juridisk avgränsning av icke-vinstdrivande idéburna aktörer, gälla vissa associationsformer. Den bör gälla för juridiska personer med associationsformer vars syfte inte är att generera vinst till ägarna eller medlemmarna. Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (SVB), ideella föreningar och stiftelser är sådana svenska associationsformer och föreslogs därför under vissa förutsättningar undantas från ett antal av de föreslagna kraven. I promemorian föreslogs även att:

> Undantag från vissa krav för att beviljas tillstånd att ta emot offentlig finansiering ska endast gälla om den sökande har ett allmännyttigt syfte.

Enligt promemorian skulle det inte vara tillräckligt att verksamheten bedrivs i någon av de angivna associationsformerna. Därutöver skulle det krävas att den juridiska personen har ett allmännyttigt syfte. Det skulle vara den som ansöker om tillstånd som hade att visa att kravet på allmännyttigt syfte är uppfyllt. Detta skulle kunna ske t.ex. genom att det framgår av stadgarna i en ideell förening, bolagsordningen i ett SVB, stiftelseförordnandet i en stiftelse eller motsvarande dokument.

Begreppet allmännyttigt syfte skulle enligt promemorian i detta sammanhang tolkas brett. Det skulle innebära att ledning för tolkning av begreppet kunde tas från vad som anses vara ett sådant syfte enligt någon av de olika befintliga lagar där begreppet används (inkomstskattelagen, spellagen och lagen om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag). Ett allmännyttigt syfte kunde enligt promemorian t.ex. vara att bidra till samhällets utveckling, till lösningen av ett samhällsproblem eller svara mot ett behov i samhället. Syftet skulle emellertid vara förenligt med de mål och principer som finns för välfärden. Ett allmännyttigt ändamål kan enligt promemorian inte vara begränsat till vissa familjers, medlemmars eller andra bestämda personers intressen. Verksamheten kunde dock anses ha ett allmännyttigt syfte även om den riktade sig till en viss grupp, som exempelvis våldsutsatta kvinnor eller ungdomar med särskilda behov. I en juridisk person med allmännyttigt syfte fick enligt vad som anförs i promemorian inget eventuellt ekonomiskt överskott ges tillbaka till ägare, medlemmar, huvudmän eller andra bestämda personer.

Remissvar från idéburna organisationer

I ett gemensamt remissvar från Arbetsgivarföreningen KFO, Coompanion Sverige, Famna – riksorganisation för idéburen vård och social omsorg, Forum – idéburna organisationer med social inriktning, FSO fria förskolor och Idéburna skolors riksförbund välkomnade organisationerna förslaget om att undanta idéburen välfärd från vissa av kraven för att ta emot offentlig finansiering. De var emellertid bekymrade över att den föreslagna definitionen av idéburna organisationer var alltför snäv och skulle utestänga många idéburna verksamheter. Organisationerna välkomnade det föreslagna undantaget för ideell förening, stiftelse och aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning, svb (eller motsvarande utländsk juridisk person med hemvist i ett annat land än Sverige inom europeiska ekonomiska samarbetsområdet). De föreslog dock att de uppräknade associationsformerna kompletterades med registrerade trossamfund, ekonomiska föreningar efter bedömning, samt av samtliga undantagna associationsformer helägda aktiebolag. Organisationerna föreslog att aktiebolag (som ej är dotterbolag till någon av de undantagna associationsformerna) skulle utredas vidare.

När det gäller ekonomiska föreningar föreslog organisationerna att det utvecklades ett rättssäkert tillvägagångssätt för att i varje enskilt fall pröva om en ekonomisk förening är en idéburen verksamhet i praktiken eller inte. De kriterier som föreslogs för att en ekonomisk förening som mottar offentliga medel för välfärdsverksamhet skulle kategoriseras som idéburen var att den ska:

1. Ha ett allmännyttigt syfte i sin ändamålsparagraf.
2. Göra värdeöverföring till allmännyttigt ändamål enligt § 6 i lagen om ekonomisk förening.
3. Ansluta sig till FRII:s etiska kod, med följd att löneuttag är transparenta.

Vidare att:

4. Dessa förhållanden ska följas upp och granskas av föreningens revisorer, enligt god revisionssed. Revisorerna ska ha tydliga riktlinjer att inte kunna rekommendera ansvarsfrihet om dessa villkor inte är uppfyllda.

Propositionen, vars förslag föreslogs ändras genom promemorian, röstades ner i riksdagen. Ändringarna i den föreslagna regleringen aktualiserades därför inte.

5.2.5 Definitioner och förfaranden i andra länder

Begreppet idéburen sektor är svenskt och saknar direkt motsvarighet i andra EU/EES-länder. Överlag gäller att olika länder använder sig av olika begrepp, vilket ofta har historiska förklaringar. På EU-nivå har det därför varit nödvändigt att använda övergripande begrepp.

Då utredningens uppdrag gäller idéburna organisationer som väljer att vara aktörer inom välfärden och syftar till att åstadkomma en tydlig definition av dessa är vårt fokus olika typer av rättsliga definitioner, inte begrepp som förekommer i policydokument eller i den bredare diskussionen om den idéburna sektorn.

Norge

I Norge används begreppet ideella aktörer och organisationer men någon legaldefinition har inte tagits fram. Ett annat begrepp som anses ha en vidare innebörd är ”frivilligsektorn”. Ett förslag finns framtaget som innehåller en definition av ideella organisationer i upphandlingslagstiftningen. Enligt förslaget är ideella organisationer:

> organisationer som uteslutande arbetar mot ett socialt syfte/mål för samhällets bästa och som återinvesterar eventuellt överskott tillbaka i den verksamheten.

I förslaget anges att ideella organisationer skiljer från kommersiella genom att ha en annan bas för sin verksamhet, en uppdragsbeskrivning som sträcker sig bortom den faktiska produktionen av tjänsten och som kännetecknas av idealism. Stadgarna kan vara utgångspunkten när syftet bestäms men även andra underlag kan användas. Organisationen får i stort sett enbart arbeta för ett socialt ändamål. Om organisationen tillhandahåller andra tjänster än hälso- och socialtjänster ska dessa vara av begränsad omfattning och avsedda att stödja huvudföremålet, dvs. det sociala syftet/målet med verksamheten. Det innebär att även organisationer som har t.ex. kaféverksamhet på ett sjukhem är en ideell organisation. Om kaféverksamheten ger

överskott ska detta alltså återinvesteras. Överskott får inte delas ut till medlemmar, ägare eller andra utöver det som krävs för att täcka kostnader för driften. Verksamheten ska vara organiserad så att den inte är beroende av ekonomiska intressen. Både direkt och indirekt överskott omfattas av bestämmelsen. Som exempel på indirekt uttag av vinst anges avkastning på eget kapital som går utöver det som anses rimligt, avtal med ägare om köp av varor och tjänster under marknadspris, försäljning av egendom som realiserar kapital om det inte används för organisationens syfte/mål samt extraordinära lönenivåer.

Definitionen pekar inte ut någon associationsform. Däremot anges att det torde vara en låg risk att en stiftelse med sociala eller humanitära syften inte skulle vara ideell och omfattas av definitionen. Beträffande aktiebolag kan dessa också vara ideella, men då måste ägaren vara en ideell organisation. Det finns inte heller något hinder mot koncernstrukturer så länge samtliga ingående organisationers stadgar garanterar det sociala syftet och överskott återinvesteras. Något register eller dylikt föreslås inte utan det är den upphandlande myndigheten som ska göra bedömningen.

Begreppet har förts över från ett undantag som tidigare fanns i upphandlingslagstiftningen, vilket enligt förslaget innebär att äldre praxis kan tillämpas (se avsnitt 6.4.3).

Förslaget har varit ute på remiss. Mottagandet har varit blandat. Från företagarsidan hävdas bl.a. att definitionen är förenad med flera utmaningar. Den rör organisationer som levererar tjänster och varor på en marknad och alltså bedriver näringsverksamhet anser företagen. Det förs fram att organisationerna som ingår inte är en avgränsad grupp utan en grupp som har några typiska egenskaper. En remissinstans påpekar att det finns många sätt att disponera intäkter och kostnader på som är ägnade att dölja överskott. Detta innebär att det är svårt att skilja ideella organisationer från kommersiella menar remissinstansen. Kritik har lämnats mot att föreslaget inte redogör för skillnaderna mellan frivilliga och ideella organisationer samt mellan ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet. Detta kommer enligt en annan remissinstans leda till årslånga tvister och innebära en stor osäkerhet. Företrädare för den ideella sektorn för bl.a. fram att förslaget visar på förståelse för sektorn som är ”not for profit”. De menar att ideella organisationer är professionella tjänsteleverantörer som inte kan uppnå sin verksamhetsidé eller infria sina förpliktelser och utveckla tjänster av hög kvalitet utan en sund eko-

nomi. Denna remissinstans – organisationen Virke – menar att förslaget är väl avvägt och stämmer överens med deras syn på vad ideella organisationer är och vad de tillför samhället.

Definitionen är ingen legaldefinition utan framtagen att endast användas i upphandlingssammanhang.

Tyskland

Det finns ingen registrering eller certifiering av idéburna organisationer i Tyskland. Däremot anges i den tyska skattelagstiftningen (Abgabenordnung) vilken typ av företag och organisationer som har rätt till skattenedsättningar och andra skattemässigt gynnande särregler för att de bedriver verksamhet med *allmännyttiga*, *religiösa* eller *välgörenhetsändamål* (se nedan). Reglerna är inte begränsade på så sätt att de bara gäller för vissa juridiska personer. Förutom att organisationen ska ha ett sådant särskilt ändamål ska verksamheten vara altruistisk, exklusiv och direkt.

Med att verksamheten är exklusiv avses att det skatteprivilegierade ändamålet ska vara organisationens enda ändamål. Med direkt menas att det är organisationen själv som ska utöva verksamheten i enlighet med ändamålen. För att verksamheten ska anses altruistisk måste ett antal villkor vara uppfyllda vilka redogörs för nedan efter genomgången av de olika ändamål som medför skattenedsättning.

En organisation ska anses ha *allmännyttiga ändamål* om dess verksamhet främjar sådana ändamål i materiellt, andligt eller moraliskt hänseende. Det ska inte anses som ett främjande av allmänna ändamål om den grupp personer som drar fördel av verksamheten är begränsad, till exempel genom tillhörighet till en viss familj eller ett visst företag, eller om gruppen aldrig kan bli annat än liten som ett resultat av ändamålets definition. Detta gäller särskilt geografiska eller yrkesmässiga begränsningar. Som främjande av allmänna ändamål räknas inte heller endast det faktum att ett företag överför sina medel till ett offentligrättsligt organ.

I en uttömmande lista räknas ett antal ändamål upp såsom allmännyttiga till exempel: främjande av forskning, religion, folkhälsa, sjukvård, omsorg om unga och äldre, konst och kultur, bevarande av historiska monument, stöd till studenter, vuxenutbildning, yrkesutbildning, stöd till flyktingar, räddningstjänst, katastrofarbete, civilt

försvar, internationalism och kulturell tolerans, djurskydd, jämställdhet och brottsförebyggande arbete.

Med *välgörenhetsändamål* avses att verksamheten är inriktad på stöd till personer som på grund av deras fysiska, mentala eller emotionella tillstånd är beroende av andras hjälp eller vars inkomst inte är större än fyra gånger standardnivån för socialt bistånd. Som *religiösa ändamål* anses att ett företags eller en organisations verksamhet är tillägnad att främja utvecklingen av en religiös gemenskap inom en enhet som är offentligrättsligt reglerad.

Som nämnts ovan krävs för skattenedsättning även att verksamheten ska vara altruistisk. Verksamheten anses vara altruistisk om den inte i första hand gynnar organisationens egna ekonomiska syften, till exempel kommersiella eller andra vinstdrivande syften samt om följande villkor är uppfyllda:

1. Organisationens medel får endast användas för de syften som anges i stadgarna. Medlemmar eller samarbetspartners får varken få vinstandelar eller några andra anslag från organisationens medel. Organisationen får inte använda sina medel för att direkt eller indirekt främja eller stödja politiska partier.

2. När ett medlemskap avslutas eller en organisation upphör får medlemmarna inte erhålla mer än sina inbetalda kapitalandelar och marknadsvärdet av vad de bidragit med.

3. Organisationen får inte ge någon person oproportionerligt hög ersättning eller förmåner som inte är relaterade till syftet.

4. Om organisationen upplöses eller likvideras eller om det tidigare ändamålet upphör att gälla, kan tillgångar som överstiger medlemmens inbetalda kapitalandelar och det verkliga marknadsvärdet av dennes bidrag endast användas för sådana syften som är skattemässigt privilegierade.

5. Medlen ska i princip användas omgående för de ändamål som anges i stadgarna. Användning av medel för förvärv eller skapande av tillgångar som tjänar de syften som anges i stadgarna anses också utgöra en lämplig användning. Fonder ska anses ha använts omedelbart när de används för de skatteprivilegierade ändamål som anges i stadgarna senast två kalenderår eller räkenskapsår efter periodiseringen.

Enligt lagstiftningen ska vidare de ändamål som anges i stadgarna och de medel med vilka de ska uppnås vara så exakt definierade att det med utgångspunkt i stadgarna kan fastställas huruvida förutsättningarna för skattenedsättning har uppfyllts.

Italien

Italien har en särskild lag för den tredje sektorn (Codice del Terzo settore) som antogs 2016. I lagen definieras Enti del Terzo settore (ETS) i flera steg. Först sker en uppräkning av vilka typer av organisationer som anses tillhöra den tredje sektorn om de dessutom är införda i det nationella registret över den tredje sektorn (art. 4.1). Exempel är frivilligorganisationer, filantropiska organisationer, sociala företag, stiftelser och andra privaträttsliga subjekt utan vinstsyfte som skapats för olika typer av allmännyttiga ändamål. Bestämmelsen innehåller även en uppräkning av typer av organisationer som inte ingår i den tredje sektorn, däribland politiska partier, fackföreningar, arbetsgivarorganisationer och professionsorganisationer (art. 4.2). Vad gäller religiösa organisationer (art. 4.3) så omfattas dessa av lagens regler i de delar som de bedriver verksamhet av allmänt intresse (se nedan).

ETS-organisationer (förutom sociala företag och sociala kooperativ) utför enbart eller företrädesvis en eller flera aktiviteter av allmänt intresse, utan vinstintresse och med syften som är allmännyttiga (finalitá civiche, solidaristiche e di utilità sociale). Vidare ges i lagen en uppräkning av verksamheter som anses vara aktiviteter i allmänt intresse förutsatt att den utförs i enlighet med de regler som gäller för respektive verksamhet. Vissa punkter i uppräkningen hänvisar till en viss aktivitet som regleras i annan lagstiftning. medan andra punkter hänvisar till ett visst begrepp som inte definieras närmare men som får antas ha en allmänt accepterad innebörd och ytterligare andra är beskrivningar av en viss verksamhet.

Bland de uppräknade verksamheterna finns hälso- och sjukvård, social omsorg, utbildning, yrkesutbildning och högskoleutbildning, forskning, miljö- och naturvård, kulturminnesvård, kultur, närradio, utvecklingsbistånd, flyktingmottagning, amatöridrott, fredsarbete och främjande av mänskliga rättigheter. Det finns även ett bemyndigande till regeringen att utöka listan.

En ETS kan även bedriva annan verksamhet än sådan som är av allmänt intresse. Sådan verksamhet måste dock vara tillåten enligt organisationens stadgar och vara sekundär och till hjälp för verksamheten av allmänt intresse. Detta bedöms efter kriterier som beslutas av arbetsmarknads- och socialministeriet.

Den italienska lagstiftningen innehåller vidare regler om ETS tillgångar och avsaknaden av vinstsyfte. Tillgångarna får bara användas för de allmännyttiga ändamål som anges i stadgarna (art. 8.1). Som en följd av detta är utdelning, även indirekt, till grundare, medlemmar, arbetstagare eller ledning förbjuden. Detta gäller även då verksamheten upphör eller organisationen upplöses. De därpå följande bestämmelserna anger ett antal situationer som ska betraktas som otillåten vinstutdelning.

De organisationer som uppfyller kraven och skriver in sig i registret för Enti del Terzo settore ska i sin beteckning lägga till förkortningen ETS och ange sin status i sin korrespondens och kommunikation med allmänheten (art. 11 samt 12.1). Undantag görs för religiösa samfund (art. 12.2). Andra krav som det finns anledning att notera är krav på att organisationens stadgar ska ange avsaknaden av vinstsyfte och det allmännyttiga ändamålet (Art. 21). Det ställs dock inte något krav på att organisationen ska ha en viss associationsform.

Det finns även tämligen detaljerade regler för hur inskrivning i det nationella registret över ETS ska gå till och hur registret ska vara utformat (art. 45–54). Trots att det rör sig om ett nationellt register ska inskrivning i normalfallet ske hos regionala myndigheter. Myndigheten ska då bedöma om de krav som krävs för inskrivning är uppfyllda. Beslut ska fattas inom 60 dagar. Eventuella avslag ska motiveras. Myndigheten kan även uppmana ansökande organisationer att komplettera sina ansökningar. Om den ansökande organisationens stadgar följer en standardmodell som tagits fram av sektorsorganisationer och godkänns av arbetsmarknads- och socialministeriet ska beslut fattas inom 30 dagar. Registret har inte börjat användas i praktiken ännu.

Spanien

Spanien antog 2011 en ny lag om social ekonomi (Ley 5/2011 de Economia Social). Lagen har till syfte främja den sociala ekonomin bland annat genom att skapa ett gemensamt rättsligt ramverk för de aktörer som utgör den sociala ekonomin (art. 1). Social ekonomi definieras som ekonomiska aktiviteter som utförs i den privata sektorn av juridiska personer som verkar för sina medlemmars kollektiva ekonomiska eller sociala intressen i enlighet med principerna för den sociala ekonomin (art. 2). Dessa principer är att individen och det sociala syftet ska ha företräde framför insatt kapital, att eventuell vinst ska fördelas baserat på medlemmarnas bidrag i form av arbete eller i enlighet med organisationens sociala syfte, solidaritet mellan medlemmarna och i förhållande till det omgivande samhället samt oberoende från myndigheter (art. 4)

Att individen och det sociala syftet ska ha företräde framför kapital ska ta sig uttryck i att organisationens interna styrning präglas av självständighet, transparens, demokrati och deltagande och att beslutsfattandet ska vara mer baserat på individerna och det bidrag de ge ger till organisationen i form av arbete än insatt kapital. Vad gäller solidaritet mellan medlemmarna så handlar det om att organisationen ska främja lokal utveckling, lika möjligheter för män och kvinnor, social sammanhållning, integration av människor som riskerar att drabbas av utanförskap, skapandet av goda och varaktiga arbetstillfällen, möjligheter att kombinera arbete och familjeliv eller hållbarhet.

I lagens uppräkning av vilka typer av juridiska personer som kan tillhöra den sociala ekonomin återfinns bland annat kooperativ, stiftelser och föreningar som bedriver ekonomisk verksamhet, arbetarägda företag och arbetsintegrerande sociala företag (art. 5.1). Även andra organisationer och företag som utför ekonomisk verksamhet och som följer de angivna principerna för den sociala ekonomin kan anses vara en del av denna.

Lagen om social ekonomi ger det spanska arbetsmarknads- och immigrationsministeriet i uppgift att upprätta ett offentligt register över organisationer och företag i den sociala ekonomin, i enlighet med de i lagen angivna principerna för den sociala ekonomin.

Portugal

Portugal antog 2013 en lag om social ekonomi, Lei 30/2013 de Bases da Economia Social, vilken uppbär många likheter med den ovan nämnda spanska lagstiftningen. Även i detta fall handlar det om att främja den sociala ekonomin och att skapa ett rättsligt ramverk för dess aktörer. Den sociala ekonomin definieras som ekonomiska och sociala aktiviteter som frivilligt utförs av organisationer inom den sociala ekonomin och som syftar till att uppfylla ett allmännyttigt intresse.[54]

Lagen listar de typer av juridiska personer som kan vara en del av den sociala ekonomin, däribland kooperativ, välgörenhetsorganisationer, stiftelser och andra privata institutioner som bygger på solidaritet (art. 4). Vidare omfattas organisationer som ägnar sig åt kultur-, fritids- eller idrottsverksamhet eller lokal utveckling, liksom andra juridiska personer som respekterar den sociala ekonomins principer och som finns inskrivna i registret över organisationer i den sociala ekonomin.

Den sociala ekonomins principer är enligt den portugisiska lagen (art. 5) att individen och det sociala ändamålet ges företräde, att medlemskap och deltagande är frivilligt, att organisationen är demokratiskt uppbyggd, medlemsdemokrati, sammanjämkning mellan medlemmarnas, brukarnas eller mottagarnas intresse och samhällsintresset, respekt för värdena solidaritet, jämlikhet och icke-diskriminering, social sammanhållning, rättvisa, öppenhet samt subsidiaritet. Vidare ska organisationerna vara självständiga från myndigheter och eventuellt ekonomiskt överskott användas för att uppfylla det ändamål som gör att organisationen eller företaget är en del av den sociala ekonomin.

Lagen uppdrar åt den portugisiska regeringen att skapa ett register över organisationer i den sociala ekonomin.

Frankrike

Den franska lagstiftningen saknar en gemensam övergripande definition av idéburna aktörer i välfärden, vilka i stället definieras på olika sätt i olika rättsakter. I praxis har det dock vuxit fram ett antal indikatorer vilka kan sammanfattas som att organisationens syfte ska vara filantropiskt, kulturellt, idrottsligt, vetenskapligt, humanitärt eller

[54] Portugisiska: interesse geral da sociedade.

socialt samt att verksamheten ska vara oegennyttig och inte vinstutdelande. Det sistnämnda innebär att organisationens tillgångar eller eventuella överskott inte får delas ut till medlemmar eller medarbetare.

Idéburna aktörer bedriver offentligt finansierad välfärdsverksamhet i flera olika former, där föreningar och stiftelser är de två vanligaste. Allmännyttiga stiftelser (fondation reconnue d'utilité publique) ska ha som syfte att uppnå ett allmännyttigt ändamål och sakna vinstsyfte. Status som allmännyttig stiftelse uppnås genom en ansökan till inrikesministeriet och ett beslut av Conseil d'Etat[55]. Stiftelsen ska ha tillräckligt med tillgångar för att kunna bedriva sin verksamhet, ett belopp som i dag är satt till 1,5 miljoner Euro, vilket dock kan betalas i omgångar under de första tio åren. Om stiftelsen upplöses får inte tillgångarna återgå till grundarna utan ska tillfalla en annan stiftelse eller förening med ett jämförbart ändamål. Stiftelsen ska varje år skicka sin verksamhetsberättelse, sin budget och sin årsredovisning till ansvariga myndigheter. På samma sätt kan föreningar, även de efter ansökan, erkännas som allmännyttiga (association reconnue d'utilité publique). Utöver att ha ett allmännyttigt syfte måste organisationerna bland annat ha funnits i minst tre år, ha minst 200 medlemmar, demokratisk uppbyggnad och verka nationellt. Föreningen får inte drivas i vinstsyfte och ska drivas oegennyttigt, vilket innebär att ingen utdelning av eventuellt överskott får ske. Att vara en allmännyttig stiftelse eller allmännyttig förening ger främst skattemässiga fördelar och möjliggör mottagandet av donationer av olika slag utan att dessa beskattas.

5.3 Associationsformer

Bland idéburna organisationer som väljer att vara aktörer inom välfärden finns ett antal olika associationsformer. Nedan följer en redogörelse för de viktigaste associationsformer som idéburna aktörer bedriver välfärdsverksamhet genom i dag.

[55] Conseil d'Etat är landets högsta förvaltningsdomstol och regeringens främsta rådgivande organ i lagstiftningsfrågor.

5.3.1 Ideella föreningar

Den vanligaste associationsformen inom civilsamhället är den ideella föreningen. Det finns ingen särskild associationsrättslig lagstiftning som reglerar ideella föreningar. Däremot är var och ens rätt att sluta sig samman med andra för allmänna och enskilda syften – den s.k. positiva föreningsfriheten – grundlagsreglerad i 2 kap. 1 § regeringsformen. De ideella föreningarna kan också beröras av lagstiftning inom en mängd andra områden, t.ex. när det gäller skatt, bokförings- och redovisningsskyldighet, inom arbetsrätts- respektive arbetsmiljöområdet samt EU-rättsliga regler. Till detta kommer ett stort antal rättsfall och generella rättsprinciper som har bäring på de ideella föreningarnas rättsliga situation.

En ideell förening kan till skillnad från en ekonomisk förening inte både bedriva ekonomisk verksamhet och med verksamheten främja sina medlemmars ekonomiska intressen.[56] En sådan förening är i själva verket en oregistrerad ekonomisk förening och därmed diskvalificerad som juridisk person. En ideell förening ska i stället antingen bedriva ekonomisk verksamhet i ideellt syfte, eller bedriva ideell verksamhet i syfte att främja medlemmarnas ekonomiska eller ideella intressen. Det finns även rent ideella föreningar. Såsom rent ideella föreningar räknas sådana, som bedriver ideell verksamhet i ett ideellt syfte. Till sådana rent ideella föreningar hör t.ex. politiska, religiösa, kulturella och vetenskapliga föreningar. En förening som bedriver ekonomisk verksamhet och vill bestå som ideell förening måste ha ett ideellt syfte i den meningen att det ekonomiska verksamhetsresultatet inte får kanaliseras till föreningens medlemmar. Till föreningar som bedriver ekonomisk verksamhet i ideellt syfte räknas allmänt idrottsföreningar. En betydande grupp ideella föreningar i Sverige är sådana som bedriver ideell verksamhet för att främja medlemmarnas ekonomiska intressen, t.ex. fackföreningar, hyresgästföreningar, etc. Det är beskrivningen av ändamålen i stadgarna och verksamheten som avgör om föreningen kan betraktas som ideell eller inte.

En ideell förening blir en juridisk person när den bildas av medlemmarna. Det sker när ett antal individer eller juridiska personer kommer överens om att samverka för en gemensam målsättning som

[56] Nerep, Kartläggning av ideella föreningars rättsliga villkor (IJ2007/209/D), s. 10. Se även Hemström, Organisationernas rättsliga ställning – Om ekonomiska och ideella föreningar, Åttonde uppl, 2011, s. 20–21.

formaliseras i föreningens stadgar. Det krävs även att stadgarna pekar ut någon sorts ledningsorgan, normalt en styrelse, som företräder föreningen mot tredje man.[57] Att stadgar måste antas för att en ideell förening ska föreligga framgår av NJA 1973 s. 341 där Högsta domstolen förklarade att Mellersta Norrlands köpmannaförbund saknade rättskapacitet eftersom förbundet inte hade stadgar. Stadgarna ska åtminstone innehålla föreningens namn och ändamål samt bestämmelser om hur beslut i föreningens angelägenheter åstadkoms, jfr NJA 1987 s. 394:

> Som anges i TR:ns dom är elektrikerförbundet en ideell förening. Det finns inte någon särskild lagstiftning om ideella föreningar. För att en sådan förening skall anses som juridisk person krävs enligt rättspraxis bl.a. att föreningen har antagit stadgar av viss fullständighet. Stadgarna skall innehålla föreningens namn och ändamål samt bestämmelser om hur beslut i föreningens angelägenheter åstadkommes.

Hur många medlemmar som krävs för att bilda en ideell förening är inte fastslaget i praxis. I doktrinen är de flesta överens om att det måste vara mer än en. Frågan är om det räcker med två.[58] Enligt lagen om ekonomiska föreningar krävs det minst tre medlemmar för att bilda en ekonomisk förening. Medlemmarna i en ideell förening har inget personligt ansvar för föreningens förpliktelser, utan det är föreningen som bär ansvaret. Det finns inget krav på registrering för att den ideella föreningen ska ha rättskapacitet. Därför finns inte heller något komplett register över ideella föreningar.

Däremot kan de ideella föreningar som så önskar ansöka om organisationsnummer enligt lagen (1974:174) om identitetsbeteckning för juridiska personer m.fl. En sådan ansökan görs hos Skatteverket. Det går även att moms- och arbetsgivarregistrera föreningen eller ansöka om F-skatt. En ideell förening som utövar näringsverksamhet kan enligt handelsregisterlagen (1974:157) och lagen (2018:1653) om företagsnamn registrera sig hos Bolagsverket för att skydda föreningsnamnet. Näringsidkare som enligt bokföringslagen (1999:1078) är skyldiga att upprätta en årsredovisning ska ansöka om sådan registrering.

---

[57] Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 11 uppl., s. 79, Andersson m.fl., Lagen om ekonomiska föreningar, En kommentar, Inledning, 2.3 samt Hemström, Bolag, Föreningar, Stiftelser, 6 uppl., s. 98.
[58] Se t.ex. Johansson, Svensk associationsrätt, s. 61.

Den vanligaste formen bland idéburna aktörer

De ideella föreningarna utgör enligt SCB 63 procent av de organisationer inom det civila samhället som har organisationsnummer och kan räknas som ekonomiskt aktiva.[59] I statistiken ingår även exempelvis bostadsrättsföreningar och samfällighetsföreningar som en del av det civila samhället. Även sådana ideella föreningar som faller utanför utredningens avgränsning av välfärdsverksamheter ingår, men statistiken ger ändå en bra bild av de ideella föreningarnas betydelse.

Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor (MUCF) har under flera år genomfört enkätundersökningar till bl.a. ideella föreningar. Av den senaste undersökningen framgår att det vanligaste är att en ideell förening har 100–500 medlemmar (37 procent). Av resterande föreningar är det ungefär lika många som har 1–50 som fler än 500 medlemmar.[60]

Den vanligaste huvudsakliga inriktningen som uppges är idrott, följt av kultur och föreningar som uppger att de är en intresseorganisation för en viss grupp i samhället. De flesta ideella föreningar har enligt undersökningen flera syften med sin verksamhet. De tre vanligaste syften som föreningarna uppger som ganska eller mycket viktiga är alla sociala syften: att främja sociala relationer, fungera som mötesplats och att bedriva en verksamhet som tar ett socialt ansvar. På fjärde plats kommer att främja människors hälsa. De minst vanliga syftena är ge service eller utföra välfärdstjänster, påverka politiskt beslutsfattande eller att arbeta för en viss grupps rättigheter.

De inkomstkällor som föreningarna oftast uppger som ganska eller mycket viktiga är medlemsavgifter, försäljning och bidrag. Dessa inkomstkällor anges som mycket eller ganska viktiga av hälften av de svarande föreningarna. Det är dubbelt så vanligt att uppge att bidrag för organisationens verksamhet är mycket viktigt jämfört med bidrag för at driva särskilda projekt. En majoritet av föreningarna, 62 procent, uppger att de har någon form av intäkter från kommunen. En betydligt mindre andel, 42 respektive 28 procent, uppger att de har intäkter från staten eller regionen. Vidare uppger 5 procent av föreningarna att ersättning för att bedriva offentligt upphandlad verksamhet är en viktig inkomstkälla medan 14 procent uppger att ersättning för utförande av ej upphandlade uppdrag är viktigt.

[59] SCB, 2018, Det civila samhället 2016 – satelliträkenskaper, s. 19.
[60] MUCF, 2019, Ideella föreningars villkor 2018, Uppföljning av principerna för det civila samhället.

5.3.2 Stiftelser

Stiftelser och fonder utgör i SCB:s statistik den näst vanligaste associationsformen i det civila samhället efter de ideella föreningarna om bostadsrättsföreningar och samfälligheter räknas bort.

En stiftelse kännetecknas av att den är en självvägande förmögenhet och av att den saknar medlemmar och ägare. Före 1996 fanns ingen allmän stiftelselag. Frågan om en stiftelselag blev aktuell i slutet av 1800-talet. Övervägandena om en sådan lagreglering mynnade dock ut i slutsatsen att det endast skulle införas offentlig tillsyn över vissa stiftelser.[61] Bestämmelser om denna tillsyn togs in lagen (1929:116) om tillsyn över stiftelser (tillsynslagen). Enligt denna lag förelåg en stiftelse ”om någon anslagit egendom att såsom självständig förmögenhet fortvarande tjäna ett bestämt ändamål”. Därutöver fanns en del rättspraxis. Senare ansågs det dock finnas behov av en lagstiftning som inte bara innehöll bestämmelser om offentlig tillsyn utan även grundläggande bestämmelser av civilrättslig natur. Den 1 januari 1996 trädde stiftelselagen (1994:1220) i kraft.

Enligt stiftelselagen finns det vanliga stiftelser (som i sin tur delas in i avkastningsstiftelser och verksamhetsstiftelser), insamlingsstiftelser, kollektivavtalsstiftelser samt pensions- och personalstiftelser som regleras av lagen (1967:5311) om tryggande av pensionsutfästelse m.m. I frågor som rör det civila samhället är det enligt propositionen En politik för det civila samhället[62] främst vanliga stiftelser och insamlingsstiftelser som är relevanta.

Enligt 1 kap. 2 § stiftelselagen bildas en stiftelse genom att egendom enligt förordnande av en eller flera stiftare avskiljs för att varaktigt förvaltas som en självständig förmögenhet för ett bestämt ändamål. Stiftelsens egendom ska anses vara avskild när den har tagits om hand av någon som har åtagit sig att förvalta den i enlighet med stiftelseförordnandet.

Till de vanliga stiftelserna hör avkastningsstiftelserna, som ursprungligen tillförs ett kapital vars avkastning ska användas för att tillgodose en krets av destinatärer. En avkastningsstiftelse tillgodoser oftast sitt syfte genom att ur den löpande avkastningen ge kontanta bidrag. Detta är den vanligaste stiftelseformen. Till de vanliga stiftelserna räknas också verksamhetsstiftelserna, som tillgodoser

[61] Prop. 1993/94:9, s. 41.
[62] Prop. 2009/10:55.

sitt syfte genom att bedriva någon form av verksamhet, inte sällan näringsverksamhet. Det kan t.ex. vara fråga om att bedriva sjukvård, undervisning eller att äga och förvalta bostadsfastigheter.

En insamlingsstiftelse bildas enligt 11 kap. 1 § genom att en eller flera stiftare förordnar att pengar, som inflyter efter ett upprop av dem, ska som en självständig förmögenhet främja ett bestämt och varaktigt ändamål, och någon åtar sig att ta emot pengarna för förvaltning i enlighet med förordnandet. I insamlingsstiftelser finns alltså inte någon ursprunglig förmögenhet, som för vanliga stiftelser, utan stiftaren anger i stället att medel som flyter in ska användas för ett bestämt ändamål.

En kollektivavtalsstiftelse bildas enligt 11 kap. 3 § genom att en arbetsgivarorganisation och en central arbetstagarorganisation i kollektivavtal förordnar att pengar som arbetsgivare enligt kollektivavtal eller annat avtal tillskjuter, ska som en självständig förmögenhet främja ett bestämt och varaktigt ändamål, och någon åtar sig att ta emot pengarna för förvaltning i enlighet med förordnandet.

Om ett åtagande att förvalta stiftelsens egendom i enlighet med stiftelseförordnandet görs av en eller flera fysiska personer, föreligger egen förvaltning. Görs ett sådant åtagande av en juridisk person, föreligger anknuten förvaltning. Den eller de fysiska personer som har åtagit sig att förvalta stiftelsens egendom i enlighet med stiftelseförordnandet bildar styrelse för stiftelsen. Om det är en juridisk person som har åtagit sig att förvalta stiftelsens egendom är den juridiska personen förvaltare för stiftelsen. Styrelsen eller förvaltaren svarar för att föreskrifterna i stiftelseförordnandet följs.

En stiftelse är en juridisk person så snart den har bildats, dvs. det krävs ingen registrering för att en stiftelse ska uppnå rättskapacitet. En stiftelse kan vara moderstiftelse till en annan juridisk person om vissa förutsättningar som anges i 1 kap. 5 § är uppfyllda. En stiftelse ska vara registrerad. Registreringsmyndighet för en stiftelse är den länsstyrelse som regeringen har bestämt är tillsynsmyndighet i länet. Ansvarig länsstyrelse ska föra ett stiftelseregister. Vid registrering tilldelas stiftelsen ett organisationsnummer. Om en stiftelse avser att utöva näringsverksamhet ska styrelsen eller förvaltaren lämna uppgifter för registrering i stiftelseregistret om det företagsnamn under vilket näringsverksamheten ska bedrivas, och näringsverksamhetens art. I bokföringslagen (1999:1078) finns bestämmelser om när en stiftelse är bokföringsskyldig.

I 6 kap. stiftelselagen regleras ändring av föreskrifter i ett stiftelseförordnande. Styrelsen eller förvaltaren får inte utan tillstånd av Kammarkollegiet ändra eller upphäva eller i särskilt fall åsidosätta föreskrifter i stiftelseförordnandet som avser

1. stiftelsens ändamål,
2. hur stiftelsens förmögenhet ska vara placerad,
3. huruvida stiftelsen ska ha egen eller anknuten förvaltning,
4. av vem en styrelseledamot eller förvaltaren entledigas eller utses eller hur styrelsen ska vara sammansatt,
5. styrelsens beslutsförhet eller omröstningsförfarande,
6. arvode till styrelsens ledamöter eller förvaltaren,
7. räkenskaper eller årsredovisning för stiftelsen,
8. revision, eller
9. rätt att föra talan om skadestånd till stiftelsen eller att ansöka om entledigande av styrelseledamot eller förvaltare.

Föreskrifterna får ändras, upphävas eller i särskilt fall åsidosättas endast om de på grund av ändrade förhållanden inte längre kan följas eller har blivit uppenbart onyttiga eller uppenbart stridande mot stiftarens avsikter. Föreskrifter som avses i första stycket 2–9 får dessutom ändras, upphävas eller i särskilt fall åsidosättas om det finns andra särskilda skäl. Föreskrifter som avses i första stycket 1 får ändras, upphävas eller i särskilt fall åsidosättas om det finns synnerliga skäl. Vid ändring av föreskrifter om stiftelsens ändamål ska vad som kan antas ha varit stiftarens avsikt beaktas så långt möjligt.

5.3.3 Registrerade trossamfund

Registrerade trossamfund är en associationsform som infördes genom lagen (1998:1593) om trossamfund. Lagstiftningen, som trädde i kraft den 1 januari 2000, tillkom som ett led i att relationerna mellan Svenska kyrkan och staten ändrades. En av utgångspunkterna för reformen var att öka likställigheten mellan Svenska kyrkan och andra trossam-

fund. Bestämmelser om grunderna för Svenska kyrkan som trossamfund finns i lagen (1998:1591) om Svenska kyrkan.

En förutsättning för likställighet var att ge alla trossamfund en möjlighet att i formellt och rättsligt hänseende uppträda just som ett trossamfund. Innan dess verkade de flesta trossamfund som ideella föreningar eller stiftelser och även i dag finns organisationer som bedrivs för religiösa ändamål utan att vara registrerade trossamfund. Ett trossamfund som väljer att inte registrera sig verkar oftast som ideell förening.

Med trossamfund avses enligt 2 § en gemenskap för religiös verksamhet, i vilken det ingår att anordna gudstjänst. Med ett registrerat trossamfund avses enligt 5 § Svenska kyrkan och trossamfund som har registrerats enligt lagen. Ett trossamfund ska på egen begäran registreras av ansvarig myndighet (Kammarkollegiet) om det finns stadgar som bestämmer trossamfundets ändamål och hur beslut fattas om trossamfundets angelägenheter, samt om det finns en styrelse eller motsvarande organ (7 §). Ett trossamfund får registreras bara om dess namn är ägnat att särskilja trossamfundets verksamhet från andras. Registreringen ger rättskapacitet som registrerat trossamfund och innebär ett skydd av namnet.

Svenska kyrkan har rätt till hjälp av staten med bestämmande, debitering och redovisning av avgifter från dem som tillhör Svenska kyrkan samt med att ta in avgifterna (16 §). Även andra registrerade trossamfund kan beviljas sådan hjälp. Regeringen beslutar att ett annat registrerat trossamfund än Svenska kyrkan ska få sådan hjälp. Hjälpen får lämnas endast till ett trossamfund som bidrar till att upprätthålla och stärka de grundläggande värderingar som samhället vilar på, är stabilt och har egen livskraft. Aktiebolag, ekonomiska föreningar och stiftelser får inte registreras som trossamfund (7 §). Vid registrering tilldelas trossamfundet ett organisationsnummer av Kammarkollegiet, som också ansvarar för registret över de registrerade trossamfunden.

5.3.4 Ekonomiska föreningar

Många av de idéburna organisationer som väljer att vara aktörer inom välfärden är ekonomiska föreningar. Det gäller t.ex. brukarkooperativ med nära anknytning till funktionshindersrörelsen, personalkooperativ som arbetar med arbetsintegrerande sociala verksamheter och rehabilitering samt föräldra- och personalkooperativa förskolor.

De ekonomiska föreningarnas verksamhet regleras i första hand av lagen (2018:672) om ekonomiska föreningar som den 1 juli 2018 ersatte den tidigare föreningslagen. Ett flertal kooperativa företagsformer regleras i andra lagar än föreningslagen. Vissa av företagen är särskilda former av ekonomiska föreningar, t.ex. bostadsrättsföreningar och kreditmarknadsföreningar, medan andra är självständiga associationsformer, t.ex. europakooperativ (se nedan) och ömsesidiga försäkringsbolag.

En ekonomisk förening ska enligt 1 kap. 3 § föreningslagen ha minst tre medlemmar som inte är investerande medlemmar. Föreningen ska också ha stadgar, styrelse och revisor. Enligt 1 kap. 4 § ska en förening anses vara en ekonomisk förening om den har till syfte att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet som medlemmarna deltar i som konsumenter eller andra förbrukare, som leverantörer, med egen arbetsinsats, genom att använda föreningens tjänster, eller på något annat liknande sätt. Som utgångspunkt får en ekonomisk förening inte ägna sig åt sådant som inte syftar till att gynna de egna medlemmarna. Kraven i 1 kap. 4 § är dock mindre strikta än lagtexten antyder. Det finns ett s.k. huvudsaklighetskriterium som innebär att föreningen huvudsakligen ska ”framträda som en ekonomisk förening” för att kunna registreras. Det innebär att en ekonomisk förening även kan ägna sig åt annat, t.ex. socialt arbete.

En ekonomisk förenings verksamhet får enligt 1 kap. 7 § bedrivas även i ett dotterföretag till föreningen, ett företag som föreningen är delägare i, om även övriga delägare är ekonomiska föreningar eller motsvarande utländska juridiska personer med hemvist inom EES, eller ett helägt dotterföretag till ett sådant företag. En ekonomisk förening är en moderförening och en annan juridisk person är ett dotterföretag, om vissa förutsättningar som anges i 1 kap. 10 § är uppfyllda.

En ekonomisk förening bildas enligt 2 kap. 1 § genom att tre eller flera fysiska eller juridiska personer blir sådana medlemmar i föreningen som inte är investerande medlemmar, antar stadgar för föreningen, och väljer styrelse och minst en revisor. Föreningen ska anmälas för registrering i föreningsregistret inom sex månader från bildandet annars faller frågan om föreningens bildande. Föreningsregistret administreras av Bolagsverket. I februari 2018 fanns det knappt 15 000 ekonomiska föreningar och ungefär 32 000 bostadsrättsföreningar i föreningsregistret.[63] Innan föreningen har registrerats i föreningsregistret kan den inte förvärva rättigheter eller ta på sig skyldigheter. Den kan inte heller föra talan vid domstol eller någon annan myndighet. En ekonomisk förenings företagsnamn ska enligt 20 kap. 1 § innehålla orden ekonomisk och förening eller förkortningen ek. för. I företagsnamnet får inte ordet bolag eller något annat som betecknar ett bolagsförhållande finnas med på ett sätt som kan leda till missförståndet att det är ett bolag som innehar företagsnamnet. Företagsnamnet ska tydligt skilja sig från andra företagsnamn som är införda i föreningsregistret och ännu är bestående.

En ekonomisk förening ska enligt 4 kap. 1 § som huvudregel vara öppen för nya medlemmar. Varje medlem ska vara skyldig att delta med en obligatorisk medlemsinsats. Vid föreningsstämman utövar medlemmarna sin rätt att besluta i föreningens angelägenheter. Varje medlem har en röst, om inte något annat har bestämts i stadgarna. Av 7 kap. 1 § följer att en ekonomisk förening ska ha en styrelse med tre eller flera ledamöter.

Ett centralt kännetecken för ekonomiska föreningar är det kooperativa inslaget. Av förarbetena till den nu gällande föreningslagen framgår bl.a. följande.[64] Ett kooperativt krav infördes genom 1951 års föreningslag i syfte att tydliggöra skillnaden mellan ekonomiska föreningar och aktiebolag. I lagförarbetena uttalades att kravet innebär att medlemmarna på ett positivt sätt ska vara engagerade i verksamheten som sådan. Det uttalades vidare att medlemmarnas deltagande inte får vara inskränkt till att åtnjuta avkastning på kapital som har satts in i företaget (se prop. 1951:34 s. 78 f.). Det kooperativa kravet innebär alltså att föreningens medlemmar inte endast ska vara föreningens ägare, utan de förutsätts också delta i föreningens verksamhet. Detta kan ske i egenskap av konsumenter eller andra för-

[63] Prop. 2017/18:185, s. 269.
[64] Prop. 2017/18:185, s. 208–210.

brukare, som leverantörer, med egen arbetsinsats, genom att använda föreningens tjänster eller på något annat liknande sätt (se 1 kap. 1 § i den tidigare föreningslagen). Även andra regler i föreningslagen bygger på en kooperativ grundtanke, t.ex. att medlemskapet i princip är öppet och att varje medlem som huvudregel har en röst. På senare år har de ekonomiska föreningarnas utrymme att lägga upp sin organisation och verksamhet på olika sätt ökat. Genom de lagändringar som trädde i kraft den 1 juli 2016 blev det möjligt för ekonomiska föreningar att anta s.k. investerande medlemmar, dvs. medlemmar som deltar i den kooperativa verksamheten endast genom att skjuta till kapital och därför inte har full rösträtt.

Vissa remissinstanser ansåg att det kooperativa kravet skulle slopas. I propositionen anförs dock följande.

> Enligt regeringens mening bör utgångspunkten för bedömningen tas i att associationsformen ekonomisk förening är utformad just för de föreningar där medlemmarna deltar aktivt i verksamheten. Det finns ett stort praktiskt behov av en sådan företagsform. Detta framgår inte minst av de senaste årens utveckling mot ett ökat engagemang i ekonomiska föreningar som tillgodoser enskilda människors behov på delvis nya områden. Det kooperativa kravet förstärker också den ekonomiska föreningens karaktär av personassociation och markerar därmed skillnaden mot kapitalassociationer, främst aktiebolag. Att avskaffa kravet skulle därför leda till att dessa föreningar skulle sakna ett ändamålsenligt regelverk och att föreningsformen inte tydligt skulle skilja sig från aktiebolagsformen. Det kooperativa kravet bör därför inte avskaffas.

Det grundläggande syftet med företagande i ekonomisk förening har traditionellt varit att främja medlemmarnas ekonomi genom att medlemmarna samhandlar med föreningen. Prissättningen i förhållande till medlemmarna avspeglar detta förhållande. Vid sådan samhandel är det redan från början förutsett att de transaktioner som genomförs ska vara förmånliga för medlemmarna. I praktiken kan föreningens prispolitik gentemot medlemmarna innefatta vad som enligt aktiebolagslagen skulle utgöra en värdeöverföring, t.ex. genom att varor eller tjänster tillhandahålls till ett pris som understiger det pris som annars gäller på marknaden eller genom att varor tas emot till ett högre pris än det som annars tillämpas. I många föreningar torde en sådan prispolitik uppfattas som den mest naturliga; medlemmarnas ekonomiska intressen gynnas genom själva samhandeln med föreningen och först i andra hand genom eventuell vinstutdelning eller gottgörelse. Föreningslagens bestämmelser om värdeöverföring har

därför utformats så att de inte utgör ett hinder mot att medlemmarnas ekonomiska intressen främjas på traditionellt kooperativt sätt, dvs. genom själva samhandeln med föreningen.[65] I 12 kap. 1 § anges att med värdeöverföring avses i föreningslagen vinstutdelning, gottgörelse, minskning av reservfonden för återbetalning till medlemmarna och någon annan affärshändelse som medför att föreningens förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för föreningen eller är en naturlig del i föreningens ekonomiska relation med medlemmarna. En värdeöverföring från föreningen får göras enligt lagens bestämmelser om vinstutdelning, gottgörelse, minskning av reservfonden för återbetalning till medlemmarna, och gåva som avses i 6 §. Med uttrycket affärshändelser som är en naturlig del i föreningens ekonomiska relation med medlemmarna avses exempelvis att en ekonomisk förening säljer vissa produkter till medlemmarna till ett pris som motsvarar föreningens egen kostnad men understiger det pris som andra aktörer på marknaden tar ut för produkten.

Enligt 12 kap. 6 § får föreningsstämman eller, om saken är av ringa betydelse med hänsyn till föreningens ställning, styrelsen besluta om en gåva till ett allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål under förutsättning att det med hänsyn till ändamålets art, föreningens ställning och omständigheterna i övrigt får anses skäligt och att gåvan inte strider mot 3 eller 4 §.

I 13 kap. finns bestämmelser om vinstutdelning. Av dessa framgår att vinstutdelning får lämnas till medlemmar, innehavare av förlagsandelar, och medlemmar som har gått ur föreningen i förhållande till deras innestående medlemsinsatser. Vinstutdelning får även lämnas till andra om utdelningen beräknas i förhållande till omfattningen som de har deltagit i föreningens verksamhet.

I 14 kap. 1 § anges vad gottgörelse är. Med gottgörelse avses i lagen efterlikvid, återbäring eller liknande som lämnas till föreningens medlemmar eller till någon annan och som grundas på verksamhetens resultat utan att ha räknats in i det redovisade årsresultatet.

Det förs i den senaste propositionen resonemang kring huruvida ekonomiska föreningar bör delas in i olika kategorier på samma sätt som aktiebolag.[66] Ekonomiska föreningar har redan i dag stora möjligheter att välja en avvikande organisatorisk form än den som eko-

[65] Prop. 2015/16:4, s. 155 och s. 259 ff.
[66] Prop. 2017/18:185, s. 210 f.

nomiska föreningar i allmänhet har. Trots det skulle en fördel med att dela in de ekonomiska föreningarna i olika kategorier kunna vara att det då blev möjligt att ha ännu mer flexibla regler. Det skulle kunna vara till nytta för sådana föreningar där det inte utifrån föreningens verksamhet eller storlek är motiverat med strängare eller mer detaljerade regler. Den administrativa bördan skulle därigenom bli mindre för de små föreningarna. En sådan indelning förutsätter dock att det går att fastställa lämpliga kriterier för att avgöra vilken kategori som en viss ekonomisk förening ska tillhöra. När det gäller en eventuell kategoriindelning utifrån verksamhetens art förs följande resonemang i propositionen:

> När det däremot gäller en avgränsning utifrån verksamhetens art är förhållandena delvis annorlunda. Vissa ekonomiska föreningar har ett mer uttalat socialt ändamål. Verksamheten i sådana ekonomiska föreningar drivs inte bara med syftet att främja medlemmarnas ekonomiska intressen utan också för att gynna vissa sociala intressen. Utredningen överväger om det bör införas särskilda regler för föreningar av detta slag eller om det i vart fall för föreningar med utpräglade sociala ändamål borde gälla särskilda bestämmelser om användningen av föreningens överskott. För aktiebolag finns en förebild i reglerna om aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (32 kap. aktiebolagslagen). Utredningen bedömer dock att det inte finns tillräckligt starka skäl för att införa lagregler av detta slag för ekonomiska föreningar. Inte heller anser utredningen att det finns tillräckliga skäl för att införa en särskild kategori eller särskilda regler för sådana föreningar som har ett huvudsakligen ideellt eller allmännyttigt ändamål och som därmed inte kan registrera sig som ekonomiska föreningar. Regeringen finner inte skäl att göra någon annan bedömning i dessa frågor.

Europakooperativ

Ett europakooperativ är en europeisk associationsform för gränsöverskridande verksamhet. Det är en självständig associationsform som närmast kan liknas vid en ekonomisk förening.

Europakooperativen regleras i rådets förordning (EG) nr 1435/2003 av den 22 juli 2003 om stadga för europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar). Enligt artikel 1 i EU-förordningen får en kooperativ förening bildas inom gemenskapens territorium[67] i form av en europeisk kooperativ förening (SCE-förening) på de villkor och enligt

[67] Förordningen är en del av EES-avtalet. Det innebär att förordningen gäller även för de stater som är medlemmar i EES.

de bestämmelser som fastställs i förordningen. Sätet ska kunna flyttas från en medlemsstat till en annan utan att europakooperativet behöver avvecklas i det första landet och bildas på nytt i det andra (artikel 7.1)

Det huvudsakliga ändamålet med en SCE-förenings verksamhet ska enligt samma artikel vara att tillgodose medlemmarnas behov och/eller att främja deras ekonomiska och sociala verksamhet, särskilt genom att ingå avtal med medlemmarna avseende tillhandahållande av varor eller tjänster eller utförande av arbete inom ramen för den verksamhet SCE-föreningen bedriver eller låter bedriva. En SCE-förening får även ha ändamålet att tillgodose sina medlemmars behov genom att främja deras deltagande i ekonomisk verksamhet i en eller flera SCE-föreningar och/eller nationella kooperativ.

I de delar där varken SCE-förordningen eller annan EU-lagstiftning innehåller någon särskild reglering för europakooperativen ska dessa enligt artikel 8 falla under samma regler som en nationell kooperativ förening i den stat där europakooperativet har sitt säte.

I lagen (2006:595) om europakooperativ finns bestämmelser som kompletterar EU-förordningen. Lagen gäller för europakooperativ med säte i Sverige om inte annat anges. Ett europakooperativs företagsnamn ska enligt 3 § innehålla beteckningen SCE. Bolagsverket ska enligt 10 § föra ett register över europakooperativ (europakooperativsregistret). Detta register innehåller tre registrerade europakooperativ.

5.3.5 Aktiebolag

Även aktiebolag kan vara verksamma inom den idéburna sektorn. Vissa idéburna aktörer är organiserade i en slags koncerner där exempelvis en ideell förening eller en stiftelse äger ett aktiebolag.[68] Det finns även aktiebolag som inte är en del av en sådan koncern men som har vinstutdelningsbegränsning infört i bolagsordningen.

Den nu gällande aktiebolagslagen (2005:551), ABL, trädde i kraft den 1 januari 2006 och ersatte då 1975 års aktiebolagslag. Lagen innehåller inte någon definition av ett aktiebolag. Det har ansetts ligga i sakens natur att termen, då den används i ABL och därtill anknyt-

[68] Sådana aktiebolag räknas till det civila samhället i SCB:s statistik (SCB, 2018, Det civila samhället 2016 – satelliträkenskaper).

ande lagstiftning, åsyftar ett bolag som har bildats i enlighet med lagens regler. Av 3 kap. 1 § första stycket 2 framgår att styrelsen i ett svenskt aktiebolag ska ha sitt säte i Sverige. Lagen kräver inte att bolaget har sitt huvudkontor eller bedriver någon verksamhet i Sverige. Genom EU-förordningen om europabolag[69] är det möjligt att bilda s.k. europabolag. Regler om dessa finns också i lagen (2004:575) om europabolag. Dessa utgör inte aktiebolag i ABL:s bemärkelse men kan genom ett särskilt förfarande ombildas till publika aktiebolag.

ABL är enligt 1 kap. 2 § indelade i två kategorier, privata och publika aktiebolag. Huruvida bolaget ska vara publikt eller privat bestäms vid bolagets bildande av stiftarna och ska, direkt eller indirekt, framgå av bolagets firma. Ett bolag som tillhör den ena kategorin kan besluta att gå över till den andra kategorin. I Sverige fanns det knappt 570 000 aktiebolag i januari 2018. Av dessa var färre än 2 000 publika aktiebolag. Den viktigaste skillnaden mellan publika och privata aktiebolag, nämligen att privata aktiebolag inte får vända sig till allmänheten för kapitalanskaffning, framgår av 1 kap. 7 och 8 §§ ABL. En annan skillnad avser kraven på aktiekapital (se 5 och 14 §§). Även i övrigt innehåller lagen en rad särskilda regler för publika aktiebolag. Typiskt sett innebär dessa regler att det ställs högre krav på de publika aktiebolagen.

I ett aktiebolag har aktieägarna inte något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser (1 kap. 3 §). Bolagets fordringsägare är hänvisade till att söka få betalning för sina fordringar ur bolagets tillgångar. Regeln om frihet från personligt ansvar är dock inte undantagslös. De som deltar i en åtgärd eller ett beslut på bolagets vägnar före bolagets registrering svarar solidariskt för uppkommande förpliktelser. Ansvaret övergår vanligen på bolaget i och med registreringen (2 kap. 26 §). Ett annat undantag är att aktieägare kan komma att solidariskt svara för bolagets förpliktelser i den mån de inte fullgör vad som åligger dem enligt bestämmelserna om likvidationsskyldighet vid kapitalförlust.

Ett aktiebolag ska ha ett aktiekapital (1 kap. 4 §). Om aktiekapitalet är bestämt i kronor, ska det uppgå till minst 50 000 kronor (1 kap. 5 §).[70] I ett publikt aktiebolag ska det dock vara minst 500 000 kronor, vilket framgår av 1 kap. 14 §.

[69] Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag.
[70] I prop. 2019/20:21 föreslås att det lägsta tillåtna aktiekapitalet i privata aktiebolag ska sänkas från 50 000 kronor till 25 000 kronor. Lagändringen föreslås träda i kraft den 1 januari 2020.

Ett aktiebolag är moderbolag och en annan juridisk person är dotterföretag bland annat om aktiebolaget innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen, eller äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar (1 kap. 11 §). En koncern utgör en grupp om två eller flera företag, varav ett utgör moderföretag och de övriga är dotterföretag. Kännetecknande för en koncern anses i allmänhet vara att moderföretaget har ett bestämmande inflytande över dotterföretagen.

Ett aktiebolag ska ha en bolagsordning. Den är det främsta styrdokumentet för ägarna. Den innehåller föreskrifter för hur bolaget ska verka och fungera, ungefär som stadgarna i en förening. Bestämmelser om bolagsordningen finns i 3 kap. Det finns ett antal obligatoriska uppgifter som denna måste innehålla t.ex. bolagets firma, verksamhet, aktiekapital, antal aktier och antal styrelseledamöter. Ändringar i bolagsordningen beslutas av bolagsstämman. Lagen utgår från att bolagets verksamhet bedrivs i syfte att bereda aktieägarna vinst. Det är dock tillåtet att i bolagsordningen ta in föreskrifter om att bolaget ska ha ett annat syfte. Av 3 kap. 3 § framgår att om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna, ska detta anges i bolagsordningen. I så fall ska det också anges hur bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas. I 18 kap. regleras vinstutdelning. Beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman.

Ett aktiebolag ska enligt 8 kap. 1 § ha en styrelse med en eller flera ledamöter. I alla aktiebolag ska finnas en styrelse som ansvarar för bolagets organisation och förvaltning. Kravet på styrelse kan inte åsidosättas ens om samtliga aktieägare är ense om det. Om ingenting annat sägs i bolagsordningen, är det bolagsstämman som utser styrelsens ledamöter. Styrelsen i ett publikt aktiebolag ska alltid ha minst tre ledamöter, oavsett aktiekapitalets storlek (8 kap. 46 §).

Aktiebolagslagen innehåller också regler om värdeöverföringar. I 17 kap. 1 § ABL definieras värdeöverföring som vinstutdelning, förvärv av egna aktier, med vissa undantag, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna och annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget. I 17 kap. 2 § anges vad som är tillåtna former för värdeöverföring, t.ex. sådana som följer

lagens bestämmelser om vinstutdelning. En värdeöverföring är dock alltid tillåten om samtliga aktieägare samtycker och den inte strider mot beloppsspärren och försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § ABL. Försiktighetsregeln innebär att en värdeöverföring, oavsett vad beloppsspärren ger för resultat, endast får ske om den anses som försvarlig.

Det finns också en bestämmelse i 17 kap. 5 § om att bolagsstämman eller, om saken med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse, styrelsen, får besluta om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets art, bolagets ställning och omständigheterna i övrigt får anses skäligt.

Till begreppet värdeöverföring hänförs enligt förarbetena även sådant som att bolaget avhänder sig egendom till underpris, förvärvar egendom till överpris, betalar lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen, lånar ut medel till en i förhållande till marknadsräntan låg ränta eller upptar lån till högre ränta än marknadsräntan, skriver av fordringar eller låter fordringar preskriberas m.m.[71] Bestämmelserna i ABL hindrar inte att bolaget betalar ut löner för utfört arbete också till aktieägare. Vad som överstiger marknadsmässig lönenivå är emellertid att anse som värdeöverföring. Reglerna om värdeöverföringar i ABL är omfattande och täcker in många olika typer av situationer. Om en värdeöverföring har skett i strid med bestämmelserna i ABL kan mottagaren bli skyldig att återlämna det som överförts.

Bolagsverket ska föra ett aktiebolagsregister (27 kap. 1 §). Enligt 28 kap. 1 § ska ett aktiebolags firma innehålla ordet aktiebolag eller förkortningen AB.

I 32 kap. finns särskilda bestämmelser om aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning, se nedan.

Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning

Den 1 januari 2006 infördes möjligheten att bilda aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (svb-bolag). Bolagsformen regleras i 32 kap. aktiebolagslagen.

[71] Prop. 2004/05:85 s. 747 f.

Bakgrunden till att bolagsformen tillkom var ett önskemål att skapa en företagsform som i sig garanterar att överskottet av verksamheten stannar kvar i företaget och används för dess konsolidering och utveckling. Regeringen pekade i förarbetena särskilt ut hälso- och sjukvård samt allmännyttiga bostadsföretag som tänkbara områden för bolagsformen. I ett svb-bolag får endast en begränsad utdelning ske. Under perioden från en årsstämma till nästföljande årsstämma får utdelning och annan värdeöverföring inte överstiga ett belopp som motsvarar räntan (beräknad som statslåneräntan med tillägg av en procentenhet) på det kapital som aktieägare har tillskjutit till bolaget som betalning för aktier. Inte heller överföringar inom en koncern får, som huvudregel, överstiga gränsen för tillåtna värdeöverföringar. Vid bolagets likvidation ska, efter det att alla bolagets kända skulder har betalats, aktieägarna tilldelas ett belopp som motsvarar det kapital som har tillskjutits till bolaget som betalning för aktier jämte den vinstutdelning som får ske. Vad som därefter återstår ska tillfalla det eller de andra aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning som det likviderade bolaget har pekat ut i sin bolagsordning eller Allmänna arvsfonden. Vid revision av ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning ska revisorn särskilt kontrollera att reglerna om värdeöverföringar och överföringar inom en koncern inte har överträtts. Allmän domstol ska besluta om tvångslikvidation om ett bolag med särskild vinstutdelningsbegränsning har gjort en olaglig värdeöverföring eller en annan olaglig överföring inom en koncern. I övrigt gäller för svb-bolag att det av bolagsordningen ska framgå att det är ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning. Företagsnamnet ska följas av beteckningen ”(svb)” om det inte av namnet framgår att det är ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning. I ett aktiebolag med särskild vinstudelningsbegränsning får det inte beslutas att bolaget inte längre ska vara ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning. Detta för att inte öppna för ett missbruk av bolagsformen.

Svb-bolag har inte fått någon stor utbredning. Det finns ett drygt hundratal registrerade sådana.

Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag

Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag regleras i en särskild lag, lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag. Detta är inte en bolagsform som är aktuell för idéburna aktörer eftersom den bara gäller kommunala bostadsbolag men lagens konstruktion är intressant för utredningen då den bland annat innehåller en värdeöverföringsbegränsning. Lagen innehåller regler om vilka dessa bolag är, hur verksamheten ska bedrivas samt regler som begränsar värdeöverföring till ägaren, dvs. kommunen. Med ett sådant aktiebolag avses enligt 1 § ett aktiebolag som en kommun eller flera kommuner gemensamt har det bestämmande inflytande över och som i allmännyttigt syfte huvudsakligen förvaltar bostadslägenheter med hyresrätt, främjar bostadsförsörjningen och erbjuder hyresgästerna möjlighet till boendeinflytande och inflytande i bolaget. Med bestämmande inflytande avses att en kommun eller flera kommuner gemensamt äger aktier i ett aktiebolag med mer än hälften av samtliga röster i bolaget och också förfogar över så många röster.

Det övergripande allmännyttiga syftet för ett kommunalt bostadsföretag är att främja bostadsförsörjningen i kommunen. I detta ingår exempelvis att tillgodose olika bostadsbehov, dvs. inte enbart för grupper med särskilda behov eller som av olika skäl har en svag ställning på bostadsmarknaden, utan även att tillhandahålla ett varierat bostadsutbud av god kvalitet som kan attrahera olika hyresgäster.[72] Verksamheten ska bedrivas enligt affärsmässiga principer.

Värdeöverföringar får enligt huvudregeln i 3 § under ett räkenskapsår inte överstiga ett belopp som motsvarar räntan på det kapital som kommunen (eller kommunerna) vid föregående räkenskapsårs utgång skjutit till i bolaget som betalning för aktier. Räntesatsen ska vara den genomsnittliga statslåneräntan under föregående räkenskapsår med tillägg av en procentenhet. Beloppet får dock inte överstiga hälften av bolagets resultat för föregående räkenskapsår. Det finns undantag för räkenskapsår då fastighetsförsäljningar med nettoöverskott skett. Koncernbidrag är vidare förenliga med lagen. Ett ytterligare undantag finns 5 § 1 för värdeöverföring vid överskott som uppkommit under föregående räkenskapsår om överskottet används för sådana åtgärder inom ramen för kommunens bostadsförsörjningsansvar som främjar integration och social sammanhåll-

[72] Prop. 2009/10:185 s. 40.

ning eller som tillgodoser bostadsbehovet för personer för vilka kommunen har ett särskilt ansvar.

Ett aktiebolag som omfattas av lagen ska varje år skriftligen lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar och hur de beräknats till länsstyrelsen. Länsstyrelserna redovisar sedan uppgifterna till Boverket.

5.4 Bedömningar och förslag

5.4.1 Eventuella brister i nuvarande associationsrättsliga reglering

Utredningens bedömning: Det saknas behov av att vidta särskilda åtgärder för att göra befintliga eller delar av befintliga associationsformer mer användbara och attraktiva för idéburen verksamhet inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter.

Välfärdsutredningen konstaterade att det fanns ett behov av att skapa ett rättssäkert system för att identifiera idéburna aktörer och nämnde som ett alternativ att man skulle kunna kräva att alla som exempelvis vill undantas från vissa regler bedriver sin verksamhet i en viss juridisk form, som i sig har ett antal begränsningar som säkerställer att kraven är uppfyllda.[73]

Utredningen anser inte att definitionen av idéburna aktörer bör knytas till någon sådan särskild associationsform, se avsnitt 5.4.3 nedan.

De synpunkter som rör associationsformer som utredningen har fått från den idéburna sektorn har framför allt handlat om en oro för att den föreslagna definitionen ska innebära en begränsning till någon eller vissa associationsformer. Exempelvis skulle de undantag från vissa krav som föreslogs i Finansdepartementets promemoria, vilken finns beskriven i avsnitt 5.2.4, bara gälla om sökanden var en ideell förening, en stiftelse eller ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning. Detta var de idéburna organisationerna kritiska till i sitt remissvar till promemorian.

När det gäller problem med associationsformerna som sådana finns det i Välfärdsutredningens delbetänkande resonemang om problem med kapitalförsörjning för idéburna aktörer. I de samtal som

[73] SOU 2017:38 s. 246 ff.

Välfärdsutredningen förde med representanter för idéburna aktörer och intresseorganisationer hade flera uppgivit att idéburna aktörer har problem att finna finansiering när de vill starta, utveckla eller expandera sin verksamhet. Ett problem som enligt Välfärdsutredningen lyfts fram i flera studier är att de associationsformer som idéburen verksamhet ofta bedrivs inom försvårar eller förhindrar kapitaltillskott från ägare eller grundare och externt ägarkapital. Det beror på att associationsformer t.ex. ideella föreningar och stiftelser inte har någon ägare. Uppfattningen att sådana associationsformer saknar en stark och långsiktig ägare kan även sänka organisationernas kreditvärdighet.

Det fanns dock enligt Välfärdsutredningen undersökningar som tyder på att idéburna organisationer, generellt sett, inte har svårare än andra organisationer med kapitalförsörjning. Den utredningen bedömde även att sådana problem inte utgör det huvudsakliga skälet till att de idéburna verksamheternas andel av välfärdsproduktionen inte har vuxit under de senaste decennierna.

I de kontakter utredningen har haft med idéburna aktörer har inte själva associationsformen lyfts fram som ett problem vid finansiering, även om det ibland kan finnas en viss ovana hos t.ex. banker att hantera ideella föreningar. Inom vissa verksamhetsområden har aktörer i den idéburna sektorn ansett det mer ändamålsenligt att bedriva en viss verksamhet som ett aktiebolag. Föreningen eller stiftelsen har då startat ett aktiebolag, som ägs av den idéburna aktören, för att bedriva just den verksamheten. Detta har inte heller lyfts fram som ett problem i de samtal utredningen har haft med aktörer i sektorn.

Utredningen har även fått synpunkter på att vissa associationsformer är missgynnade i skattesammanhang jämfört med andra som bedriver samma verksamhet. Exempelvis ser skattereglerna olika ut för stiftelser respektive ideella föreningar som bedriver näringsverksamhet. Detta är dock inte ett problem kopplat till själva associationsformen som sådan utan något som i så fall får hanteras inom skattelagstiftningen.

Som nämnts ovan under avsnitt 5.3.4 har regeringen nyligen gjort bedömningen att det inte finns tillräckliga skäl för att införa särskilda kategorier eller regler för ekonomiska föreningar som har ett huvudsakligen ideellt eller allmännyttigt ändamål och som därmed inte kan registrera sig som ekonomiska föreningar. Det har inte inom

ramen för denna utredning framkommit skäl att göra någon annan bedömning.

Sammantaget har utredningen inte funnit något behov av att föreslå särskilda åtgärder för att göra befintliga associationsformer mer användbara och attraktiva för idéburen verksamhet. Det kan dock inte uteslutas att det i framtiden, beroende på bland annat hur sektorn utvecklas, kan finnas behov av att se över detta på nytt.

5.4.2 Syftet med att definiera idéburna aktörer i välfärden

Enligt direktiven är syftet med att skapa en tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden att förbättra förutsättningarna för ett ökat idéburet deltagande i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Vidare framgår att definitionen ska kunna användas för att skapa ett utrymme för idéburna aktörer att delta i välfärden på ett enklare och flexiblare sätt. Definitionen ska exempelvis kunna användas vid bidragsgivning från staten och kommunsektorn, vid ömsesidig samverkan mellan idéburen och offentlig sektor, vid köp av verksamhet eller när idéburna aktörer på annat sätt tar del av offentliga medel eller vid utformning av undantag från krav som inte är ändamålsenliga för dem.

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle menade att konsekvenserna för ideella organisationer av nya regler borde analyseras tidigt i lagstiftningsprocessen och utgöra underlag för politikens utformning. Välfärdsutredningen föreslog att en definition av idéburna aktörer borde tas fram. Om det finns en tydlig definition av idéburna aktörer kan denna användas när nya regler tas fram om det behövs undantag från krav som inte är ändamålsenliga. Dessa två utredningar bedömde att det var svårt att lämna förslag i syfte att ta tillvara sektorns särart utan en definition av vilka som ingår i den. Det finns således ett behov av att definiera begreppet idéburna aktörer. Den målsättning som anges i utredningens direktiv är att fler idéburna organisationer ska verka som aktörer i välfärden samt att den andel av offentligt finansierad eller subventionerad välfärdsverksamhet som bedrivs av idéburna aktörer ska öka.

5.4.3 En definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Utredningens förslag: En definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska införas i en särskild lag. För att anses vara en idéburen aktör i offentligt finansierad välfärdsverksamhet enligt lagen ska organisationen vara en juridisk person som

- inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,
- har ett syfte som är oegennyttigt,
- bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet, och
- inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Enligt direktiven ska utredningen föreslå en definition av idéburna aktörer samt kartlägga och analysera olika förfaranden för att utifrån den föreslagna definitionen identifiera idéburna aktörer inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Av direktiven framgår vidare att definitionen ska vara långsiktig, hållbar och uppföljningsbar. Detta säkerställs enligt utredningens mening genom en rättslig definition i lag samt ett förfarande för att särskilja de idéburna aktörerna från andra.

Om det vore upp till den myndighet som ska använda definitionen att i det enskilda fallet göra en egen bedömning av om kriterierna är uppfyllda skulle det finnas risk för att definitionen tillämpades olika. Om definitionen slås fast i lag med ett särskilt förfarande för bedömning av kriterierna blir det i stället en likartad bedömning. Vidare blir den administrativa bördan mindre för de kommuner och statliga myndigheter som annars skulle behöva kontrollera om förutsättningarna är uppfyllda i varje enskilt fall. Detsamma gäller för de idéburna aktörerna som skulle behöva visa att de uppfyller kriterierna var gång definitionen ska tillämpas. Det blir även möjligt att ta fram statistik om de idéburna aktörerna om de enkelt kan identifieras och följas över tid.

En viktig avgränsning enligt direktiven är att definitionen ska avse idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad verksamhet inom välfärden. Definitionen ska inte vara någon allmän definition av idéburna organisationer eller idéburen verksamhet, utan bara ta sikte på organisationerna i deras egenskap av aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Idéburen välfärdsverksamhet som inte är offentligt finansierad berörs inte av definitionen. Att klassificeras som idéburen aktör i välfärden ska enligt utredningens mening vara frivilligt för organisationerna.

Idéburna aktörer bedriver i dag verksamhet i ett flertal olika associationsformer. Det vore enligt utredningens mening olämpligt om definitionen utformades på ett sätt som tvingar existerande idéburna aktörer inom välfärden att ändra sin associationsform för att uppfylla definitionen. Utredningens kartläggning av existerande definitioner i svensk rätt och utländska definitioner av idéburna aktörer visar också att det finns andra sätt att konstruera en definition än att utgå från en eller ett mindre antal associationsformer. Syftet med definitionen är inte att utesluta några idéburna aktörer utan att avgränsa dem mot offentliga aktörer och mot kommersiella aktörer.

Definitionen måste vara så utformad att den minimerar riskerna för missbruk. För att uppnå sitt syfte behöver definitionen även vara förutsebar och lätt att tillämpa.

Utredningen föreslår att en organisation för att klassificeras som en idéburen aktör i offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska vara en juridisk person som

1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,
2. har ett syfte som är oegennyttigt,
3. bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet, och
4. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

I vissa situationer är de idéburna aktörerna tjänsteleverantörer i tjänstedirektivets mening.[74] För att uppfylla tjänstedirektivets krav ska förfaranden och formaliteter för tillståndsgivning vara tydliga och offent-

[74] Se avsnitt 6.1.1.

liggjorda i förväg samt vara utformade så att de garanterar de sökande att deras ansökan behandlas objektivt och opartiskt. Förslaget på definition och förfarande utgör inte något tillståndsförfarande eftersom det inte knyts några särskilda rättigheter för idéburna aktörer till definitionen. Utredningens övriga förslag som syftar till att öka andelen välfärdstjänster som utförs av idéburna aktörer är frivilliga för myndigheterna att använda och utesluter inte att andra åtgärder används. Utredningen bedömer därför att definitionen inte omfattas av tjänstedirektivets bestämmelser om förfaranden. Om däremot definitionen skulle komma att användas för något som kan betraktas som ett tillståndsförfarande kan tjänstedirektivet bli aktuellt att förhålla sig till. Enligt detta är dock vissa tjänster undantagna, se avsnitt 6.1.1.

Organisationen är en juridisk person

Organisationen ska vara en juridisk person. Det ställs dock inte krav på någon bestämd associationsform. Det avgörande är i stället att aktören uppfyller samtliga kriterier som ingår i definitionen. Det krävs inte att det är fråga om en svensk juridisk person.

Ett alternativ hade varit att försöka definiera större enheter bestående av flera juridiska personer, exempelvis hela Svenska kyrkan eller ABF, som idéburna. Idéburna aktörer är dock som utredningen ovan har beskrivit organiserade på en mängd sätt som bland annat riksorganisationer med lokala och regionala avdelningar, paraplyorganisationer, koncerner osv. Att hitta ett rättssäkert sätt att avgränsa och definiera vad som i detta sammanhang skulle kunna utgöra sådana större enheter innebär stora svårigheter. Varje juridisk person som bedriver verksamhet har ett eget organisationsnummer som är unikt. Det innebär att juridiska personer kan identifieras, till skillnad från vad som gäller för en större sammanslutning som alltså kan bestå av en mängd juridiska personer, nätverk och liknande med eller utan organisationsnummer. Vidare är all statistik uppbyggd utifrån organisationsnummer. Utredningen anser därför att den enhet som ska kunna omfattas av definitionen ska vara en egen juridisk person.

1. Organisationen är inte direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region

Syftet med detta kriterium är att avgränsa idéburna aktörer mot organisationer som kontrolleras av offentliga myndigheter.

Att den juridiska personen mottar en majoritet av sina medel från det offentliga hindrar inte att den anses vara icke-offentlig. Det är heller inte ett hinder om den har grundats av en offentlig aktör. Avgörande är att den inte är ägd eller styrd av det offentliga på så sätt att det offentliga kontrollerar den. Det innebär att en offentlig aktör, som t.ex. en kommun eller en region inte får ha en direkt eller indirekt kontroll över strategiska beslut. Med strategiska beslut avses stadgar, policyer och riktlinjer för den juridiska personen, ändringar som i regel kräver beslut av styrelse eller årsmöte. Att denna har ett avtal med ett offentligt organ som innehåller förpliktelser innebär dock i regel inte att kontroll föreligger. En offentlig organisation får inte utse majoriteten i styrelsen om den juridiska personen har en styrelse. Om den juridiska personen är ägd till mer än hälften av det offentliga ska den också anses vara kontrollerad och därmed inte uppfylla kriteriet.

Många idéburna aktörer har att följa särskilda regleringar, lagar eller förordningar, som gäller för deras verksamhet. Det finns flera exempel på detta, t.ex. reglerna om Folkbildningsrådets bidragsgivning, regler om uppgifter för Svenska Röda Korset vid kriser och lagen (1998:159) om Svenska kyrkan som bl.a. innehåller bestämmelser om vad Svenska kyrkan är och hur den är organiserad. Detta innebär emellertid inte att dessa organisationer ska anses vara kontrollerade av det offentliga i den mening som avses här. Den idéburna aktören ska alltså inte vara underkastad styrning och beslutsrätt av en offentlig aktör men kan stå under offentligrättsligt reglerad tillsyn.

2. Organisationen har ett syfte som är oegennyttigt

Syftet med detta kriterium är att säkerställa att organisationen är idéburen, att den kan särskiljas från det kommersiella näringslivet. För att en organisation ska anses idéburen måste dess syfte vara *oegennyttigt*. Begreppet används bland annat i propositionen En politik för det civila samhället (prop. 2009/10:55, s. 30) som en beskrivning av det civila samhällets organisationer: ”Med det civila samhällets organi-

sationer avses här alla organisationer som är organiserade utanför offentlig sektor och näringsliv, som inte är vinstdrivande och som har någon form av oegennyttigt uppdrag." Demokrativillkorsutredningen har nyligen använt samma beskrivning i sitt förslag till definition av begreppet organisationer inom det civila samhället. Med en organisation inom det civila samhället ska enligt den utredningen avses en organisation utanför offentlig sektor och näringsliv, som inte är vinstdrivande och som har någon form av oegennyttigt uppdrag.[75]

Ett alternativ hade varit att använda begreppet allmännyttigt ändamål. Detta begrepp finns i inkomstskattelagens regler om inskränkt skattskyldighet (se avsnitt 5.1.1). Vissa av de verksamheter som omfattas av utredningens avgränsning av vad som är välfärdsverksamheter ingår inte i inkomstskattelagens definition av begreppet allmännyttigt ändamål. Utredningen menar exempelvis att idéburna aktörer som bedriver förskole- och fritidsverksamhet i form av t.ex. föräldrakooperativ kan ha ett oegennyttigt syfte.[76] Enligt utredningens bedömning bör det särskiljande begreppet i definitionen förtydliga särarten med den idéburna sektorn och inte utgå från vilken verksamhet som bedrivs. Vidare är det inte lämpligt att ändra innebörden i ett redan använt begrepp. Utredningen anser därför att begreppet allmännyttigt ändamål inte är lämpligt i detta sammanhang.

Avsikten med kriteriet är alltså att skilja idéburna aktörer från kommersiella. Ett annat sätt att uttrycka särarten hos idéburna aktörer är att organisationen har altruistiska mål. Om syftet med en verksamhet är begränsat till vissa familjers, medlemmars eller andra bestämda personers ekonomiska intressen är syftet inte oegennyttigt. Organisationens syfte bör vara uttryckt i organisationens stadga, stiftelseurkund, bolagsordning eller motsvarande. Vid bedömningen av om en aktör har ett oegennyttigt syfte eller ej ska en sammantagen bedömning göras. Vissa bransch- och intresseorganisationer som finns för idéburna aktörer ställer krav på att organisationer ska ha en annan drivkraft än vinst och överskott, som t.ex. ett idéburet, ett allmännyttigt eller samhällsnyttigt ändamål för att medlemskap ska beviljas. Religiösa trossamfund är exempel på organisationer som enligt utredningen har ett oegennyttigt syfte. Det gäller oavsett om de är registrerade trossamfund eller är organiserade på annat sätt. Ersta Diakoni är ett exempel på en ideell icke vinstsyftande förening

[75] SOU 2019:35 *Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället*, överlämnat den 17 juni 2019.
[76] Jfr avsnitt 5.1.1 ovan.

med kristen grundsyn och har enligt sina stadgar idémässig anknytning till Svenska kyrkan. Enligt stadgarna har föreningen som ändamål att bedriva diakoni genom hälso- och sjukvård, omsorg om äldre och personer med funktionsnedsättning samt socialt arbete med barn och unga, och personer i utsatta situationer, och att bedriva opinionsbildning samt utbildning och vetenskaplig forskning inom områden av betydelse för sällskapets verksamhet. Ett sådant ändamål är oegennyttigt. En annan stor organisation, Röda Korset, bedriver sin verksamhet utifrån sju grundprinciper om humanitet (att förhindra och lindra mänskligt lidande), opartiskhet (gör ej skillnad mellan t.ex. nationalitet eller etnisk eller religiös tillhörighet), neutralitet (tar inte ställning i frågor), självständighet (oberoende från stater), frivillighet, enhet (finns endast en förening i varje land) och universalitet (alla nationella organisationer har samma skyldigheter och rättigheter att bistå varandra). Röda Korsets ändamål uppfyller kravet på ett oegennyttigt syfte. Några andra exempel på syften som utredningen anser är oegennyttiga kan vara att motverka utanförskap, social isolering och ensamhet, vilket flera organisationer har som ändamål, eller ha riktad verksamhet till behövande på olika områden, t.ex. till hemlösa, missbrukare eller personer med psykisk ohälsa. Flera organisationer har kopplat det oegennyttiga syftet till verksamheten de bedriver. Som exempel kan nämnas organisationer vars syfte är att bedriva äldrevård och hemtjänst. Sådana organisationer kan ha ett oegennyttigt syfte och vara idéburna om övriga kriterier är uppfyllda.

Definitionen av idéburen aktör tar inte sikte på någon särskild associationsform. En del idéburen verksamhet bedrivs i ekonomiska föreningar som kännetecknas av att de ska ha till syfte att främja medlemmarnas intressen genom ekonomisk verksamhet som medlemmarna deltar i.[77] En förening som har ett renodlat sådant syfte kan inte anses ha ett oegennyttigt syfte, vilket innebär att en sådan förening inte kan vara en idéburen aktör enligt den föreslagna definitionen. Lagen om ekonomiska föreningar utesluter emellertid inte att en förening registreras som en ekonomisk förening trots att dess verksamhet eller syfte endast till viss del är av det slag som krävs enligt den lagen.[78] Ekonomiska föreningar kan alltså även ha andra syften än rent ekonomiska, t.ex. sociala och ändå uppfylla kriterierna

[77] 1 kap. 4 § lagen om ekonomiska föreningar.
[78] Se avsnitt 5.3.4 ovan och prop. 2017/18:185 s. 209.

för vad som gäller för ekonomiska föreningar. Kooperativ kan bedriva verksamhet i en ideell förening eller i ett svb-bolag men det är vanligast att det görs i en ekonomisk förening. Lagen om ekonomiska föreningar präglas av en kooperativ princip som innebär att medlemmarna deltar i verksamheten. I de kooperativa principerna ingår att kooperativ arbetar för en hållbar utveckling av sina lokalsamhällen. Bransch- och intresseorganisationerna Famna och Forum accepterar t.ex. ekonomiska föreningar som medlemmar om de har ett allmännyttigt syfte i sin ändamålsparagraf. Ekonomiska föreningar kan således vara idéburna aktörer under förutsättning att verksamheten bedrivs med ett oegennyttigt syfte och de övriga kriterierna är uppfyllda.

Det finns även möjligheter att ha andra syften än vinstmaximering i aktiebolag. Av 3 § 3 kap. ABL framgår att om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till ägarna ska detta anges i bolagsordningen. Det innebär att även ett aktiebolag kan registreras som en idéburen aktör om samtliga kriterier är uppfyllda.

För att kravet på oegennyttigt syfte ska vara uppfyllt ska den juridiska personen som helhet omfattas av det. Det innebär att all verksamhet som bedrivs i den idéburna aktören ska bedrivas för detta ändamål. Det hindrar inte att en idéburen aktör t.ex. har en kioskverksamhet på ett sjukhus eller någon form av konferensverksamhet om det är att betrakta som en stödfunktion för den huvudsakliga verksamheten eller om de medel som genereras i sådan verksamhet används för att bidra till det oegennyttiga syftet. Det viktiga är att verksamheten som helhet bedrivs för att uppnå det oegennyttiga syftet. Övriga kriterier ska givetvis också vara uppfyllda.

Avsikten med kriteriet är alltså att tydliggöra att idéburna aktörer skiljer sig från kommersiella aktörer genom sin särart.

3. Organisationen bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Syftet med detta kriterium är att säkerställa att definitionen används i de situationer som den är avsedd för, det vill säga när en idéburen organisation bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad verksamhet inom välfärden. Det är i kontakten med och relationen till det offentliga som det finns ett behov av en rättslig defini-

tion, exempelvis när en aktör söker ett bidrag, deltar i en upphandling eller samverkar med det offentliga på ett sätt som inbegriper offentlig finansiering. Definitionen syftar alltså inte till att definiera hela det civila samhället eller ens alla idéburna organisationer som bedriver välfärdsverksamhet, utan just offentligt finansierad sådan.

Med offentlig finansiering avses alla medel som utbetalas från offentliga myndigheter till idéburna aktörer med avsikten att de ska bedriva välfärdsverksamhet. Begreppet offentlig finansiering inkluderar bidrag och stöd från offentliga myndigheter, även EU-stöd och ersättning i olika samverkansformer som Idéburet offentligt partnerskap (IOP). Ersättning som utgår för upphandlad verksamhet och ersättning som utgår för deltagande i valfrihetssystem ingår också i vad som är offentligt finansierat, i vissa fall benämnt köp av verksamhet.[79] Vidare ingår ersättning (bidrag) till enskilda huvudmän som bedriver skollagsreglerad verksamhet, bidrag som utgår för folkbildning till studieförbund och folkhögskolor samt ersättning för personlig assistans.

Det krävs inte att det är någon viss andel av organisationens verksamhet som utgörs av offentligt finansierad välfärdsverksamhet för att detta kriterium ska vara uppfyllt.

För att en organisation ska uppfylla kriteriet bör tidpunkten för när välfärdsverksamheten ska börja bedrivas inte ligga alltför långt fram. Det behöver också finnas någon indikation på att organisationen har för avsikt att bedriva sådan verksamhet. En indikation kan vara att organisationen t.ex. har sökt ett visst angivet bidrag från en myndighet, har för avsikt att delta i ett valfrihetssystem inom hemtjänsten eller en upphandling av HVB-hem, har påbörjat ett ansökningsförfarande för att starta en skola, en hemtjänstverksamhet eller personlig assistansverksamhet. Normalt ska en någorlunda konkretiserad uppgift om denna avsikt från organisationen själv godtas. Om organisationen av någon anledning inte sätter igång verksamheten kan den återkalla sin ansökan om att bli registrerad, se nedan. Det ska inte vara möjligt för en organisation som inte har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet att kunna omfattas av definitionen endast i syfte att exempelvis kunna använda detta i förhållande till privata gåvogivare.

[79] SKL använder begreppet köp av verksamhet som en beskrivning av verksamhet som inte genomförs i egen-regi, se t.ex. Köp av verksamhet 2017 Kommuner, landsting och regioner 2006–2017. Begreppet används också i utredningens direktiv, se Dir. 2018:46.

Vad gäller begreppet *välfärdsverksamhet* så har utredningen i avsnitt 3.2 redogjort för de överväganden som ligger bakom avgränsningen av välfärdsverksamheter. Vad som menas med välfärd och vilka verksamheter som ingår i välfärdsverksamheter anges inte i direktiven. Då begreppen välfärd eller välfärdsverksamheter saknar såväl en rättslig definition som en allmänt vedertagen betydelse har utredningen behövt avgränsa vilka verksamheter som i det här sammanhanget omfattas.

Vid bedömningen har utgångspunkten för avgränsningen av begreppet välfärd varit utredningens uppdrag. De verksamheter som varit av intresse är sådana som innefattas i en bredare användning av begreppet, som omfattas av någon form av offentlig finansiering och som bedrivs av idéburna aktörer som erhåller sådan finansiering. Med välfärdsverksamhet avses:

- hälso- och sjukvård,
- hälsofrämjande verksamhet,
- sociala omsorgstjänster,
- utbildning, sådan som regleras av skollagen, utbildning och bildning som folkhögskolor och studieförbund genomför, och annan utbildning med kommun, region och statliga myndigheter som huvudman,
- aktiviteter inom arbetsmarknadsområdet, och
- verksamheter som syftar till att öka människors integration och inkludering i samhället samt att motverka segregation och isolering.

Avsikten med kriteriet är alltså att definitionen ska användas i det sammanhang den är avsedd för: när en idéburen aktör bedriver välfärdsverksamhet med offentliga medel.

4. Värdeöverföringar får endast ske till andra registrerade idéburna aktörer och till forskning

Syftet med detta kriterium är att dra gränsen gentemot kommersiella aktörer som bedriver samma typ av verksamhet. Att överskottet ska återinvesteras i verksamheten innebär att den juridiska personen i

och för sig får göra överskott men att detta överskott ska användas inom den idéburna verksamheten. Det krävs inte att den mottagande aktören är en del i samma koncern eller att det föreligger skatterättslig intressegemenskap. Vad som avses med värdeöverföringar i detta sammanhang redovisas i avsnitt 5.4.4 nedan. Kriteriet innebär att eventuella överskott inte får lämna sektorn. Förenligt med kriteriet är dock även att överföra medel till forskning, se nedan.

Ett annat alternativ hade varit att endast tillåta koncernöverföringar. Få idéburna aktörer är emellertid organiserade i koncern vilket innebär att ett sådant villkor hade varit mycket begränsande. Det finns behov av att föra över medel mellan olika juridiska personer inom sektorn och definitionen behöver därför möjliggöra det. Det som är viktigt är att det inte är möjligt att föra över medel till privatpersoner eller till kommersiell verksamhet. Avsnitten 5.4.6. och 5.4.8 innehåller utredningens föreslag till åtgärder för att förhindra missbruk av definitionen, t.ex. när det gäller värdeöverföringar.

Vad som ingår i begreppet forskning varierar. Den officiella statistik som SCB tar fram om forskning och utveckling (FoU) utgår t.ex. från OECD:s Frascatimanual[80]. Enligt manualen avses med forskning och experimentell utveckling ett systematiskt och metodiskt sökande efter ny kunskap och nya idéer. Tolkningen av termen är således bred. Begreppet forskning förekommer också i lagar och föreskrifter med delvis olika innehåll och ofta utan att begreppet definieras.[81] I lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor (etikprövningslagen) finns en definition av begreppet. Enligt ett förslag till ändring i etikprövningslagen ska lagens definition av forskning, utöver vetenskapligt experimentellt eller teoretiskt arbete, även innefatta vetenskapliga studier genom observation.[82] Definitionen enligt det nya förslaget lyder som följer:

> I denna lag avses med forskning: vetenskapligt experimentellt eller teoretiskt arbete eller vetenskapliga studier genom observation, om arbetet eller studierna görs för att hämta in ny kunskap, och utvecklingsarbete på vetenskaplig grund, dock inte sådant arbete eller sådana studier som utförs endast inom ramen för högskoleutbildning på grundnivå eller på avancerad nivå.

[80] Frascati Manual 2015 Guidelines for collecting and reporting data on research and experimental development, OECD.
[81] Högskolelagen (1992:1434) innehåller exempelvis ingen definition.
[82] Prop. 2018/19:165, bet. 2019/20:UbU4. Lagändringen träder i kraft den 1 januari 2020.

Beträffande gränsdragning mot t.ex. uppföljning och utveckling av hälso- och sjukvård anförs att forskning bedrivs till skillnad från uppföljningsarbete utifrån ett vetenskapligt förhållningssätt.[83] Med vetenskap avses en process där kunskap systematiseras och struktureras genom teoriutveckling och tillämpning av metodiska arbetsredskap. Genom att betona det vetenskapliga förhållningssättet såväl i inhämtande av ny kunskap som i utvecklingsarbete särskiljs forskning från annan verksamhet som kan ha liknande karaktär, som exempelvis olika former av kvalitetssäkring, resultatuppföljning eller journalistiskt arbete.[84] Det innebär att uppföljning och kvalitetskontroll som utförs för att vidmakthålla och öka kvalitet och effektivitet i hälso- och sjukvården inte betraktas som forskning i lagens mening. Vidare omfattas inte arbete och studier som utförs endast inom ramen för högskoleutbildning på grundnivå eller avancerad nivå i begreppet forskning i etikprövningslagens mening. Dessa och tidigare förarbetsuttalanden samt praxis finns som utgångspunkt beträffande denna definition av forskning. Att utgå från denna definition ger en tydlighet för såväl idéburna aktörer som myndigheter rörande vilken forskning som det är tillåtet att göra värdeöverföringar till. Utredningen anser därför att värdeöverföringar ska få göras till forskning som omfattas av definitionen i etikprövningslagen.

[83] Prop. 2018/19:165 s. 19 f.
[84] Prop. 2007/08:44, s. 19 och 50.

5.4.4 Värdeöverföringar

Utredningens förslag: I lagen ska framgå vad som avses med värdeöverföring. Med värdeöverföring ska enligt lagen avses:

- vinstutdelning
- förvärv av egna aktier, dock inte förvärv enligt 19 kap. 5 § aktiebolagslagen (2005:551),
- minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna,
- minskning av reservfonden för återbetalning till medlemmarna,
- gottgörelse,
- avhändande av egendom till underpris,
- förvärv av egendom till överpris,
- lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen,
- utlåning av medel till en i förhållande till marknadsräntan lägre ränta eller upptagande av lån till högre ränta än marknadsräntan,
- avskrivning av fordringar eller att låta fordringar preskriberas, eller
- annan affärshändelse som medför att den idéburna aktörens förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för denna aktör.

En idéburen aktör i offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska skriftligen varje år till den ansvariga myndigheten lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar. Denna information ska lämnas oavsett om några värdeöverföringar har gjorts under året eller inte.

Värdeöverföringar kan ske på många olika sätt. Som framgått ovan definieras i aktiebolagslagen (2005:551)[85] värdeöverföring som vinstutdelning, förvärv av egna aktier (med vissa undantag) minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna

[85] 17 kap. 1 § ABL.

och annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget. Till begreppet värdeöverföring hänförs enligt förarbetena även sådant som att bolaget avhänder sig egendom till underpris, förvärvar egendom till överpris, betalar lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen, lånar ut medel till en i förhållande till marknadsräntan låg ränta eller upptar lån till högre ränta än marknadsräntan, skriver av fordringar eller låter fordringar preskriberas m.m.[86] Bestämmelserna hindrar inte att bolaget betalar ut löner för utfört arbete också till aktieägare. Vad som överstiger marknadsmässig lönenivå är emellertid att anse som värdeöverföring.

Aktiebolagslagen innehåller som ovan har beskrivits begränsningar av hur stora värdeöverföringar som kan göras i form av beloppsspärr och försiktighetsregel. För svb-bolag gäller en särskild beloppsspärr som innebär att utdelning och annan värdeöverföring inte får överstiga ett belopp som motsvarar räntan (beräknad som statslåneräntan med tillägg av en procentenhet) på det kapital som aktieägare har tillskjutit bolaget som betalning för aktier.

Bestämmelserna om vad som betraktas som värdeöverföring är annorlunda utformade för ekonomiska föreningar. I lagen (2018:672) om ekonomiska föreningar omfattas även gottgörelse av begreppet värdeöverföring. Det finns vidare en viktig skillnad i förhållande till aktiebolag eftersom affärshändelser som är en naturlig del i föreningens ekonomiska relation med medlemmarna undantas. Med detta uttryck avses exempelvis att en ekonomisk förening säljer vissa produkter till medlemmarna till ett pris som motsvarar föreningens egen kostnad men understiger det pris som andra aktörer på marknaden tar ut för produkten. Anledningen till denna bestämmelse är att det grundläggande syftet med företagande i ekonomisk förening traditionellt har varit att främja medlemmarnas ekonomi genom att medlemmarna samhandlar med föreningen. Vid sådan samhandel är det redan från början förutsett att de transaktioner som genomförs ska vara förmånliga för medlemmarna. Föreningens prispolitik gentemot medlemmarna kan alltså innefatta vad som enligt aktiebolagslagen skulle utgöra en värdeöverföring.

Utredningen menar att alla transaktioner som sker på annat än marknadsmässiga villkor ska omfattas av vad som avses med värdeöverföring när det gäller definitionen av idéburna aktörer i välfärden.

[86] Prop. 2004/05:85 s. 747 f.

Om en organisation ska få omfattas av definitionen bör medlen användas till den idéburna verksamheten och inte till förmånliga affärer för medlemmarna. De ekonomiska föreningar som är aktuella i detta sammanhang ägnar sig heller inte typiskt sätt åt sådan samhandel. Det handlar snarare om föräldrakooperativ som driver förskolor, brukarkooperativ med anknytning till funktionshindersrörelsen och personalkooperativ som arbetar med arbetsintegrerande sociala verksamheter.

Mindre överföringar av medel till brukarna av en social omsorgstjänst, om detta ingår som ett led i kärnverksamheten för själva tjänsten, bör dock inte betraktas som värdeöverföringar i detta sammanhang. Som exempel kan nämnas att deltagare i Stadsmissionens boenden enligt avtal med kommuner ska betala en egenavgift av lågt värde per dygn för exempelvis mat. Om Stadsmissionen avstår från att driva in skulderna för de personer som inte betalat egenavgifterna så bör detta inte anses som en värdeöverföring. Utredningen anser att medlen i dessa fall får anses användas i den idéburna verksamheten, i dess kärnverksamhet, och inte i syfte att ge förmåner till eventuella medlemmar. Ett annat exempel är Skyddsvärnets klienter som i ett led i sin behandling ska lära sig att klara sig själva. En del i behandlingen är att klara av att betala hyran. Klienterna får en summa pengar av Skyddsvärnet för att dessa ska betala in hyran, dvs. samma summa pengar, till Skyddsvärnet som en läroövning. I vissa fall kan det hända att klienten inte klarar av att betala hyran. Det kan innebära att skulden måste skrivas av. Inte heller sådana arrangemang anser utredningen vara att betrakta som värdeöverföringar, även om Skyddsvärnet från början vet att det föreligger en risk att alla inte kommer att betala in hyran. Dessa utbetalningar ska ses som en del av utförandet av själva välfärdsverksamheten och inte som en värdeöverföring till enskild.

Då utredningen föreslår ett undantag för värdeöverföringar till andra registrerade idéburna aktörer kan en ekonomisk förening dock bedriva samhandel på icke marknadsmässiga villkor i förhållande till en annan juridisk person som också är en registrerad idéburen aktör.

Eftersom begreppet värdeöverföring används på olika sätt i den associationsrättsliga lagstiftningen bör det enligt utredningen framgå direkt i lagen vad som i detta sammanhang avses med värdeöverföring. Förslaget till uppräkning i lagen är dock inte uttömmande utan även en annan affärshändelse som medför att den idéburna aktörens

förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för denna utgör enligt förslaget en värdeöverföring. Ett exempel skulle kunna vara borgensåtaganden som inte sker på marknadsmässiga villkor.

De värdeöverföringar som med utredningens förslag får göras måste naturligtvis även följa vad som är tillåtna värdeöverföringar enligt den lagstiftning som gäller för respektive associationsform.

För att det ska vara möjligt att kontrollera vilka värdeöverföringar som har gjorts ska de idéburna aktörerna vara skyldiga att skriftligen varje år till registermyndigheten lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar. Det gör det enklare att undersöka vilka värdeöverföringar som sker och följa upp och eventuellt justera detta kriterium.

5.4.5 Förslag till förfarande

Utredningens förslag: Idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska kunna registrera sig i ett särskilt register. För att bli registrerad ska den idéburna aktören uppfylla kriterierna i definitionen av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Att den idéburna aktören har ett syfte som är oegennyttigt ska framgå av aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling.

Registreringen ska omfatta

1. den idéburna aktörens namn och postadress,
2. den idéburna aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling, och
3. en kontaktperson som är behörig att företräda den idéburna aktören i frågor om registrering samt kontaktpersonens namn, postadress och personnummer eller samordningsnummer.

Ändringar i något av dessa förhållanden ska genast anmälas till registermyndigheten.

Registermyndigheten ska få ta ut en avgift för registerhållning. Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer ska få meddela föreskrifter om avgifternas storlek.

Registermyndigheten ska utöva tillsyn över registret över idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet.

En registrerad idéburen aktör ska vara skyldig att på registermyndighetens begäran lämna sådana uppgifter som är nödvändiga för tillsynsverksamheten.

Registermyndigheten ska vidare få meddela de föreläggande som behövs för att lagen eller de föreskrifter och villkor som har meddelats i anslutning till lagen ska följas. Sådana föreläggande ska få förenas med vite.

Registermyndigheten ska även få besluta att en idéburen aktör som inte har följt ett sådant föreläggande ska avregistreras.

Utredningens bedömning: De länsstyrelser som i dag är tillsyns- och registreringsmyndigheter för stiftelser bör också avgöra frågor om registrering av idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad välfärdsverksamhet och ansvara för registret över dessa.

Vilka uppgifter som ska skickas in till registermyndigheten bör framgå i förordning.

Enligt direktiven är det angeläget att överväga olika alternativa förfaranden i syfte att tydliggöra att idéburna aktörer har drivkrafter som skiljer sig från vinstdrivande företag. Det kan exempelvis vara fråga om att ta fram en modell för tillståndsprövning, registrering eller certifiering. Ytterligare en möjlighet som lyfts fram i betänkandet Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning[87] är att man skulle kunna kräva att verksamheten bedrivs i en viss juridisk form (t.ex. med särskild vinstutdelningsbegränsning) som i sig medför ett antal krav. Att organisationerna uppfyller kraven skulle då kunna kontrolleras av bl.a. företagets revisorer.

Som framgått under avsnitt 5.4.3 har utredningen funnit det olämpligt att utforma definitionen på ett sätt som tvingar existerande idéburna aktörer inom välfärden att ändra sin associationsform för att uppfylla definitionen. Definitionen ska gå att tillämpa på alla typer av associationsformer. För att kommuner, regioner och statliga myndigheter som vill använda definitionen för att främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden på ett enkelt sätt ska kunna identifiera vilka som lever upp till kriterierna i definitionen krävs därför någon form av tillståndsförfarande eller registrering.

[87] SOU 2017:38.

Eftersom definitionen ska kunna användas på ett antal olika sätt, bl.a. vid bidragsgivning, lagstiftning, köp av verksamhet och samverkan är ett tillståndsförfarande mindre lämpligt. Ett tillstånds- eller godkännandeförfarande är typiskt sätt kopplat till en viss verksamhet. Vad som ligger närmast till hands är därför någon form av certifierings- eller registreringsförfarande.

Certifiering

En certifiering innebär att en organisation visar att den lever upp till de krav som gäller för en viss standard. Certifikatet kan till exempel vara i form av en licens, ett diplom eller en legitimation. För att få ett certifikat ska en organisation ha genomgått en så kallad certifieringsrevision. Oftast innebär det att en extern revisor granskat organisationens processer och rutiner på det område som standarden handlar om. Ett exempel på certifiering som är av relevans för denna utredning är en certifiering som de arbetsintegrerande sociala företagens organisation (SKOOPI) nyligen har tagit fram. Processen för certifiering av arbetsintegrerande sociala företag (ASF) har tagits fram tillsammans med Swedish Standards Institut (SIS). Standarden ställer krav inom följande områden: verksamhetens ändamål och inriktning, finansiella och ekonomiska krav, krav på verksamhetens organisation och oberoende/fristående, krav på personal och kompetens, ansvar och delaktighet i företaget, krav angående miljömässig hållbarhet, krav på socialt ansvarstagande, krav på ledningssystem och arbetsmiljökrav.

En certifiering är ofta en relativt omfattande process som innefattar en bedömning av de processer och rutiner som styr en organisations verksamhet. Syftet med den definition utredningen ska föreslå är dock huvudsakligen att kunna avgränsa idéburna aktörer mot kommersiella sådana. Såväl definitionen som förfarandet behöver vara förutsebart och lätt att tillämpa. Det är viktigt att den administrativa bördan blir så begränsad som möjligt, så att den inte avskräcker idéburna aktörer från att ansöka. Med dessa utgångspunkter bedömer utredningen att certifiering inte är aktuellt utan att det är ett registreringsförfarande som är det mest ändamålsenliga. Det finns dock inget som hindrar att sektorn själv tar fram egna certifier-

ingar inom olika områden, såsom SKOOPI gjort, om det finns behov av detta.

Registrering

Aktiebolagsregistret

Enligt 27 kap. 1 § aktiebolagslagen ska Bolagsverket föra ett aktiebolagsregister för registrering enligt ABL eller annan författning. Ett aktiebolag har rätt att bli registrerat, om det har bildats och organiserats i överensstämmelse med lagens föreskrifter och detta har styrkts inför registreringsmyndigheten med de uppgifter och handlingar som särskilt föreskrivs i lagen.

Registreringssystemet garanterar en viss legalitetskontroll av åtgärder som ett aktiebolag företar. Genom systemet kan intresset av att kunna kontrollera att bolaget har bildats i behörig ordning tillgodoses. Systemet åstadkommer också en kontroll av att bolagsordningens bestämmelser inte strider mot ABL eller annan författning, att bolagsordningens föreskrifter inte är sinsemellan motstridiga och att beslut som ska registreras inte har fått en avfattning som gör dem i något viktigare hänseende otydliga eller vilseledande. Vidare medför registreringssystemet publicitet. Aktiebolagsregistret är offentligt.

Alla aktiebolag ska registreras i aktiebolagsregistret. Där registreras även ett stort antal uppgifter hänförliga till bolaget, t.ex. uppgifter om styrelseledamöter och revisorer i bolaget. Enligt 8 kap. 3 c § årsredovisningslagen (1995:1554) ska även årsredovisningar och revisionsberättelser registreras i aktiebolagsregistret.

Registret förs med automatiserad behandling. Närmare anvisningar om aktiebolagsregistrets innehåll finns i 2 kap. aktiebolagsförordningen (2005:559).

Bolagsverkets prövning är formellt inte begränsad till förenligheten med vissa bestämda författningar men torde i praktiken komma att inriktas på förenligheten med bestämmelserna i aktiebolagslagen, aktiebolagsförordningen, årsredovisningslagen och lagen (2018:1659) om företagsnamn. Vidden av Bolagsverkets prövning påverkas av det stora antalet registreringsärenden liksom av det förhållandet att vissa uppgifter som gäller ett bolagsbeslut i praktiken inte är granskningsbara.

Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (svb-bolag)

De så kallade svb-bolagen registreras i aktiebolagsregistret. Företagsnamnet för ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning ska följas av beteckningen (svb), om det inte av bolagets företagsnamn framgår att det är ett sådant aktiebolag (32 kap. 17 § ABL). I bolagsordningen ska det anges att bolaget ska vara ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (32 kap. 2 § ABL). Bolagsverket ska inför registreringen kontrollera att bolagsordningen har det speciella innehåll som krävs. Uppfyller inte bolagsordningen lagens krav eller innehåller den motstridiga uppgifter, föreligger hinder mot registrering. Bolagsverket ska då enligt aktiebolagslagens generella regler förelägga den som gjort registreringsanmälan att yttra sig i frågan eller vidta rättelse inom viss tid. I sista hand ska Bolagsverket i ett sådant fall vägra registrering av bolaget.[88] När ett aktiebolag registreras, antecknar Bolagsverket uppgift om bolagskategori i aktiebolagsregistret. Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning är därför, liksom exempelvis publika respektive privata aktiebolag, sökbara i aktiebolagsregistret.

Föreningsregistret

Enligt 19 kap. 1 § lagen om ekonomiska föreningar ska Bolagsverket föra ett föreningsregister. Systemet för registrering av ekonomiska föreningar har, liksom för aktiebolagen, betydelse dels genom den legalitetskontroll av föreningarna som det medför, dels genom den publicitet som följer med systemet. Genom registreringsförfarandet sker en kontroll av att föreningen motsvarar de rättsliga kriterierna för en ekonomisk förening och att den därmed kan få den rättssubjektivitet som uppkommer genom registreringen. Systemet medför också en kontroll av att stadgarnas bestämmelser inte strider mot de regler som lagen uppställer till skydd för medlemmar eller borgenärer och andra enskilda. Tidigare registrerades de ekonomiska föreningarna hos länsstyrelserna. Patent- och registreringsverket övertog 1993 uppgiften att registrera ekonomiska föreningar och sedan år 2002 är Bolagsverket registreringsmyndighet.

[88] Prop. 2004/05:178, s. 26 f.

Vid sidan av kravet på registrering av den ekonomiska föreningen som sådan (se 2 kap. 2 §) innehåller föreningslagen ett flertal bestämmelser om att uppgifter ska anmälas för registrering, t.ex. beslut om ändring av stadgarna (se 3 kap. 5 §), vem som har utsetts till styrelseledamot (se 7 kap. 44 §) och vem som har utsetts till revisor (se 8 kap. 51 §). Bestämmelser om registrering finns också i bl.a. i bostadsrättslagen (1991:614) och i lagen (2002:93) om kooperativ hyresrätt. De närmare anvisningarna om hur föreningsregistret ska föras finns i 3 kap. förordningen (2018:759) om ekonomiska föreningar.

Ideella föreningar

Det finns som konstaterats tidigare inget krav på registrering för att en ideell förening ska ha rättskapacitet. Därför finns inte heller något komplett register över ideella föreningar. Det finns dock ett systematiskt register över alla ideella föreningar som har ett organisationsnummer. Det är SCB:s allmänna företagsregister. Detta register uppdateras kontinuerligt med uppgifter från Skatteverket, Bolagsverket och SCB:s egna utredningar. Ett organisationsnummer kan en ideell förening ansöka om hos Skatteverket. En ideell förening som utövar näringsverksamhet kan, som tidigare nämnts, även registrera sig hos Bolagsverket för att skydda föreningsnamnet. En näringsidkare som enligt bokföringslagen (1999:1078) är skyldig att upprätta en årsredovisning måste ansöka om en sådan registrering hos Bolagsverket.

Registrerade trossamfund

Kammarkollegiet ska enligt 2 § förordningen (1999:731) om registrering av trossamfund avgöra frågor om registrering av trossamfund och ansvara för registret över trossamfund. Ett trossamfund ska på egen begäran registreras om det finns stadgar som bestämmer trossamfundets ändamål och hur beslut fattas om trossamfundets angelägenheter, samt om det finns en styrelse eller motsvarande organ. Ett trossamfund får registreras bara om dess namn är ägnat att särskilja trossamfundets verksamhet från andras. Registreringen ger rättskapacitet som registrerat trossamfund och innebär ett skydd av namnet.

Stiftelseregistret

Enligt 10 kap. 1 § stiftelselagen ska en stiftelse vara registrerad. Registreringsmyndighet för en stiftelse är den länsstyrelse som regeringen har bestämt är tillsynsmyndighet i länet. Enligt samma bestämmelse ska ett stiftelseregister föras hos registreringsmyndigheten. Om en länsstyrelse är registreringsmyndighet i flera län, ska den länsstyrelsen föra ett gemensamt register för registreringar i dessa län. Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar närmare föreskrifter om ingivning av anmälningar i registreringsärenden.

I förarbetena till stiftelselagen uttalades att kopplingen mellan registrering och tillsyn talade för att lägga ansvaret för registreringen hos länsstyrelserna i stället för hos det dåvarande Patent- och registreringsverket. Om ansvaret för registreringen lades på Patent- och registreringsverket, skulle frågan om en viss ”stiftelse” rättsligt sett verkligen är en stiftelse eller inte komma att bli föremål för bedömning av två skilda myndigheter. Ansvaret för registreringen borde därför enligt regeringen ligga på samma myndighet som har till uppgift att utöva tillsyn över stiftelsen. Ansvaret lades således på länsstyrelserna.[89] Stiftelseregistret förs hos var och en av de sju ansvariga länsstyrelserna med hjälp av automatisk databehandling. En anmälan om registrering av en stiftelse ska innehålla uppgifter om bl.a. styrelseledamöternas eller förvaltarens namn, person- eller organisationsnummer, postadress och telefon (se 10 kap. 2 § andra stycket). Dessa uppgifter ska föras in i stiftelseregistret. Vidare registreras bl.a. uppgifter om stiftelsens ändamål och, när det gäller stiftelser som utövar näringsverksamhet, näringsverksamhetens art. Uppgifter om likvidation, konkurs och företagsrekonstruktion, som lämnas till följd av bestämmelser om anmälningsskyldighet för likvidatorer och domstolar, förs också in i registret.

Stiftelseregistret förs av följande sju länsstyrelser:

1. Länsstyrelsen i Stockholms län
2. Länsstyrelsen i Östergötlands län
3. Länsstyrelsen i Skåne län
4. Länsstyrelsen i Västra Götalands län

[89] Prop. 2008/09:84, s. 28.

5. Länsstyrelsen i Dalarnas län
6. Länsstyrelsen i Västernorrlands län
7. Länsstyrelsen i Norrbottens län

Något centralt register motsvarande det som Bolagsverket för avseende aktiebolag och ekonomiska föreningar finns inte. De stiftelseregister som länsstyrelserna har utvecklat har dock en gemensam databas. I stiftelseförordningen (1995:1280) finns en mängd bestämmelser om vilka uppgifter som ska finnas i stiftelseregistret, vilka handlingar som ska ges in till länsstyrelsen osv.

Registret över idéburna aktörer

Registreringen i registret över idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet föreslås inte att vara knuten till de juridiska personernas rättskapacitet, så som är fallet med aktiebolag och ekonomiska föreningar. I stället är syftet med registreringen bland annat att andra regelverk och beslut ska kunna knytas till de organisationer som finns i registret. Att vara en registrerad idéburen aktör ska även, exempelvis när det gäller förslaget om att under vissa förutsättningar kunna reservera upphandlingar, kunna användas som ett bevismedel för att kriterierna är uppfyllda. I andra länder som har en definition av idéburna aktörer, eller motsvarande har den oftast kopplats till särskilda skatteregler. Det gäller t.ex. Italien, Spanien och Portugal.

För att bli registrerad ska den idéburna aktören uppfylla kriterierna i definitionen av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet, se avsnitt 5.4.3. Att den idéburna aktören har ett syfte som är oegennyttigt ska framgå av aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling. Ytterligare krav på vad som ska framgå i dessa handlingar redogörs för i avsnitt 5.4.6.

Det behöver inte finnas någon heltäckande information i detta register eftersom aktörerna även kommer att finnas registrerade i t.ex. föreningsregistret, aktiebolagsregistret och SCB:s register. Utredningen bedömer att de uppgifter som bör finnas i registret över idéburna aktörer i välfärden är den idéburna aktörens namn och postadress, aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling, en kontaktperson som är behörig att företräda aktören i frågor om registrering samt kontaktpersonens namn, postadress och

personnummer eller samordningsnummer. Ändringar i något av dessa förhållanden ska genast anmälas för registrering.

När det gäller avgifter för registreringen föreslår utredningen att regeringen eller, om regeringen så bestämmer, registermyndigheten ska få meddela föreskrifter om avgifter för registerhållning enligt lagen. Avgiften skulle kunna bestå av en årlig registerhållningsavgift. Huvudregeln enligt avgiftsförordningen (1992:191) är att avgifter ska beräknas så att de helt täcker verksamhetens kostnader (full kostnadstäckning). Denna regel gäller om inte regeringen föreskriver något annat.

Det är av stor vikt att avgifterna inte blir för höga eftersom många, särskilt små, idéburna aktörer då kan bli avskräckta från att ansöka om registrering. Enligt utredningens beräkningar i kap. 12 kommer avgifterna om de fastställs enligt principen om full kostnadstäckning att hamna på en nivå som utredningen bedömer rimlig även för små aktörer. Detta under förutsättning att det blir länsstyrelserna, se närmare nedan om utredningens bedömning i denna fråga, som blir registermyndigheter eftersom de då kan använda en del befintlig it-infrastruktur och upparbetad kompetens.

Tillsyn

Registret över idéburna aktörer kommer som nämnts ovan att ha en annan funktion än de register som finns över olika typer av associationsformer. De flesta registrerade idéburna aktörer kommer att finnas i andra register och även att omfattas av regler och tillsyn som gäller för respektive associationsform.

När det gäller stiftelser är det, som framgått ovan, vissa av regeringen utpekade länsstyrelser som är tillsynsmyndigheter över stiftelserna. Dessa länsstyrelser är också registreringsmyndigheter.

Tillsynsmyndigheten ska enligt 9 kap. 3 § stiftelselagen ingripa, om det kan antas att stiftelsens förvaltning eller revisionen av stiftelsen inte utövas i enlighet med stiftelseförordnandet eller bestämmelserna i stiftelselagen eller att en styrelseledamot eller förvaltaren annars missköter sitt uppdrag. Tillsynsmyndigheten får begära in handlingar eller upplysningar från stiftelsen, kalla till och delta vid sammanträde med stiftelsens styrelse eller förvaltare, samt om sär-

skild anledning föreligger utföra inspektion hos stiftelsen på tid och sätt som myndigheten bestämmer (9 kap. 4 §).

Tillsynsmyndigheten har utöver detta flera andra möjligheter och skyldigheter vid utövandet av stiftelsetillsynen. Länsstyrelsernas ansvar och befogenheter när det gäller stiftelser är alltså förhållandevis omfattade.

För registrerade trossamfund finns inga särskilda bestämmelser om tillsyn, däremot ska registreringsmyndigheten besluta att trossamfundet ska gå i likvidation om de krav som gäller för registrering inte längre är uppfyllda, om likvidationsskyldighet föreligger enligt stadgarna, eller om samfundet har försatts i konkurs som har avslutats med överskott. Registreringsmyndigheten ska då förordna en likvidator.

När det gäller ekonomiska föreningar så ska sådana precis som aktiebolag ha en revisor, i vissa fall en auktoriserad sådan. Revisorn ska granska föreningens årsredovisning och bokföring samt styrelsens och den verkställande direktörens förvaltning. Bolagsverket kan under vissa förutsättningar besluta om tvångslikvidation av föreningen. Även allmän domstol kan besluta att en förening ska gå i likvidation. Detta ska ske bland annat om föreningens verksamhet drivs på ett sätt som uppenbarligen inte motsvarar de förutsättningar under vilka föreningen har registrerats.

I förarbetena till de särskilda reglerna i aktiebolagslagen om svbbolag fördes resonemang om det eventuella behovet av att skapa ett kontrollorgan för sådana aktiebolag.[90] Regeringen konstaterade att bolagens revisor redan enligt aktiebolagslagens allmänna regler bland annat skulle kontrollera att ett aktiebolag inte har gjort några värdeöverföringar m.m. i strid med lagens regler. Regeringen ansåg dock att det fanns skäl att lägga särskild vikt vid granskningen för den nya typen av aktiebolag. En bestämmelse om att revisorn särskilt ska granska att bolaget inte överträtt reglerna om värdeöverföringar och överföringar inom koncern infördes därför (32 kap. 3 § andra stycket).

En särskild fråga var enligt regeringen om det fanns anledning att tillskapa ett nytt kontrollorgan för att säkerställa att aktiebolag av det nya slaget följde reglerna om begränsad vinstutdelning etc. Utredningen, som föregick förslaget, hade gjort bedömningen att svbbolagen skulle få en mycket begränsad användning. Regeringen fram-

[90] Prop. 2004/05:178, s. 43 f.

höll att det som föreslogs var associationsrättsliga regler för ett nytt slag av aktiebolag. I det sammanhanget fanns det enligt regeringen knappast tillräckliga skäl att inrätta ett särskilt kontrollorgan eller att införa några ytterligare kontrollfunktioner. Om det skulle bli aktuellt att knyta möjligheten att få tillstånd eller förmåner till att en viss verksamhet drivs som ett aktiebolag av det nya slaget, kunde det dock enligt förarbetena finnas anledning att för varje område pröva om några särskilda kontrollfunktioner borde tillskapas eller om kompletterande regler behövdes.

Även denna utrednings förslag innebär att regler införs om värdeöverföringar. Till skillnad från aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning föreslås även att definitionen ska kunna användas av exempelvis kommuner för att, om de så finner lämpligt, kunna knyta vissa möjligheter till att organisationen är en registrerad idéburen aktör i välfärden. Också när det gäller förordningar om statsbidrag kan definitionen komma att användas.

För att registret ska få tillräcklig trovärdighet bör ett kontrollorgan säkerställa att aktörerna även efter själva registreringen följer kraven på att få vara registrerad idéburen aktör, framför allt reglerna om värdeöverföring.

Det bör därför införas bestämmelser i lagen om att registermyndigheten ska utöva tillsyn över registret. En registrerad idéburen aktör ska enligt förslaget vara skyldig att på registermyndighetens begäran lämna sådana uppgifter som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Registermyndigheten ska vidare få meddela de föreläggande som behövs för att lagen eller de föreskrifter som har meddelats i anslutning till lagen ska följas. Utredningen anser att sådana föreläggande ska få förenas med vite. Registermyndigheten ska även få besluta att en idéburen aktör som inte har följt ett sådant föreläggande ska avregistreras.

Ansvarig myndighet

Av effektivitetsskäl anser utredningen att det är lämpligt att den myndighet som ska ansvara för kontrollen av att kriterierna efterlevs också är registermyndighet.

De flesta register över juridiska personer förs av Bolagsverket. I Bolagsverkets nuvarande uppgifter ingår dock inte kontinuerlig

uppföljning och tillsyn utan framför allt frågor som är kopplade till själva registreringen. Ett ansvar att kontrollera efterlevnaden av bestämmelser om värdeöverföringar m.m. skulle därför innebära en delvis ny typ av uppgift för Bolagsverket.

Utredningens bedömning är att såväl uppgiften att kontrollera efterlevnaden av kriterierna i definitionen som ansvaret för själva registret bör ligga på länsstyrelserna, vilka redan har ansvar för tillsyn och register över stiftelserna. Länsstyrelserna har även uppgifter som rör värdeöverföringar i kommunala bostadsaktiebolag. Ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag ska skriftligen varje år till länsstyrelsen lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar och hur de har beräknats.[91] Länsstyrelsen ska i en årlig rapport sammanställa uppgifterna och lämna dessa till Boverket.[92] Det innebär att länsstyrelserna redan har erfarenheter av liknande frågeställningar. Vissa länsstyrelser har dessutom ansvar för frågor om penningtvätt. Även erfarenheterna från detta arbete kan vara värdefullt i sammanhanget.

När det gäller vilka länsstyrelser som bör vara ansvariga för registret om idéburna aktörer i välfärden så bör det enligt utredningens mening vara samma länsstyrelser som är tillsyns- och registreringsmyndigheter för stiftelserna.

Uppgifter som registermyndigheten behöver

För att underlätta myndighetens kontroll av efterlevnaden föreslår utredningen som framgått ovan att en registrerad idéburen aktör skriftligen varje år till myndigheten ska lämna uppgifter om huruvida några tillåtna värdeöverföringar har beslutats och i så fall vilka.

De uppgifter som ska skickas in till registermyndigheten bör vara sådana uppgifter som krävs för att myndigheten ska kunna bedöma om kriterierna i definitionen är uppfyllda. Det behöver inte vara fråga om någon heltäckande information i detta register eftersom aktörerna även kommer att finnas registrerade i t.ex. föreningsregistret, aktiebolagsregistret och SCB:s register. Vilka uppgifter som krävs bör enligt utredningen framgå i förordning.

[91] 6 § lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och 2 § förordningen (2011:1159) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag.
[92] 3 § samma förordning.

Bedömningen är att följande uppgifter behöver skickas in:

- Organisationsnummer
- Stadgar, bolagsordning, urkund eller dylikt varav det framgår vilket oegennyttigt syfte organisationen har
- Uppgifter om styrelsen
- Uppgift om vem som är kontaktperson i organisationen
- Uppgifter om vilket eller vilka välfärdsområden som organisationen bedriver eller har för avsikt att bedriva verksamhet inom, samt
- Årligen uppgifter om värdeöverföringar. Vilka, om några, sådana som har gjorts och till vilken registrerad idéburen aktör eller till vilken forskning.

De flesta av dessa uppgifter behöver bara skickas in vid registreringstillfället och när det sker eventuella ändringar som behöver anmälas.

5.4.6 Avregistrering och fortsatt begränsning av värdeöverföringar

Utredningens förslag: Registermyndigheten ska besluta att den idéburna aktören ska avregistreras om de krav som gäller för registrering inte längre är uppfyllda.

En idéburen aktör ska på egen begäran avregistreras av registermyndigheten även om kraven för registrering fortfarande är uppfyllda.

Efter ett beslut om avregistrering ska begränsningen beträffande värdeöverföringar fortfarande gälla under en tidsperiod om fem år.

En registrerad idéburen aktör ska ha en bestämmelse i stadgar, bolagsordning eller motsvarande handling som anger att kvarvarande tillgångar vid aktörens upplösning ska skiftas på ett sätt som inte bryter mot begränsningen beträffande värdeöverföringar. Detsamma ska gälla under tidsperioden om fem år efter avregistrering.

För stiftelser ska dock i stället gälla vad som anges i 7 kap. 11 § stiftelselagen (1994:1220).

Om en idéburen aktör inte längre uppfyller kraven för att få vara registrerad enligt lagen ska den juridiska personen enligt utredningens förslag avregistreras. Detsamma ska gälla om en aktör trots att kriterierna är uppfyllda inte längre önskar vara kvar i registret.

I utredningens uppdrag ligger att utreda vilka risker det finns för att en definition av idéburna aktörer i välfärden missbrukas av oseriösa aktörer och hur ett sådant missbruk kan motverkas. En risk som utredningen har identifierat är att en aktör för att kunna komma i åtnjutande av fördelar förknippade med att vara registrerad i registret ansöker om en sådan registrering och uppfyller kriterierna under en viss tid. Under denna tid kan aktören på grund av sin status som idéburen aktör i välfärden ha tillgodogjort sig medel som ökat dennes tillgångar. Eftersom registreringen är frivillig skulle en oseriös aktör sedan kunna ansöka om avregistrering och omedelbart därefter kunna göra värdeöverföringar i form av exempelvis vinstutdelning till ägarna.

För att motverka detta föreslår utredningen att bestämmelsen om begränsningar av tillåtna värdeöverföringar ska fortsätta att gälla i ytterligare fem år efter avregistreringen. Detta ska gälla oavsett om det är registermyndigheten som beslutat om avregistrering därför att kriterierna inte längre är uppfyllda, eller om det är för att den registrerade aktören själv begärt det.

Det kan hävdas att fem år är för kort tid eftersom det med denna bestämmelse blir möjligt att göra värdeöverföringar till exempelvis ägare efter denna tidsperiod. Utredningen har dock bedömt att fem år är en tillräckligt lång tid för att motverka missbruk. Denna bestämmelse bör sedan följas upp och utvärderas.

Bestämmelsen om begränsning av värdeöverföringar gäller även om den registrerade idéburna aktören upplöses genom konkurs eller likvidation. När det gäller ekonomiska föreningar ska enligt föreningslagen tillgångarna vid en likvidation skiftas enligt vad som angivits i stadgarna. I ett aktiebolag ska kvarvarande tillgångar enligt ABL skiftas till aktieägarna, om inte något annat anges i bolagsordningen.

Utredningen föreslår därför att en registrerad idéburen aktör ska ha en bestämmelse i stadgar, bolagsordning eller motsvarande handling som anger att kvarvarande tillgångar vid aktörens upplösning ska skiftas på ett sätt som inte bryter mot begränsningen beträffande värdeöverföringar. Detta ska gälla såväl registrerade idéburna aktörer

som de aktörer som under en tidsperiod om fem år efter avregistrering omfattas av begränsningen av värdeöverföringar.

För stiftelser finns bestämmelser om vad som gäller vid likvidation i 7 kap. 11 § stiftelselagen. Enligt denna bestämmelse ska likvidatorerna när alla skulder blivit betalda, använda återstående tillgångar för det ändamål vartill de är bestämda eller för ett ändamål som så nära som möjligt motsvarar detta. Om det inte är möjligt att använda tillgångarna på detta sätt, ska de överlämnas till Allmänna arvsfonden. Utredningen finner att denna reglering är tillräcklig för att uppfylla syftet med begränsningen av värdeöverföringar vid en likvidation. För stiftelser ska det därför räcka med att bestämmelsen i stiftelselagen tillämpas.

Utredningen har även övervägt andra alternativ till hur missbruk av definitionen skulle kunna motverkas, se nedan.

5.4.7 Andra alternativ för att motverka missbruk som utredningen har övervägt

Överlåtelseförbud

Ett alternativ skulle kunna vara att införa ett förbud mot att en registrerad idéburen aktör kan bli föremål för överlåtelse. Det skulle för ett aktiebolag innebära att aktier i ett bolag som är registrerat som en idéburen aktör inte skulle kunna överlåtas. Ett överlåtelseförbud kan dock inte omfatta en ideell förening eftersom sådana saknar ägare. Stiftelser och trossamfund saknar också ägare och kan följaktligen inte heller överlåtas. När det gäller ekonomiska föreningar kan andelarna i föreningen i regel överlåtas och som utgångspunkt har den som tagit över en andel rätt att bli medlem i föreningen. Det är alltså möjligt att ”överlåta föreningen” genom att genomföra ett medlemsbyte. Det skulle kunna motverkas med ett överlåtelseförbud. En sådan reglering skulle dock riskera att bli komplicerad eftersom regleringen skulle behöva ta hänsyn till att det kan finnas legitima orsaker för någon att vilja lämna en ekonomisk förening. Det innebär att ett överlåtelseförbud som gäller den juridiska personen i praktiken endast skulle kunna träffa aktiebolag. Ett överlåtelseförbud rörande aktier i ett aktiebolag hindrar dock inte en idéburen aktör från att sälja tillgångarna i aktiebolaget. På så sätt kan den verksamhet som bedrevs av den idéburna aktören genom en sådan för-

säljning i stället bedrivas av en vinstdrivande aktör under förutsättning att denna uppfyller förutsättningarna i övrigt för verksamheten. Den registrerade idéburna aktören skulle då endast finnas kvar som ett skal utan tillgångar.

Skulle det då vara möjligt att införa ett överlåtelseförbud för själva verksamheten? Ett överlåtelseförbud som var formulerat på så sätt att tillgångarna i en idéburen aktör belades med överlåtelseförbud skulle innebära betydande inskränkningar i äganderätten och kräva en mängd lagändringar. För lokalhyreskontrakt, vilka ofta är mycket viktigt för en verksamhet, finns exempelvis särskilda regler i jordabalken om överlåtelser. Ett överlåtelseförbud skulle inte heller träffa den situationen att samma juridiska person (med samma tillgångar) beslutar sig för att börja bedriva verksamheten med vinstsyfte i stället för ett oegennyttigt syfte.

Ett överlåtelseförbud är enligt utredningen vare sig en proportionell eller lämplig åtgärd för att stävja eventuella missbruk av definitionen.

Avregistrering i kombination med förbud mot överföring av värdeökning

En idéburen aktör som inte längre önskar omfattas av definitionen ska som framgått ovan kunna avregistreras. Ett alternativ till en femårsbegränsning när det gäller värdeöverföringar skulle kunna vara att värdeökningen som skett i aktören under den tid den varit registrerad på något sätt ska stanna kvar i sektorn. Det skulle kunna ske genom att värdeökningen antingen fördelas till en registrerad idéburen aktör som pekats ut i stadgar, bolagsordning eller liknande dokument eller, om sådan saknas, till Allmänna arvsfonden. En sådan lösning har man valt i Italien.

Denna lösning skulle innebära att en idéburen aktör som inte längre önskar bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet skulle kunna avregistrera sig men då inte behålla den eventuellt upparbetade värdeökningen. Detta alternativ skulle hindra att medel förs över från sektorn till privatpersoner eller kommersiella företag. Avregistrering med förbud mot värdeökning, där värdeökningen ska stanna kvar i sektorn, är dock förenad med betydande svårigheter att beräkna värdeökningen. Det skulle också innebära att alla idéburna aktörer som önskar registrera sin organisation redogör för samtliga tillgångar vid registreringstillfället, vilka sedan skulle kunna använ-

das som jämförelsematerial vid en eventuell framtida avregistrering. Det skulle således vara förenat med en hel del administration, både för idéburna aktörer och myndigheter, samt svårigheter att göra sådana beräkningar. Utredningen har bedömt att det inte är en lämplig metod för att motverka missbruk.

Likvidation vid avregistrering

Ytterligare ett alternativ skulle kunna vara att en idéburen aktör som inte längre uppfyller kriterierna eller önskar vara registrerad ska likvideras enligt de regler som gäller för respektive associationsform.

Vid likvidationen skulle då, efter att alla kända skulder har betalats, de medel som återstår tillfalla en eller flera registrerade idéburna aktörer som pekats ut i stadgar, urkund eller bolagsordning. I avsaknad av utpekad organisation, eller om den utpekade organisationen inte längre är registrerad, skulle medlen exempelvis tillfalla Allmänna arvsfonden.

Likvidation är en mycket ingripande åtgärd. Med registreringen kan en del fördelar följa för en registrerad idéburen aktör. Likvidation skulle dock vara ett omfattande ingrepp i en organisation om det exempelvis är fråga om att organisationen i och för sig önskar fortsätta verksamheten men inte med offentliga medel. Med sådana möjliga konsekvenser för organisationen finns det en betydande risk att idéburna aktörer inte vågar ansöka om registrering. Likvidation i samband med avregistrering är därför enligt utredningen inte en lämplig åtgärd.

5.4.8 Sanktioner

Utredningens förslag: Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot bestämmelserna om värdeöverföringar ska kunna dömas till böter.

Missbruk av definitionen kopplat till exempelvis bidragsgivning och offentlig upphandling kommer i många fall att vara möjliga att beivra genom villkor för den offentliga finansieringen. Om ett villkor för att få ta emot ett bidrag är att mottagaren ska vara en idéburen aktör

enligt utredningens definition och det visar sig att det exempelvis har gjorts värdeöverföringar i strid med definitionen så kan det leda till återkrav av mottagna bidrag. Om villkoret för att lämna anbud i en offentlig upphandling är att utföraren av tjänsten är en idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet (även om det inte finns krav på registrering) kan det bli fråga om avtalsbrott för det fall att kriterierna inte efterlevts. Det kan dock tänkas att det finns situationer där det inte går att beivra ett missbruk genom sådana villkor för finansieringen.

Vidare har utredningen funnit att bestämmelsen om värdeöverföringar även ska gälla i fem år efter en eventuell avregistrering ur registret. När det gäller denna bestämmelse finns det inga andra regelverk som kan tillämpas för att beivra en överträdelse. Om syftet från början har varit att tillskansa sig medel som sedan ska delas ut i strid med detta villkor skulle handlandet möjligen kunna omfattas av vissa av brottsbalkens bestämmelser, exempelvis bedrägeri. I sådant fall måste dock ett sådant uppsåt kunna visas. Utredningen finner det angeläget att det går att beivra även situationer där det inte går att klargöra att det från början, i samband med mottagandet av medel funnits ett sådant syfte. Exempelvis kan en förening ha tagits över av andra personer som vill dela ut föreningens tillgångar. Om det inte införs en särskild sanktion som omfattar detta förfarande, blir femårsregeln ovan verkningslös. Utredningen finner därför att det måste införas en särskild sanktion för den som bryter mot begränsningarna av värdeöverföringar i lagen.

En sanktion som skulle kunna vara aktuell är att införa en motsvarighet till den återbäringsskyldighet och det bristtäckningsansvar vid olaglig värdeöverföring som finns i aktiebolagslagen. Dessa regler går ut på att en aktieägare eller någon utomstående under vissa förutsättningar kan vara skyldig att till bolaget återbära vad han eller hon har uppburit. För brist som uppkommer vid återbäringen svarar de som medverkat till beslutet om utbetalningen eller till verkställandet av beslutet. Det är bolaget som ska kräva tillbaka medlen. Det följer av styrelsens ansvar för förvaltningen av bolagets angelägenheter att det är styrelsen som för bolagets talan om återbäringsskyldighet.

I 12 kap. 7 § lagen om ekonomiska föreningar finns en liknande bestämmelse. Om en värdeöverföring har gjorts i strid med 12 kap. eller 13–15 kap., ska mottagaren återlämna det som han eller hon har tagit emot, om föreningen visar att han eller hon insåg eller borde ha

insett att värdeöverföringen stod i strid med lagen. I 12 kap. 8 § stadgas att om det uppstår en brist vid återbäring enligt 7 §, är de personer som har medverkat till beslutet om värdeöverföringen ansvariga för bristen.

I dessa lagar fyller dock bestämmelserna om olagliga värdeöverföringar ett annat syfte än i det föreslagna registret.

I de missbrukssituationer som här avses, exempelvis att den registrerade idéburna aktören tagits över av personer som delar ut medlen i strid med bestämmelsen om värdeöverföringar, är det inte troligt att föreningens styrelse skulle rikta ett krav om återbäring mot den idéburna aktören. Registreringen av idéburna aktörer handlar om att identifiera dem och särskilja dem från andra aktörer och utgångspunkten för detta är den särart och det mervärde som de bidrar med inom välfärden. Skulle företrädare för en organisation utnyttja definitionen i ett syfte att berika sig själva skulle det påverka förtroendet för sektorn i stort men också för definitionen och registret. Det är således viktigt att motverka missbruk av systemet och att sådant kan beivras med effektiva och kännbara sanktioner.

Utredningen finner därför skäl att, trots att kriminalisering som metod för att hindra överträdelser av olika normer i samhället bör användas med försiktighet, straffbelägga överträdelser av bestämmelserna om värdeöverföringar i den föreslagna lagen. Den som bryter mot bestämmelserna om värdeöverföringar ska enligt utredningens förslag kunna dömas till böter. När det gäller subjektiva rekvisit ska det krävas uppsåt eller oaktsamhet. En sådan kriminalisering har också den fördelen att det blir möjligt att besluta om företagsbot, i de fall övriga förutsättningar för detta är uppfyllda.

5.4.9 Överklagande

Utredningens förslag: Beslut av registermyndigheten ska få överklagas hos allmän förvaltningsdomstol inom två månader från beslutets dag när det gäller beslut att skriva av eller avslå en ansökan om registrering och vid beslut om avregistrering. Beslut om att meddela föreläggande ska få överklagas hos allmän förvaltningsdomstol inom tre veckor från delgivning av beslutet.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Det bör enligt utredningens mening vara möjligt att överklaga beslut om att skriva av eller avslå en ansökan om registrering samt beslut om avregistrering. Överklagandefristen för dessa beslut bör liksom när det gäller denna typ av beslut i aktiebolagslagen, lagen om ekonomiska föreningar och lagen om trossamfund vara två månader från beslutets dag.

Även beslut om att meddela föreläggande bör kunna överklagas. I dessa fall bör överklagandefristen vara tre veckor från delgivning av beslutet.

6 Den EU-rättsliga regleringen och det nationella handlingsutrymmet

Den EU-rättsliga regleringen avgör vilket utrymme som finns för utredningen att enligt uppdraget ta fram förslag som syftar till att främja idéburna aktörer i välfärden. De EU-rättsliga regelverk som har störst betydelse i detta avseende är upphandlings- och statsstödsreglerna som är en del av reglerna om fri rörlighet för tjänster och den gemensamma konkurrensrätten.

Utredningen har bland annat i uppdrag att kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES samt analysera och lämna förslag på hur det utrymme som finns inom EU-rätten för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse kan tillämpas i en svensk välfärdskontext.

6.1 Grundläggande principer för EU:s inre marknad

Bestämmelserna om upprättandet av en gemensam inre marknad finns i artikel 26 i fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (EUF-fördraget). Enlig artikel 26.2 ska den inre marknaden omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i fördragen. Den del av den inre marknaden som är relevant för denna utredning är bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster, som finns i artiklarna 56 och 57 i EUF-fördraget. Enligt artikel 56 ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas. Som ”tjänster” i fördragens mening ska enligt artikel 57 anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och

personer. Det finns även en bestämmelse om etableringsfrihet som förbjuder inskränkningar för medborgare att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium (artikel 49) och ett förbud mot all diskriminering på grund av nationalitet (artikel 18).

Principen om icke-diskriminering kommer från det allmänna diskrimineringsförbudet på grund av nationalitet, förbudet mot inskränkningar i de fyra friheterna, förbudet mot fiskal diskriminering, förbudet mot könsdiskriminering samt förbudet mot diskriminering inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken. Utifrån denna princip har EU-domstolen härlett principen om likabehandling som innebär att lika fall ska behandlas lika och olika behandlas olika om det inte finns objektivt godtagbara skäl för särbehandling. Likabehandlings- och icke-diskrimineringsprinciperna innebär att företag, varor, tjänster, arbetstagare och kapital oberoende av etableringsland ska ges samma förutsättningar. Även dold diskriminering, dvs. om effekten av en åtgärd innebär diskriminering och inte dess syfte, är förbjuden.

Förutom icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen är principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet viktiga centrala rättsprinciper när EU-rätten ska tolkas. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats myndigheter gäller också i övriga EU- och EES-länder. Proportionalitetsprincipen är ett kontrollinstrument för att se till att legitima handelsbegränsningar inte blir för långtgående.[1] Den innebär att åtgärder som vidtas ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen.[2] Finns det mindre ingripande åtgärder att tillgå ska dessa användas.

När det gäller offentlig upphandling tillkommer principen om öppenhet eller transparens. Den innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet, att uppgifter inte får hemlighållas, att upphandlingar ska annonseras och att leverantörer som deltagit i en upphandling ska informeras om resultatet. De grundläggande principernas innebörd kan variera beroende på vilket rättsområde de tillämpas på.

Det finns dock i fördraget vissa undantag från dessa principer. Exempelvis ska enligt artikel 52 (gäller även tjänster enligt artikel 62) bestämmelser och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa inte

[1] EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Jörgen Hettne, Ida Otken Eriksson, andra upp 2011, Norstedts juridik, s. 102.
[2] Mål C-55/94 Gebhard, punkt 37.

hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. I artikel 36 i EUF-fördraget finns en uppräkning av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten för varor och i artikel 4.8 i tjänstedirektivet (2006/123/EG) anges exempel på vad som EU-domstolen i sin rättspraxis har bedömt som tvingande hänsyn på grund av ett allmänintresse. Dessa bestämmelser, samt EU-domstolens praxis i allmänhet när det gäller tvingande hänsyn till allmänintresset, bör enligt Högsta förvaltningsdomstolen kunna tjäna som vägledning även när begreppet används i upphandlingssammanhang.[3]

6.1.1 Tjänstedirektivet

Syftet med tjänstedirektivet[4] är att utveckla den inre marknaden, att stimulera tjänstesektorn genom att förenkla etablering så att både företag och konsumenter ska kunna dra full nytta av de möjligheter som finns i denna sektor. Tjänstedirektivet innehåller bestämmelser om administrativ förenkling, om tillstånd och om tillståndsförfaranden, vissa andra krav på etablering samt fri rörlighet för tjänsteverksamhet. Vidare innehåller det bestämmelser om tjänstemottagarnas rättigheter, tjänsternas kvalitet och om myndighetssamarbete mellan medlemsstaterna. I lag (2009:1079) om tjänster på den inre marknaden genomförs flertalet bestämmelser i EU:s tjänstedirektiv. I lagen anges att behöriga myndigheter ska verka för att direktivets principer om etableringsfrihet, om frihet att tillhandahålla och motta tjänster, om icke-diskriminering, om nödvändighet och proportionalitet får genomslag i Sverige. Eftersom det finns särskilda författningar för vissa verksamheter finns det även bestämmelser i ett flertal andra lagar som genomför tjänstedirektivet.

I tjänstedirektivet anges att det är tillämpligt på tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer som är etablerade i en medlemsstat.[5] Begreppet tjänst definieras som prestation som utförs mot ekonomisk ersättning och som inte utgör vara, kapital eller person. Det innebär att icke-ekonomiska tjänster inte omfattas av direktivet.

[3] Dom meddelad den 9 maj 2019 i Mål nr 2768-18.
[4] Europaparlamentets och Rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.
[5] Artikel 1 i tjänstedirektivet.

Med tjänsteleverantör avses fysisk person som är medborgare i ett land inom EES eller juridisk person som är etablerad i ett land inom EES och vilken i sin näringsverksamhet erbjuder eller tillhandahåller en tjänst. I skälen till direktivet anges att bestämmelserna i det som rör etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster endast bör tillämpas om den berörda verksamheten är öppen för konkurrens och att direktivet inte innebär att medlemsstaterna tvingas att liberalisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, att privatisera tjänster eller att avskaffa existerande monopol.[6]

Ett flertal tjänster är uttryckligen undantagna tillämpningsområdet för direktivet. Tjänster som är förbehållna reglerade yrken inom hälso- och sjukvården samt läkemedelstjänster utförda av yrkesverksamma inom hälso- och sjukvården och som utförs för att bedöma, bibehålla eller återställa patienters hälsotillstånd omfattas inte. Tjänster som är förenade med offentlig maktutövning omfattas inte heller av bestämmelserna i direktivet. Vidare omfattas inte sociala tjänster som rör subventionerat boende, barnomsorg[7] och stöd till permanent eller tillfälligt behövande familjer och enskilda, och som tillhandahålls av eller utförs på uppdrag av stat, kommun eller region, eller av välgörenhetsorganisationer[8] erkända av stat, kommun eller region. Skatteområdet är också undantaget.

När tjänstedirektivet skulle genomföras gjorde regeringen en undersökning av gällande författningars överensstämmelse med detta.[9] Regeringen bedömde att kraven i artiklarna i tjänstedirektivet[10] om att förfarandena och formaliteterna för tillståndsgivningen ska vara tydliga och offentliggjorda i förväg, om rätten till domstolsprövning eller annan instans för överklagande och om att negativa beslut ska motiveras får anses uppfyllda i svensk rätt genom regler i regeringsformen och förvaltningslagen.[11] Vidare bedömde regeringen att det grundläggande kravet[12] att förfarandena och formaliteterna för tillståndsgivningen ska vara tydliga, offentliggöras i förväg och vara ut-

[6] Skäl 8 i tjänstedirektivet.
[7] I skollagen och i andra författningar används begreppet förskola. Lagstiftaren förefaller anse att begreppen är synonyma.
[8] Arbetsdokument, 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,s. 113.
[9] Ds 2008:75, se bilaga 1.
[10] Artiklarna 10.2 f) och g), 10.5 och 6, 11.3, 12.1, 13.1 och 2 samt 13.6 och 7 i tjänstedirektivet.
[11] Prop. 2008/09:187 s. 79.
[12] Artikel 13.1 i tjänstedirektivet.

formade så att de garanterar de sökande att deras ansökan behandlas objektivt och opartiskt, kan sägas följa av de allmänna krav på legalitet, objektivitet och likabehandling som framgår av 1 kap. 1 och 9 §§ regeringsformen. Förvaltningslagens bestämmelser om opartiskhet, snabbhet, skyldighet att motivera beslut, möjligheter att överklaga negativa beslut och serviceskyldighet m.fl. ansågs uppfylla tjänstedirektivets krav på handläggning av ärenden.[13]

6.2 Tjänster av allmänt intresse

Vissa tjänster anses inom EU vara tjänster av allmänt intresse (services of general interest, SGI). Av kommissionens kvalitetsram för sådana tjänster framgår att det är fråga om tjänster som medlemsstaternas myndigheter anser vara av allmänt intresse och som därför är kopplade till särskilda skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster.[14] De kan erbjudas av staten eller privata företag. Genom Lissabonfördraget lyftes SGI för första gången in som ett legalt begrepp i EU:s primärrätt. I grundfördragen finns ingen definition av tjänster av allmänt intresse utan det ankommer på medlemsstaterna själva att avgöra om en tjänst ska betraktas som en sådan. Enligt artikel 14 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ska unionen och medlemsstaterna var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragens tillämpningsområde, sörja för att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (se vidare nästa avsnitt) utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Till Lissabonfördraget fogades även protokoll nr 26 om tjänster av allmänt intresse.

Det finns tre kategorier av tjänster av allmänt intresse: ekonomiska, icke ekonomiska och sociala.

[13] Prop. 2008/09:187 s. 80–83.
[14] Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska Sociala Kommittén samt Regionkommittén, En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa, Bryssel den 20.12.2011 KOM(2011)900 slutlig.

6.2.1 Ekonomiska tjänster

Ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som de också benämns tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan i korthet beskrivas som tjänster av ekonomisk natur som offentliga myndigheter har förenat med vissa skyldigheter. I artikel 106.2 i EUF-fördraget anges följande:

> Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördraget, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

Ibland används andra begrepp som allmännyttiga tjänster, tjänster i allmänhetens intresse eller offentliga tjänster.[15] Dessa begrepp är i stort sett synonyma till rubricerat begrepp. Med ekonomisk verksamhet avses all verksamhet som går ut på att erbjuda varor och tjänster på en marknad.[16] Om det finns en marknad eller inte kan skilja sig åt mellan medlemsstater. En myndighets beslut att tillhandahålla en viss tjänst i egen regi utesluter inte att det finns en marknad. Begreppet företag omfattar såväl offentliga som privata aktörer.[17]

Trots att det förekommer ett rätt stort antal mål i EU-domstolen som rör begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är det svårt att ge exempel på vilka slags tjänster som omfattas av begreppet. Det har att göra med att det varierar stort mellan medlemsstaterna hur de valt att organisera och tillhandahålla offentliga tjänster.

Det är i mål som rör statsstöd som begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse i regel prövas och sällan i andra typer av mål som t.ex. offentlig upphandling. Det har att göra med att frågan i målen ofta rör om en ersättning till en aktör snedvrider konkurrensen på marknaden eller inte vilket avgör om statsstödsreglerna blir aktuella. Det är sällan en fråga i upphandlingsmål där frågor om tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven i regel rör de särskilda undantag som finns däri vilka har andra utgångspunkter. Upphandling av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattas som huvud-

[15] Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/C 8/02) och C-280/00 Altmark, punkt 87.
[16] Se t.ex. de förenade målen C-180/98-C-184/98 Pavlov m.fl. punkt 75.
[17] Se t.ex. C-41/90 Klaus Höfner punkt 21 och C-35/96 Kommissionen mot Italien, punkt 36.

regel av upphandlingsdirektiven, se vidare under avsnitt 6.4.1 om tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven.

Enligt praxis från EU-domstolen avser begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse tjänster som medlemsstaterna har förenat med vissa skyldigheter. Medlemsstaterna säkerställer att tjänsterna utförs till förmån för medborgarna eller det allmänna genom att utforma skyldigheter för de aktörer som utför tjänsterna. De villkor som medlemsstaterna fastställer för de företag som utför dessa tjänster är inte nödvändigtvis de som råder på en öppen marknad. Om tillhandahållaren är ett offentligt eller privat företag saknar betydelse. EU-domstolen har fastställt att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är tjänster som har en särskild karaktär i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet.[18]

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattas sålunda av EU:s regler om den inre marknaden samt av konkurrensreglerna. Det innebär att om en leverantör erbjuds ekonomisk ersättning kan reglerna om statsstöd och/eller reglerna om offentlig upphandling bli tillämpliga. Även om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse omfattas av konkurrensreglerna finns det större möjligheter att ge offentligt stöd till sådana tjänster än för tjänster i övrigt, se vidare avsnitt 6.3.3 och 6.3.5. Varje medlemsstat förfogar över möjligheten att i sin egen rättsordning reglera vissa tjänster i syfte att skydda allmänhetens tillgång till tjänsten. En sådan reglering måste dock utformas i enlighet med EU:s konkurrens- och inremarknadsregler.

6.2.2 Icke-ekonomiska tjänster

Som nämnts ovan fogades till Lissabonfördraget protokoll nr 26 om tjänster av allmänt intresse. I artikel 2 i detta protokoll slås det fast att ”Bestämmelserna i fördragen ska inte på något sätt påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art”. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (non-economic services of general interest, NESGI) ingår inte i den inre marknaden. De omfattas alltså varken av EU:s regler om statligt stöd eller av upphandlingsregelverket. Vad som är en tjänst av allmänt intresse är det upp till medlemsstaterna att bedöma, så länge det inte är uppenbart fel. Det

[18] Se t.ex. C-242/95 GT-Link, punkt 51 och C-266/96 Corsica FerriesFrace SA, punkt 45.

gäller däremot inte frågan om en sådan tjänst till sin karaktär är ekonomisk eller icke-ekonomisk.

En stor del av all rättspraxis från EU-domstolen när det gäller frågan om gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse hänför sig till konkurrens- och statsstödsregelverken. Det är oklart vilka generella slutsatser som kan dras från denna praxis såvitt avser tillämpningen av upphandlingsregelverket. På inremarknadsområdet kan begreppet tjänst ha en annan innebörd än vad som följer av det konkurrensrättsliga företagsbegreppet. Högsta förvaltningsdomstolen har den 1 oktober 2019 meddelat prövningstillstånd i ett upphandlingsmål såvitt avser frågan om ett avtal, om bl.a. driften av ett äldreboende, som har ingåtts mellan en kommun och en stiftelse inom ramen för ett så kallad idéburet offentligt partnerskap omfattas av upphandlingslagstiftningen.[19]

Kommissionen har i ett meddelande[20] om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd för ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse bland annat redogjort för vilken verksamhet som ska ses som ekonomisk respektive icke-ekonomisk. I meddelandet konstaterar kommissionen att för att klargöra distinktionen mellan ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet har domstolen slagit fast att all verksamhet som går ut på att erbjuda varor och tjänster på en marknad utgör ekonomisk verksamhet. Tillämpningen är inte beroende av om enheten har skapats för att generera vinst.

Kommissionen konstaterar vidare att eftersom distinktionen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster beror på politiska och ekonomiska särdrag i en viss medlemsstat, är det inte möjligt att upprätta en uttömmande förteckning över verksamheter som utan föregående bedömning inte skulle vara ekonomiska. När det gäller utövandet av offentlig makt framgår dock att om inte den berörda medlemsstaten har beslutat att införa marknadsmekanismer är verksamheter som i sig utgör en del av befogenheterna att utöva offentlig makt och utförs av staten generellt sett inte ekonomisk verksamhet. Exempel på sådan verksamhet är armén eller polisen.

När det gäller sociala trygghetssystem ska dessa enligt kommissionen klassificeras beroende på hur de är inrättade och strukture-

[19] Mål nr 3165-19.

[20] Meddelandet från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/C 8/02).

rade i medlemsstaten. Domstolen och tribunalen gör en distinktion mellan ekonomiska system och system baserade på solidaritetsprincipen. De senare betraktas som icke-ekonomiska. Det finns även särskild praxis som gäller gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster inom hälso- och sjukvård och utbildning, se avsnitt 6.3.3.[21]

6.2.3 Sociala tjänster

Inom EU används även begreppet sociala tjänster av allmänt intresse. Begreppet social tjänst av allmänt intresse definieras varken i EUF-fördraget eller i EU:s sekundärrätt. I kommissionens kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa anges att i begreppet sociala tjänster av allmänt intresse ingår sociala trygghetssystem som täcker de största riskerna i livet och en rad andra viktiga tjänster som tillhandahålls direkt till individen och som har en förebyggande roll och främjar social sammanhållning och integration.[22] Vidare anförs att även om EU-domstolen inte anser att vissa sociala tjänster (t.ex. lagstadgade sociala trygghetssystem) utgör ekonomisk verksamhet framgår det av domstolens rättspraxis att en tjänsts sociala natur i sig inte räcker för att rubricera den som icke-ekonomisk.[23] Sociala tjänster kan således vara både av ekonomisk eller icke-ekonomisk karaktär.

Som för andra tjänster av allmänt intresse gäller att det bara är de ekonomiska som omfattas av unionens konkurrensregler. Kommissionen har i ett meddelande gett sin syn på sociala tjänster av allmänt intresse.[24] Kommissionen menar således att dessa tjänster skiljer sig från andra tjänster av allmänt intresse genom att bl.a. vara starkt kopplade till individen, vilket också gör att lokala myndigheter spelar en viktig roll i tillhandahållandet av dem och för att uppnå en social sammanhållning i Europa.

Förutom rena vårdtjänster menar kommissionen att dels lagstadgade och kompletterande sociala trygghetssystem som rör hälsa, åldrande, olyckor i arbetet, arbetslöshet, pension och funktionshinder, dels andra viktiga tjänster som tillhandahålls direkt till individen

[21] Se även t.ex. C-475/99 Firma Ambulanz Glöckner, punkt 20.
[22] Kommissionen hänvisar i sin tur till dokumentet Genomförande av gemenskapens Lissabonprogram: Sociala tjänster av allmänt intresse i Europeiska unionen KOM(2006) 177 slutlig, 26.4.2006).
[23] De förenade målen C180/98 till C-184/98 Pavlov m.fl. punkt 118 och mål C-355/00 Freskot.
[24] Arbetsdokument Bryssel 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2.

är att se som sociala tjänster av allmänt intresse. De senare består för det första av hjälp till personer i en svår livs- eller krissituation (t.ex. orsakad av skuldsättning, arbetslöshet, drogberoende eller skilsmässa). För det andra består de också av verksamhet för att se till att de berörda personerna åter kan integreras i samhället (rehabilitering, språkutbildning för invandrare) och framför allt på arbetsmarknaden (arbetsträning och återintegrering). Dessa tjänster är ett komplement och stöd för familjer, särskilt för att ta hand om de yngsta och äldsta samhällsmedborgarna. För det tredje ingår i dessa tjänster åtgärder som syftar till integration av personer med långvariga hälsoproblem eller funktionshinder. För det fjärde ingår också subventionerade bostäder för socialt svagare medborgare och grupper. I vissa tjänster kan givetvis alla dessa fyra dimensioner ingå. Meddelandet omfattar inte utbildning.

Enligt Utredningen om en kommunallag för framtiden ger kommissionen medlemsstaterna större frihet när det gäller att ge stöd för sociala tjänster, vilket visas både genom beslutet i det reviderade Altmark-paketet och genom meddelandet om sociala tjänster av allmänt intresse.[25] Stöden måste dock dels korrekt bedömas ges för en ekonomisk tjänst av allmänt intresse, dels vara utformade i enlighet med kommissionens regler, se nästa avsnitt.

I och med de nya upphandlingsdirektiven har nya regler om möjligheter för medlemsstater att införa en enklare regim för sociala tjänster och vissa andra tjänster införts (se vidare avsnitt 6.4.1). Tidigare ansågs sådana tjänster ha ett begränsat gränsöverskridande intresse vilket innebar att de omfattades av få bestämmelser i äldre upphandlingsdirektiv. Begreppet sociala tjänster behöver dock inte vara detsamma i upphandlings- som i andra sammanhang.

[25] SOU 2015:24, s. 424.

6.2.4 Hur andra medlemsstater har reglerat tjänster av allmänt intresse

Utredningen har valt ut ett antal medlemsstater som bland annat fick besvara följande frågor[26]:

- Hur har skillnaden mellan tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse använts i det nationella sammanhanget?
- Har begreppet sociala tjänster av allmänt intresse använts i en nationell upphandlingskontext eller i samband med annat ekonomiskt stöd eller subventioner till ideella aktörer inom välfärdssektorn?

I Tyskland används inte begreppen för att skilja mellan olika tjänster. Vare sig sociallagstiftningen eller den tyska upphandlingslagen innehåller någon klassificering som utgår från indelningen av tjänster av allmänt intresse. I stället utgår distinktionen från om enskilda är lagligen berättigade till tjänsterna eller inte.[27]

Gränsdragningen mellan tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse har inte reglerats i norsk lagstiftning. Norge följer EES-praxis. EFTA Surveillance Authority (ESA)[28] har i två beslut[29] prövat om åtgärder var förenliga med bestämmelserna om statsstöd och i dessa prövat om vissa tjänster var ekonomiska eller inte.

I ett beslut från den 7 februari 2018[30] fann ESA att en planerad stödåtgärd som innebar att personal anställd av ideella organisationer som utför vissa hälso- och barnomsorgstjänster fick samma pensionsvillkor som offentliganställda inte utgjorde statligt stöd. Villkoren skulle avse den icke-ekonomiska verksamheten och om aktörerna även bedrev ekonomisk verksamhet gällde de offentliganställdas pensionsvillkor inte för den delen av verksamheten. Beslutet grundar sig på följande överväganden. Stödmottagarna är ideella organisationer som tillhandahåller vissa specialiserade hälsotjänster som sjukhustjänster, rehabiliteringstjänster, behandling för alkohol- och drogmissbruk och psykiatrisk tvångsvård. Stödmottagare är även ideella organisationer

[26] Se kapitel 2 om hur utredningen bedrivit kartläggningsarbetet.
[27] Se avsnitt 4.3.3.
[28] Motsvarigheten till kommissionen för EFTA-länderna.
[29] Case No:77606, Decision No:154/17/COL och Case No: 81382, Decision No: 0178/18/COL.
[30] Case No:81382, Decision No 0178/18/COL.

som tillhandahåller vissa tjänster för minderåriga, såsom institutioner för placering av barn utanför hemmet och center för föräldrar och barn. Stödet består i att staten täcker pensionskostnader som har uppkommit före år 2010 för dessa organisationer. Den totala kostnaden för stödet bedöms uppgå till 1,1 miljarder norska kronor. ESA konstaterar att statsstödsreglerna inte gäller när enheter utför offentlig maktutövning eller när det handlar om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse enligt solidaritetsprincipen. ESA anför att enligt EFTA-domstolens rättspraxis måste de särskilda omständigheter under vilka en verksamhet bedrivs beaktas för att kunna bedöma huruvida icke-offentliga organisationer tillhandahåller ekonomiska tjänster eller om de fullgör sina uppgifter mot allmänheten.

När det gäller ideella organisationer som utför vissa specialiserade hälsotjänster så är i Norge alla de aktuella tjänsterna en integrerad del av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, vilket är direkt finansierat genom socialförsäkringar och andra statliga medel. Tjänsterna erbjuds antingen helt utan avgift för patienterna eller så betalar patienterna bara en marginell avgift som täcker en liten del av den verkliga kostnaden. Organisationerna utför dessa tjänster till befolkningen på uppdrag av staten och de bidrar till att uppfylla statens lagstadgade skyldigheter att erbjuda sådana tjänster av allmänt intresse. Tjänsterna baseras därför på solidaritetsprincipen och är tillgängliga för alla. De anses därför inte ekonomiska till sin natur.[31] Detsamma gäller organisationer som utför vissa tjänster åt staten för placering av minderåriga utanför hemmet. Dessa tjänster erbjuds utan avgift som en integrerad del i det nationella hälsosystemet. Många av dessa institutioner har vidare möjlighet att använda tvångsmedel och de är noggrant reglerade och övervakade av den norska staten. Därför anses även dessa tjänster vara baserade på principen om nationell solidaritet och allmän tillgänglighet och därför inte av ekonomisk natur. Slutligen konstaterar ESA att det faktum att tjänsterna utlyses i konkurrens inte innebär att statsstödsreglerna per automatik gäller.

Begreppet sociala tjänster av allmänt intresse används inte i norsk rätt.

Även i Danmark används begreppet tjänster av allmänt intresse endast när det är fråga om statsstöd. Sociala tjänster av allmänt intresse är ett begrepp som inte har använts alls. Inte heller i Nederländerna används begreppet sociala tjänster av allmänt intresse. I Nederländerna

[31] Case No:81382, Decision No 0178/18/COL, punkt 35.

anses dock viss specialistsjukvård vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Finlands kommunallag innehåller sedan 2013 bestämmelser om bolagiseringsskyldighet för verksamheter som sköts i ett ”konkurrensläge”, dvs. finns på en konkurrensutsatt marknad.[32] Bestämmelserna infördes i lagen i syfte att klargöra konkurrensneutraliteten för den kommunala verksamheten.[33] Gränsen ansågs bli tydligare mellan bolagiseringsskyldigheten å ena sidan, och ansvaret för uppgifter som kommunerna ska sköta enligt speciallagar och det lagstadgade samarbetet å andra sidan. Kommissionen hade ifrågasatt stöd i form av skattelättnader för kommunala affärsverk vilka bl.a. sysslade med måltidstjänster. Kommissionen menade att affärsverk bedrev ekonomisk verksamhet, att skatteförmånerna de fick var selektiva och att affärsverken hade en priviligierad ställning i form av garantier.[34] Bolagiseringsskyldigheten i kommunallagen omfattar inte tjänster som kommunen sköter med stöd av lag, i samarbete med andra kommuner för att sköta lagstadgad verksamhet, när kommunen ordnar utbildning som kräver tillstånd, verksamheter som grundar sig på ett lagstadgat monopol eller verksamhet som rör kommunens fastigheter och markanvändning samt bygglagen.

I bestämmelsen anges att kommunen bedriver verksamhet i ett konkurrensläge på marknaden om den deltar i ett anbudsförfarande. Om kommunen deltar i ett anbudsförfarande för att ordna utbildning enligt tillstånd är det däremot inte fråga om verksamhet i ett konkurrensläge. Undantag från bolagiseringsskyldigheten finns för uppgifter där kommunen bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad men där det p.g.a. av verksamhetens natur saknas skyldighet att bolagisera verksamheten. I förarbetena anges att undantaget gäller fullgörandet av uppgifter på en marknad där fullgörandet inte snedvrider konkurrensen väsentligt. Vidare saknas bolagiseringsskyldighet om det efter en bedömning framgår att det inte leder till en helhetsekonomisk effektivisering av kommunens verksamhet eller om det annars finns särskilda skäl. För att undantagen inte ska snedvrida konkurrensen finns även bestämmelser om att kommunens tjänster i dessa fall ska ha marknadsmässiga priser.

---

[32] 15 kap. 126 § kommunallagen 10.4.2015/410.
[33] Regeringens proposition RP 268/2014, s. 13.
[34] Vägaffärsverket Destia Ab och Helsingfors stads affärsverk Palmia, se prop RP 32/2013 rd, s. 4.

De verksamheter som inte behöver bolagiseras är enligt kommunallagen: obetydlig verksamhet, om kommunen med stöd av lag uttryckligen får producera tjänster för annan aktör eller delta i anbudsförfaranden som gäller sådan verksamhet, om kommunen producerar stödtjänster för egen verksamhet (dottersammanslutningar) eller för anknutna enheter, vid uthyrning av lokaler i huvudsak för egen verksamhet (i kommunkoncernen inklusive dottersammanslutningar) eller användning inom tjänsteproduktion där kommunen har konkurrensutsatt produktionen, om kommunen på grund av anställning producerar tjänster för dem som är anställda hos kommunen, om verksamheten direkt anknyter till skyldigheten att förbereda sig för undantagsförhållanden. Bestämmelserna i den finska kommunallagen härrör alltså ur statsstödsrättslig praxis. De finska förarbetena till lagen innehåller dock inte något resonemang om tjänster av allmänt ekonomiskt eller icke ekonomiskt intresse.

I Italien har som nämnts i kapitel 4 en helt ny lagstiftning som rör den tredje sektorn, dvs. i stort sett de vi betraktar som idéburna aktörer, trätt i kraft under 2016.[35] Lagen har dock inte börjat tillämpas fullt ut ännu. De organisationer, benämnda ETS, som omfattas av lagen om den tredje sektorn ska utföra enbart eller företrädesvis en eller flera aktiviteter av allmänt intresse, de ska sakna vinstintresse och ha syften som är allmännyttiga. Lagen innehåller en uppräkning av vilka verksamheter som anses vara aktiviteter av allmänt intresse samt ett bemyndigande till regeringen att vid behov utöka listan. Aktiviteter av allmänt intresse motsvarar inte det EU-rättsliga begreppet tjänster av allmänt intresse utan det är ett begrepp som härrör ur den italienska konstitutionen. Begreppen icke-ekonomiska, ekonomiska eller sociala tjänster nämns inte i lagen.

Dessa EU-rättsliga begrepp används således inte i de olika medlemsstaternas lagstiftning som ett sätt att avgränsa olika typer av välfärdstjänster. Däremot används begreppen i argumentationen när nationell lagstiftning prövas mot EU-rätten.

[35] Codice del Terzo settore.

6.3 Statsstöd

EU:s statsstödsregler är en del av de gemensamma regler om konkurrens som finns i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Artiklarna 107–109 i EUF-fördraget sätter ramarna för medlemsstaternas möjligheter att med offentliga medel kunna stödja en viss verksamhet genom att ge bidrag eller annat stöd, inklusive subventioner. Där fastställs att statsstöd är förbjudet om det inte är förenligt med den inre marknaden enligt något av de undantag som finns. Vad som utgör statligt stöd enligt artikel 107 i EUF-fördraget redovisas efter redogörelsen nedan om procedurregler.

6.3.1 Procedurregler och administrativ hantering

Artikel 108 i EUF-fördraget innehåller bestämmelser om kommissionens granskning av statsstöd. Enligt artikel 108.3 ska medlemsstaterna anmäla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder till kommissionen. En åtgärd får inte genomföras förrän den godkänts av kommissionen. Detta förbud kallas för genomförandeförbudet.

Kommissionen har således enligt EUF-fördraget ansvar för tillämpningen av unionsreglerna om statsstöd, och medlemsstaterna är enligt huvudregeln skyldiga att tillämpa ett särskilt anmälningsförfarande för allt nytt stöd som inrättas och för förändringar av villkoren för befintligt stöd. Stöd som inte anmälts och som redan betalats ut kan efter prövning av kommissionen beslutas vara oförenligt med fördraget. Sådant stöd, inklusive ränta, ska återkrävas från stödmottagaren. Även en svensk domstol kan pröva om en åtgärd utgör ett statsstöd som skulle ha anmälts till kommissionen.

Det förekommer att kommissionen på eget initiativ eller till följd av klagomål inleder en undersökning kring en åtgärd där klarläggande behövs i förhållande till EU:s statsstödsregler. Kommissionens prövning av en anmälan om stöd eller granskning av befintligt stöd kan leda till att kommissionen fattar beslut om att inleda ett så kallad formellt granskningsförfarande enligt artikel 108.2 i EUF-fördraget. Detta sker när kommissionen är tveksam till det planerade stödets förenlighet med den inre marknaden. Syftet med beslutet är att säkerställa en allsidig undersökning genom att ge samtliga berörda parter möjlighet att yttra sig.

Om kommissionen finner att stödet inte är förenligt med EUF-fördraget beslutar den att stödet inte får genomföras. Om stödet redan har beviljats ska det återkrävas med ränta. Kommissionen kan också godkänna stödet eller förena ett godkännande med villkor. Ett negativt beslut eller ett godkännande med villkor publiceras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) L-serien och ett beslut om godkännande publiceras i C-serien.

Om medlemsstaten inte rättar sig efter ett beslut som kommissionen fattat inom ramen för det formella granskningsförfarandet, får kommissionen eller andra berörda medlemsstater hänskjuta ärendet direkt till Europeiska unionens domstol, utan att kommissionen först behöver avge en formell underrättelse och ett motiverat yttrande (se artikel 108.2 i EUF-fördraget). En medlemsstat som inte accepterar kommissionens beslut kan också väcka talan om att beslutet ska ogiltigförklaras enligt artikel 263 i EUF-fördraget. Detta ska som huvudregel ske inom två månader från det att beslutet offentliggjordes eller delgavs medlemsstaten.

6.3.2 Kriterier för vad som utgör statligt stöd

Den centrala bestämmelsen om statligt stöd finns i artikel 107.1 i EUF-fördraget och har följande lydelse.

> Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

För att det ska vara fråga om statligt stöd i den mening som avses i denna bestämmelse krävs alltså att stödet

1. ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel,
2. gynnar vissa företag eller viss produktion, och
3. snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen samt påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

6.3.3 Stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel

För att en åtgärd ska utgöra statligt stöd krävs inledningsvis att stödet ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel. Även medel från offentligt ägda bolag kan vara statliga medel.[36] Med medlemsstat avses inte enbart staten på central nivå utan även regionala och lokala offentliga organ såsom t.ex. kommuner och regioner. Stödet behöver inte lämnas direkt av en medlemsstat utan kan även ges genom privata eller offentliga organ som utsetts av staten.

För att kriteriet att stödet ska ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel ska vara uppfyllt krävs också att stödet innebär en överföring av statliga medel.[37] Med överföring avses inte enbart direkta överföringar av offentliga medel utan även exempelvis att avstå krav. Exempel på åtgärder som ansetts som stöd är direkta bidrag, räntesubventioner, försäljning eller köp till särskilt förmånliga villkor, kapitaltillskott och att avstå från att driva in fordringar.[38]

6.3.4 Gynnande av vissa företag eller viss produktion

Begreppen företag och ekonomisk verksamhet

För att en åtgärd ska innebära statligt stöd krävs vidare att den gynnar vissa företag eller viss produktion. När det gäller företagsbegreppet omfattar detta enligt EU-domstolens praxis varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras.[39] Ekonomisk verksamhet utgörs i sin tur av all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.[40] Det saknar betydelse om verksamheten bedrivs utan vinstsyfte.[41] Vad som är att betrakta som ekonomisk verksamhet, och därmed omfattas av företagsbegreppet i artikel 107.1 har prövats i ett antal fall. Inom välfärdssektorn beror det på hur respektive medlemsstat har organiserat verksamheten.

---

[36] C-482/99 Frankrike mot kommissionen, punkt 36–38.
[37] C-189/91 Petra Kirsammer-Hack, punkt 17.
[38] Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01), s. 12.
[39] Se exempelvis C-41/90 Höfner och Elser, punkt 21.
[40] C-180/98–C-184/98 Pavlov m.fl., punkt 75.
[41] C-67/96 Albany, punkt 85.

Reglerna om statligt stöd gäller endast om en viss verksamhet tillhandahålls i en marknadsmiljö. Den ekonomiska arten av vissa tjänster kan därför skilja sig åt från en medlemsstat till en annan. På grund av politiska val eller den ekonomiska utvecklingen kan klassificeringen av en viss tjänst dessutom komma att ändras över tid. Vad som inte är en marknadsverksamhet i dag kan förvandlas till en sådan i framtiden, och tvärtom.

När det gäller sociala trygghetssystem gör EU-domstolen och tribunalen en distinktion mellan ekonomiska system och system baserade på solidaritetsprincipen. De senare betraktas som icke-ekonomiska. I praxis tillämpas ett antal kriterier för detta. Följande faktorer kan vara viktiga: Om medlemskap i systemet är obligatoriskt, om stödordningen har ett socialt syfte, att det inte finns något vinstsyfte, om förmånerna är oberoende av hur stora bidrag som lämnats, om de förmåner som betalas inte nödvändigtvis står i proportion till den försäkrades inkomster och om systemet övervakas av staten.[42]

I tribunalens dom Dôvera[43] från 2018 konstaterade tribunalen i likhet med kommissionen att det slovakiska sjukförsäkringssystemet har övervägande sociala och solidariska egenskaper, samt är offentligt reglerat. Trots detta fann tribunalen att det rådde intensiv och komplex konkurrens på marknaden eftersom privatpersonerna en gång per år kunde byta sjukförsäkringsbolag. Tribunalen ansåg att inslagen av konkurrens och möjligheten att göra vinst (även om denna var begränsad) innebar att verksamheten skulle betraktas som ekonomisk och att sjukförsäkringsbolagen därmed var att betrakta som företag ur ett statsstödsperspektiv. Att de två bolagen i fråga uppgav att deras syfte inte var att gå med vinst förändrade inte bedömningen.

Omständigheterna i fallet var följande. De omtvistade stöden gällde bland annat ett kapitaltillskott från staten till ett statligt ägt bolag inom sjukförsäkringssystemet. Sjukförsäkringsbolagen i Slovakien har en laglig skyldighet att registrera varje person bosatt i Slovakien som begär det. De kan således inte vägra att försäkra en person på grund av sin ålder, hälsotillstånd eller risk för sjukdom. Vidare är sjukförsäkringssystemet baserat på obligatoriska avgifter, som fastställs enligt lag i proportion till de försäkrades inkomst, men oberoende av de förmåner som erhållits eller av risken som följer bland annat ålder eller

[42] C-159/91 och C-160/91 Pucet och Pistre, punkt 13, 14 och 15–18, C-218/00 Cisal och INAIL, punkt 40, 45 och 43–48, C-264/01, C-306-01, C-354/01 och C-355/01 Bundesverband AOK, punkt 47–55, C-244/94 FFSA, punkt 19 samt C-67/96 Albany punkt 80–87.
[43] T-216/15 Dôvera zdravotná poist'ovňa mot kommissionen.

status på den försäkrades hälsa. Dessutom har alla försäkrade rätt till samma miniminivå av förmåner. Sjukförsäkringsorganens verksamhet är även föremål för tillsyn av ett regleringsorgan, vilket säkerställer att dessa företag följer ovannämnda lagstiftningsram och ingriper vid överträdelser. Systemet innehåller dock även inslag av konkurrens när det gäller kvalitet och vilka tjänster som erbjuds. Vidare finns det möjligheter för bolagen att göra vinst. Kommissionen ansåg att trots dessa inslag skulle stödordningen betraktas som icke-ekonomisk på grund av dess övervägande sociala, solidariska och regelstyrda egenskaper. En bedömning som tribunalen alltså inte delade. Domen är överklagad till EU-domstolen.

Beträffande hälso- och sjukvård framgår det att där de allmänna sjukhusen är en integrerad del av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, finansieras direkt med sociala avgifter och andra statliga medel samt tjänsterna är gratis för dem som är anslutna till systemet på grundval av principen om allmän täckning så bedriver de berörda organisationerna inte sin verksamhet i egenskap av företag.[44] Om tjänsterna däremot erbjuds mot ersättning, antingen direkt från patienterna eller via deras försäkring, kan vårdtjänsten inte klassificeras som icke-ekonomisk bara därför att den tillhandahålls av ett offentligt sjukhus.[45]

I en dom som handlar om statligt stöd till offentliga sjukhus i Belgien hade en grupp privata sjukhus ifrågasatt om ett visst statligt stöd till offentliga sjukhus var otillåtet statsstöd.[46] Kommissionen ansåg att det var tillåtet SGEI-stöd (se avsnitt 6.3.5 nedan) och lade ned ärendet. De privata sjukhusen överklagade till tribunalen. Tribunalen ansåg att domen i målet C-280/00 Altmark (se nedan i nästa avsnitt) med avseende på transportverksamhet, vilken otvivelaktigt utgör en ekonomisk och konkurrensutsatt verksamhet, inte kan tillämpas lika strikt på sjukhussektorn som inte nödvändigtvis kännetecknas av en konkurrensutsatt och affärsmässig dimension. Tribunalen konstaterade att det måste dras en gräns mellan den nationella finansieringen och den ekonomiska verksamheten hos de offentliga sjukhusen. Tribunalen hänvisade till domen i mål C-205/03 FENIN där det konstateras att de ministerier och andra organ som administrerar ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem, som drivs i

[44] T-319/99 Fenin punkt 39.
[45] Kommissionens meddelande (2012/C 8/02), punkt 24.
[46] T-137/10 CBI mot kommissionen.

enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag samt genom att de som är anslutna tillhandahålls tjänster gratis enligt ett heltäckande skydd, inte är att anse som företag när de administrerar detta system.

Domstolen konstaterar dock i målet om de belgiska sjukhusen att kommissionen i sitt beslut anser att tillhandahållande av sjukvårdstjänster på sjukhus är ekonomisk verksamhet eftersom den har konkurrensutsatts vilket särskiljer detta slags verksamhet från ”förvaltningen av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet”, vilken fullgörs av offentliga organ inom ramen för deras myndighetsutövning. Tribunalen påpekar att när konkurrensreglerna tillämpas på sjukhussektorn måste hänsyn tas till medlemsstaternas ansvar för att besluta om sin hälso- och sjukvårdspolitik samt för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Medlemsstaten utformar sitt hälso- och sjukvårdssystem enligt principer som de själva fastställer. Särskilt kan de skyldigheter som inryms i de offentliga sjukvårdstjänsterna inbegripa både skyldigheter som åläggs alla sjukhus och sådana ytterligare skyldigheter som endast åläggs offentliga sjukhus mot bakgrund av hur viktiga de är för det nationella hälso- och sjukvårdssystemet. Trots att tribunalen alltså anser att medlemsstaterna har stor frihet på detta område ansåg domstolen att när olika enheter, offentliga och privata, som ålagts samma skyldighet att tillhandahålla offentliga tjänster, omfattas av olika krav, vilket medför att kostnader och ersättning är olika höga, ska dessa skillnader tydligt framgå av enheternas respektive uppdrag. Detta för att göra det möjligt att kontrollera huruvida subventionen är förenlig med likabehandlingsprincipen. Kommissionens beslut var därför ogiltigt. Domen visar att trots att sjukvårdsystemet i Belgien var solidariskt finansierat var sjukhusens konkurrensutsatta verksamhet ekonomisk och att EU-rättsliga principer som likabehandlingsprincipen kunde aktualiseras.

När det gäller utbildning har det i unionens rättspraxis fastställts att allmän utbildning som anordnas inom ett nationellt utbildningssystem som finansieras och övervakas av staten får betraktas som icke-ekonomisk verksamhet.

Denna fråga prövades bland annat i ett mål om en skattebefrielse som den katolska kyrkan åtnjöt.[47] Den verksamhet det var fråga om i målet var bland annat undervisningsverksamhet som subventionerades av spanska staten och som ingick i statens offentliga system

[47] C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania.

för grundskole- och gymnasieutbildning. Domstolen fann att denna verksamhet var icke-ekonomisk och gjorde därvid följande bedömning.

Begreppet företag omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras. Av detta följer att frågan om huruvida den enhet som bedriver den aktuella verksamheten ska betecknas som företag inte påverkas av om enheten är offentlig eller privat. Så länge verksamheten i fråga kan kvalificeras som ekonomisk utgör den omständigheten att den utövas av ett religiöst samfund inget hinder för tillämpningen av fördragets konkurrensregler.

Den omständigheten att tillhandahållandet av varor eller tjänster sker utan vinstsyfte, utgör inte hinder för att den enhet som utför transaktioner på marknaden ska betraktas som ett företag, då tillhandahållandet sker i konkurrens med andra aktörer vars verksamhet bedrivs i vinstsyfte. Undervisning som ges av skolor som till största delen finansieras med privata medel som inte kommer från tjänsteleverantören själv, ska under dessa omständigheter anses utgöra tjänster, eftersom syftet med sådana skolor är att erbjuda en tjänst mot ersättning. Det krävs inte att det är eleverna eller deras föräldrar som huvudsakligen står för den privata finansieringen. Bedömningen av om det är en ekonomisk verksamhet är nämligen inte beroende av att tjänsten betalas av de som drar nytta av den.

Detta gäller däremot inte beträffande undervisning som ges av vissa utbildningsorgan som ingår som en del av ett offentligt utbildningssystem, och som helt eller till största delen finansieras med offentliga medel. Genom att upprätta och upprätthålla ett sådant offentligt utbildningssystem, som i regel finansieras med offentliga budgetmedel och inte av eleverna eller deras föräldrar, avser staten nämligen inte att bedriva en verksamhet mot ersättning utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot medborgarna.

Av utredningen i målet framgick att den undervisningsverksamhet som subventionerades av spanska staten ingick i statens offentliga system för grundskole- och gymnasieutbildning. Det framgick också att undervisningen på skolan bedrevs med stöd av och i enlighet med villkoren i ett avtal som ingåtts mellan den katolska kyrkan och den autonoma regionen Madrid och att den finansierades helt och hållet med offentliga budgetmedel. EU-domstolen fann att under dessa omständigheter skulle den av katolska kyrkan bedrivna

undervisningsverksamhet som subventionerades av spanska staten inte kvalificeras som ekonomisk. Verksamhetens ideella karaktär påverkade dock inte att andra delar av den katolska kyrkans avgiftsfinansierade verksamhet utgjorde ekonomisk verksamhet.

I en dom från EFTA-domstolen[48] från 2007 slås det fast att de kommunala förskolornas verksamhet i Norge är icke-ekonomisk, trots att det i Norge finns ett stort inslag av privata, vinstdrivande förskolor.[49] Domstolen resonerar enligt följande. När karaktären av en verksamhet som utförs av en offentlig enhet bedöms med avseende på reglerna om statligt stöd kan det inte spela någon roll om verksamheten i princip skulle kunna drivas av en privat aktör. En sådan tolkning skulle leda till att all offentlig verksamhet som inte utgör myndighetsutövning skulle betraktas som ekonomisk verksamhet. De särskilda omständigheter under vilka verksamheten utförs måste beaktas för att bedöma huruvida de norska kommunerna, när de erbjuder dagisplatser, tillhandahåller en tjänst som är en ekonomisk verksamhet eller om de utövar sina befogenheter för att fullgöra sina uppgifter gentemot befolkningen. Domstolen konstaterar att det har fastställts i det kommissionsbeslut som domstolen prövar att cirka 80 procent av kostnaderna för de kommunala förskolorna bärs av det offentliga och att det inte finns någon koppling mellan de faktiska kostnaderna för den tillhandahållna tjänsten och avgiften som betalas av föräldrarna. Kommissionen hade också tagit hänsyn till att kommunerna har en lagstadgad skyldighet att se till att det finns ett tillräckligt antal förskoleplatser för barn som ännu inte börjat skolan och att förskolorna i Norge har viktiga sociala, kulturella, och pedagogiska syften. Enligt domstolen är det uppenbart att den norska staten inte försöker delta i en vinstdrivande verksamhet utan fullgör sina uppgifter gentemot sin egen befolkning på det sociala, kulturella och pedagogiska området. Förskolorna var enligt domstolen inte att betrakta som företag ur ett statsstödperspektiv.

[48] EFTA-domstolens domar är inte praxisskapande inom EU men bedömningen utgår från samma regelverk.
[49] In Case E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund.

Kravet på gynnande (fördel)

För att en åtgärd ska innebära statligt stöd krävs även att den gynnar vissa företag eller viss produktion. I detta krav ligger dels att åtgärden ska innebära en ekonomisk fördel för mottagaren, dels att åtgärden ska vara selektiv (se nedan).

När det gäller frågan om en åtgärd innebär en ekonomisk fördel måste det avgöras om det mottagande företaget får ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit under normala marknadsvillkor.[50] Beträffande åtgärder som en medlemsstat såsom ägare till offentliga företag vidtar i förhållande till sina företag görs bedömningen av om åtgärden innebär en ekonomisk fördel utifrån principen om den marknadsekonomiske investeraren. Denna princip innebär att en åtgärd av nämnt slag innebär en ekonomisk fördel om en privat investerare inte skulle ha utfört åtgärden i fråga på samma villkor.[51]

Altmark-kriterierna

EU-domstolen klargjorde i sin dom i Altmarkmålet[52] under vilka förhållanden ersättning för allmännyttiga tjänster inte utgör statligt stöd eftersom ersättningen inte medför några fördelar. I målet gavs stöd till ett bussbolag för att bedriva linjetrafik. Domstolen konstaterade följande. En statlig åtgärd omfattas inte av artikel 107.1 i fördraget i den mån som åtgärden ska anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster, när åtgärden i själva verket inte innebär att dessa företag gynnas ekonomiskt och således inte har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag. För att det i ett konkret fall ska kunna anses att en sådan ersättning inte utgör statligt stöd måste dock ett antal villkor uppfyllas:

– För det första ska det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter ska vara klart definierade.

[50] C-39/94 SFEI m.fl., och C-399/08 kommissionen mot Deutsche Post, punkt 40.
[51] Se exempelvis T-16/96, Cityflyer mot kommissionen, punkt 51.
[52] C-280/00 Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

- För det andra ska de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, på så sätt att det kan undvikas att ersättningen medför att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag. Om en medlemsstat ersätter de förluster som ett företag åsamkats utan att kriterierna för en sådan ersättning har fastställts i förväg, när det i efterhand visar sig att genomförandet av vissa uppgifter inom ramen för skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inte har varit ekonomiskt lönsamt, utgör detta också en ekonomisk åtgärd som omfattas av begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikeln (107.1 i fördraget).
- För det tredje får ersättningen inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst.
- För det fjärde ska, när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är utrustat med transportmedel som är lämpliga för att fullgöra den allmänna trafikplikt som ålagts det skulle ha åsamkats vid fullgörandet av trafikplikten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av trafikplikten.

Om samtliga dessa kriterier är uppfyllda anses alltså stödmottagaren inte få någon fördel i förhållande till andra företag och åtgärden utgör därför inte statligt stöd. I det ovan nämna meddelandet från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt

ekonomiskt intresse har kommissionen beskrivit hur de olika Altmark-kriterierna ska tillämpas.[53]

Förstainstansrätten har i en dom från 2003 tillämpat Altmark-kriterierna på en riskutjämningsordning som inrättats av Irland på marknaden för privata sjukförsäkringar.[54] Förstainstansrätten uttalar bland annat att det uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse som målet rör är specifikt till sin art. Uppdraget bestod i att samtliga aktörer som bedriver verksamhet på den irländska marknaden för privata sjukförsäkringar skulle iaktta en rad skyldigheter. Dessa innebar enligt Irland att det var fråga om att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Domstolen konstaterar att medlemsstaten har ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning inte bara när det gäller att definiera ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, utan även vid fastställandet av ersättningen för kostnader, vilket kräver en bedömning av komplexa ekonomiska omständigheter. Altmark-kriteriernas tillämpning ska enligt denna dom anpassas till vad det är fråga om för tjänst och syftet med tjänsten. När det gäller det fjärde Altmark-kriteriet är Spezzino-domen av intresse, se avsnitt 8.2.1.

Selektivitet

Vidare innebär en åtgärd statligt stöd enligt artikel 107.1 endast om den är selektiv, alltså gynnar *vissa* företag eller *viss* produktion. En statlig åtgärd som utan åtskillnad gynnar alla företag som är etablerade i landet anses inte utgöra statligt stöd eftersom åtgärden i så fall inte är selektiv, även om den ger företagen en fördel.[55] Åtgärder som är begränsade branschvis eller geografiskt eller är förbehållna en viss kategori av företag är emellertid selektiva.[56]I vissa fall när medlemsstaterna antar mer övergripande åtgärder som är tillämpliga på samtliga företag som uppfyller vissa kriterier och som minskar den kostnadsbörda som dessa företag normalt skulle vara tvungna att bära (till exempel befrielse från skatter eller sociala avgifter för företag som uppfyller vissa kriterier) kan en särskild analys behöva göras.[57]

[53] Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/C 8/02).
[54] T-289/03 British United Provident Association Ltd (BUPA) m.fl. mot kommissionen.
[55] C-143/99 Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, punkt 35.
[56] C-241/94 Frankrike mot kommissionen, punkt 22.
[57] Se t.ex. C-279/08 kommissionen mot Nederländerna.

6.3.5 Snedvridning av konkurrensen samt påverkan på handeln mellan medlemsstaterna

För att en åtgärd ska utgöra otillåtet statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 krävs slutligen att åtgärden dels snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen, dels påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Även om det finns en teoretisk skillnad mellan påverkan på konkurrensen respektive på handeln mellan medlemsstaterna, görs vid den praktiska tillämpningen ingen större skillnad mellan dessa två begrepp. EU-domstolen har uttalat att om ett statligt finansiellt stöd förstärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom gemenskapen så ska denna handel anses påverkas av stödet.[58] EU-domstolen har vidare slagit fast att

> [n]är en medlemsstat beviljar stöd till ett företag, kan nämligen inhemsk produktion komma att upprätthållas eller ökas, med följden att /…/ möjligheterna för företag som är etablerade i andra medlemsstater att exportera sina produkter till marknaden i denna stat minskas. Ett sådant stöd kan således påverka handeln mellan medlemsstaterna och snedvrida konkurrensen.[59]

Det är således inte nödvändigt att det företag som tar emot stöd bedriver handel med andra medlemsstater.

Snedvridning av konkurrensen

Ett stöd som ges av staten anses snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen om det finns en risk för att det förbättrar mottagarens konkurrensposition i förhållande till andra företag med vilka det konkurrerar.[60] I praktiken konstateras att en snedvridning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 107.1 i fördraget generellt anses föreligga så snart som staten beviljar en ekonomisk fördel till ett företag inom en avreglerad sektor där det förekommer eller skulle kunna förekomma konkurrens.[61] När det gäller vissa med EU-rätten förenliga lagstadgade monopol anses en eventuell snedvridning av konkurrensen dock utesluten.

---

[58] 730/79 Philip Morris Holland mot kommissionen.
[59] 102/87 Frankrike mot kommissionen, punkt 19.
[60] 730/79 Philip Morris, punkt 11, och Alzetta, T-298/97, T-312/97 Alzetta etc. punkt 80.
[61] T-298/97 och T-312/97 Alzetta etc., punkt 141–147, och C-280/00 Altmark Trans.

Offentligt stöd anses riskera att snedvrida konkurrensen även om det inte hjälper det mottagande företaget att expandera och vinna nya marknadsandelar. Det räcker att stödet gör det möjligt för det mottagande företaget att behålla en starkare konkurrensposition än det skulle ha haft om stödet inte hade getts. För att stöd ska antas snedvrida konkurrensen är det i regel tillräckligt att stödet ger stödmottagaren en fördel genom att stödmottagaren befrias från kostnader som denne annars själv hade fått bekosta i sin dagliga verksamhet.[62] Definitionen av statligt stöd kräver inte att snedvridningen av konkurrensen eller påverkan på handeln är betydande eller väsentlig. Det faktum att stödbeloppet är lågt eller att det stödmottagande företaget är litet utesluter inte i sig en snedvridning av konkurrensen eller en risk för en sådan snedvridning[63], dock under förutsättning att sannolikheten för en sådan snedvridning inte endast är rent hypotetisk.[64]

Påverkan på handeln mellan medlemsstaterna

Det är som framgått ovan inte nödvändigt att fastställa att stödet faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna, utan endast att stödet *kan* påverka sådan handel.[65] Domstolen har särskilt slagit fast att

> [o]m ett statligt finansiellt stöd förstärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom [unionen] ska denna handel anses påverkas av detta stöd.[66]

Det förhållandet att ett stöd är av relativt ringa storlek eller att det stödmottagande företaget är relativt litet utesluter inte i sig att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas.[67] Ett offentligt stöd som beviljats ett företag som endast tillhandahåller lokala eller regionala tjänster och som inte tillhandahåller några tjänster utanför sin ursprungsstat kan ändå påverka handeln mellan medlemsstaterna, om företag från andra medlemsstater skulle kunna tillhandahålla sådana

[62] C-172/03 Heiser, punkt 55.
[63] T-55/99 Confederación Espanola de Transporte de Mercancías/ kommissionen, punkt 81.
[64] C-280/00 Altmark Trans, punkt 79.
[65] C-518/13 Eventech/The Parking Adjudicator, punkt 65, och C-197/11 och C-203/11 Libert m.fl., punkt 76.
[66] C-518/13 Eventech/The Parking Adjudicator, punkt 66, C-197/11 och C-203/11 Libert m.fl., punkt 77, och T-288/97 Friulia Venezia Giulia, punkt 41.
[67] C-518/13 Eventech/The Parking Adjudicator, punkt 68.

tjänster och om den möjligheten inte är rent hypotetisk. Om en medlemsstat exempelvis beviljar offentligt stöd till ett företag för tillhandahållande av transporttjänster kan tillhandahållandet av dessa tjänster, tack vare stödet, upprätthållas eller ökas med följden att företag som är etablerade i andra medlemsstater har sämre möjligheter att tillhandahålla sina transporttjänster på marknaden i den medlemsstaten.[68] En sådan påverkan kan emellertid vara mindre sannolik om den ekonomiska verksamheten har en mycket liten omfattning, vilket till exempel en mycket låg omsättning kan vara ett bevis för.

Vid fastställandet av om påverkan på handeln föreligger är det inte nödvändigt att definiera marknaden eller att i detalj undersöka hur stödåtgärden påverkar stödmottagarens och dess konkurrenters konkurrensposition.[69] Påverkan på handeln mellan medlemsstaterna får dock inte vara enbart hypotetisk eller förmodad. Det måste fastställas varför åtgärden snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen och varför den kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, grundat på förutsebara effekter av åtgärden.[70]

Kommissionen har i ett antal beslut ansett att åtgärden haft en rent lokal verkan och därför inte påverkat handeln mellan medlemsstaterna.[71] I dessa ärenden har kommissionen särskilt konstaterat att mottagaren levererade varor eller tjänster till ett begränsat område inom en medlemsstat och sannolikt inte lockade kunder från andra medlemsstater samt att det inte kunde förutses att åtgärden skulle ha mer än en marginell verkan på villkoren för gränsöverskridande investeringar eller etableringar.

När det gäller områden av intresse för denna utredning finns det till exempel ett antal beslut som gäller sjukhus och andra vårdinrättningar som tillhandahåller ett sedvanligt utbud av medicinska tjänster som riktar sig till en lokal befolkning och som sannolikt inte lockar kunder eller investeringar från andra medlemsstater.

I ett statligt stödärende som gällde stöd till investeringar i sjukhus på Irland konstaterade kommissionen följande.[72] Åtgärden innebar inte en fördel i sådan utsträckning att det i sig skulle vara ett skäl för en operatör att besluta sig för att skapa en anläggning på Irland

[68] C-280/00 Altmark Trans, punkt 77 och 78.
[69] 730/79 Philip Morris, T-211/05 Italien/kommissionen, punkt 157–160, och T-298/97, T-312/97 Alzetta etc., punkt 95.
[70] T-447/97, T-448/93 och T-449/93 AITEC m.fl./kommissionen, punkt 141.
[71] Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01), s. 42.
[72] N 543/2001 Irland – Capital allowances for hospitals (EGT C 154, 28.6.2002, s. 4).

snarare än i ett annat medlemsland. Stödet skulle i praktiken gå till relativt små sjukhus. Syftet med åtgärden var att tillhandahålla hälsovårdstjänster på lokal nivå. Även om det innebar en potentiell effekt på handeln var effekten i praktiken obefintlig eftersom åtgärden endast skulle påverka den lokala marknaden och inte locka kunder från andra medlemsstater samt då det finns en tydlig underkapacitet på denna marknad.

Ett annat ärende rörde stöd till en kooperativ, icke-vinstdrivande organisation i Portugal. Stödet skulle gå till att skapa en hälsovårdsenhet för vissa behandlingar på medellång och lång sikt samt för behandling av psykisk ohälsa.[73] 62 procent av investeringen skulle finansieras av den Europeiska regionalfonden. En viktig faktor i kommissionens bedömning var det begränsade antalet sängplatser, totalt 50 platser för alla de aktuella behandlingarna. En annan viktig aspekt var att omsättningen av platser förväntades bli låg. Sammantaget innebar detta att den totala kapaciteten skulle bli mycket begränsad. Med tanke på att det fanns en brist på denna typ av vårdanläggningar i regionen skulle anläggningens kapacitet enligt kommissionen nästan säkert användas för att tillhandahålla tjänster till boende i området. Patienterna skulle remitteras från andra institutioner inom det portugisiska hälsovårdssystemet vilket innebar att en stor majoritet sannolikt skulle vara portugisiska medborgare. Ingen annan organisation, från Portugal eller något annat land, hade visat intresse för att skapa en liknande anläggning i området. Av dessa skäl ansåg kommissionen att den offentliga finansieringen av uppbyggnaden av enheten inte skulle påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Ytterligare ett ärende[74] inom hälso- och sjukvårdssektorn rörde stöd till en specialiserad rehabiliteringsklinik för ortopedisk medicin och traumakirurgi i Tyskland: Kliniken var specialiserad på rehabilitering relaterad till ortopedi och traumakirurgi, i synnerhet behandling och uppföljning av osteoartrit, degenerativa ryggradssjukdomar, vård efter amputation och uppföljning av idrottsskador. Totalt fanns 201 sängplatser De sjukvårdstjänster som kliniken erbjöd inkluderade fysioterapi, ergoterapi, rehabiliteringsmedicin och fysisk terapi. Kliniken låg i Bad Nenndorf i stadsdelen Schaumburg i Niedersachsen. Delstaten Niedersachsen beviljade offentligt stöd till denna som

[73] SA.34576, Portugal – Jean Piaget Northeast Medium and Long-term Continuing Care Unit (EUT C 73, 13.3.2013, s. 1).
[74] SA.38035 Tyskland, Alleged aid to a specialised rehabilitation clinic for orthopaedic medicine and trauma surgery (EUT C 188, 5.6.2015, s. 3).

ersättning för förluster relaterade till tillhandahållandet av dess sjukvårdstjänster. Kommissionen konstaterade att alla tjänster som kliniken erbjuder är lokala till sin natur och tillgängliga endast inom ett begränsat geografiskt område. Enligt de tyska myndigheterna var det inte en enda av de 3 080 patienter som hade behandlats under år 2013 som kom från någon annan medlemsstat. Över 90 procent av patienterna kom från Niedersachsen. Staden Bad Nenndorf, där kliniken låg, har ett begränsat antal internationella turister. De tjänster kliniken framför allt erbjöd var enklare sjukvårdstjänster som patienter enligt kommissionen normalt inte är beredda att resa långt för. Valet av utförare av den typen av tjänster påverkas enligt kommissionen starkt av språk och utformningen av det nationella hälso- och ersättningssystemet, vilket kan göra det administrativt enklare för patienterna att söka behandling i den egna medlemsstaten. Detta medför enligt kommissionen att gränsöverskridande konkurrens är särskilt osannolik när det gäller enklare hälso- och medicintjänster som tillhandahålls lokalt. Kommissionen bedömde sammantaget att effekten av åtgärden inte med tillräcklig grad av sannolikhet kunde anses ha mer än en marginell effekt på villkoren för gränsöverskridande investeringar eller etableringar. Slutsatsen var därför att åtgärden inte påverkade handeln mellan medlemsstaterna och alltså inte utgjorde statligt stöd.

Det finns även ett fall där kommissionen ansett att en informations- och nätverksplattform för att lösa problem med arbetslöshet och sociala konflikter inom ett på förhand fastställt och mycket litet lokalt område konstaterat att offentligt stöd inte varit ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna.[75]

Distriktet Gaarden i staden Kiel har en ovanligt stor andel invandrare och mottagare av socialt stöd. Det är en del av staden med hög arbetslöshet och allvarliga sociala konflikter. Staden Kiel initierade därför projektet ”Wirtschaftsbüro Gaarden” för att främja och förbättra den lokala utvecklingen av distriktet. Projektet drevs i en separat juridisk person med två anställda finansierad av staden. Projektet fungerade som en informations- och nätverksplattform för att möta problem med arbetslöshet och sociala konflikter i stadsdelen. Genom projektet erbjöds rådgivning och konsulthjälp av olika slag. Kommissionen noterade att tjänsterna erbjöds på en mycket lokal marknad i en del av staden Kiel (19 000 av 242 000 invånare). Tjäns-

[75] SA.33149 – Tyskland – Alleged unlawful State aid for the Städtische Projekt ”Wirtschaftsbür Gaarden” – Kiel (EUT C 188, 5.6.2015, s. 1).

terna riktade sig till väldigt små företag och ekonomin i distriktet karaktäriserades av en huvudsakligen småskalig struktur. Det fanns ingenting som visade att det existerade några gränsöverskridande investeringar för sådana tjänster som grundläggande rådgivning till mycket små företag i social utsatta områden. Det föreföll enligt kommissionen inte troligt att stödet skulle kunna påverka villkoren för gränsöverskridande investeringar eller etablering beträffande företagsrådgivningstjänster. Efter en sammantagen bedömning ansåg kommissionen att åtgärden inte rimligen kunde förväntas ha mer än en marginell effekt på villkoren för gränsöverskridande investeringar och etablering mellan medlemsstaterna.

Stöd av mindre betydelse (de minimis)

Enligt artikel 109 i EUF-fördraget får rådet fastställa kategorier av stödåtgärder som är undantagna från anmälningsskyldigheten. Kommissionen får enligt artikel 108.4 i EUF-fördraget anta förordningar avseende dessa kategorier av statligt stöd. Rådet har bemyndigat kommissionen att besluta att vissa former av stöd inte uppfyller samtliga kriterier i artikel 107.1 om det stöd som beviljas ett och samma företag under en angiven period inte överskrider ett bestämt fast belopp.[76] För närvarande gäller fyra förordningar om sådant stöd av mindre betydelse, så kallad de minimis-stöd.

Stöd som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse anses inte påverka handeln mellan medlemsstaterna och inte heller snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen om det totala stödbeloppet till det företag som tillhandahåller tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse inte är högre än 500 000 euro under en period av tre beskattningsår. Sådant stöd omfattas alltså inte av kravet på förhandsanmälan. Stödet måste dock ges i enlighet med de villkor som ställs i kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i EUF-fördraget på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Om det sammanlagda stödet av mindre betydelse överskrider taket på 500 000 euro kan stödet inte omfattas av förordningen, inte

[76] Artikel 2 i Rådets förordning (EU) 2015/1588 av den 13 juli 2015 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa slag av övergripande statligt stöd.

ens den del av stödet som inte överskrider taket. Taket gäller oberoende av stödets form och det är inte möjligt att dela upp stöd som överskrider taket i mindre delar för att varje del ska omfattas av förordningen. Stöd av mindre betydelse enligt förordningen får inte läggas ihop med annan ersättning för samma tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, oavsett om den utgör statligt stöd eller inte.

De år som ska beaktas för att fastställa om taket är nått är de beskattningsår som företaget använder för beskattningsändamål i den berörda medlemsstaten. Treårsperioden är rörlig, vilket innebär att det totala belopp som företaget har fått i stöd av mindre betydelse under det berörda beskattningsåret och under de två föregående beskattningsåren ska fastställas varje gång ett nytt stöd av mindre betydelse beviljas. Den stödgivande myndigheten ska skriftligen informera stödmottagaren om det planerade stödbeloppet, om vilken tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilken det beviljas och om stödets karaktär av stöd av mindre betydelse (genom en hänvisning till förordningen). Innan stödet beviljas ska det berörda företaget lämna en redogörelse för allt annat stöd av mindre betydelse som företaget fått under de två föregående beskattningsåren och det innevarande beskattningsåret. Den stödgivande myndigheten ska registrera och sammanställa de uppgifter som rör tillämpningen av förordningen. Uppgifterna ska bevaras under tio beskattningsår.

För annat stöd, som inte avser tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, finns den så kallade allmänna de minimis-förordningen.[77] Stöd lämnas då i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i EUF-fördraget på stöd av mindre betydelse. Enligt denna får stöd lämnas med högst 200 000 euro under en period av tre beskattningsår. Övriga villkor motsvarar de som gäller enligt förordningen (EU) nr 360/2012.

[77] För stöd till jordbruks- och fiskesektorerna finns särskilda bestämmelser.

6.3.6 Stöd som uppfyller kriterierna för statligt stöd enligt artikel 107.1 men som ändå anses förenligt med den inre marknaden

Kommissionens beslut om tillämpningen av bestämmelserna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (artikel 106.2) på statligt stöd i form av ersättning för sådana tjänster

Om Altmark-kriterierna som redogjorts för ovan är uppfyllda innebär det att stödet i fråga inte är att betrakta som ett statligt stöd enligt artikel 107.1.

Statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas företag som fått i uppdrag att tillhandahålla sådana tjänster kan dock även omfattas av bestämmelsen om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i artikel 106.2 i fördraget. Enligt denna kan undantag från konkurrensreglerna göras i den mån tillämpningen av dem hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats företagen fullgörs. Detta bör dock inte påverka handeln i en omfattning som strider mot unionens intresse. Kommissionen ska enligt artikel 106.3 säkerställa att bestämmelserna tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna. Kommissionen har med stöd av bestämmelsen meddelat ett beslut om undantag från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3.[78] I beslutet fastställs på vilka villkor statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster, som ges till vissa företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, är förenligt med den inre marknaden och undantaget från anmälningsskyldigheten enligt artikel 108.3 i fördraget.

I beslutet anges olika kategorier av tjänster och vilka maxbelopp som får ges inom respektive kategori för stöd som lämnas enligt kommissionsbeslutet. De kategorier som är aktuella för denna utredning är:

1. Ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som tillhandahålls av sjukhus som tillhandahåller medicinsk vård samt, i förekommande fall, akuttjänster. Utövandet av sidotjänster som

[78] Kommissionens beslut av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU).

är direkt kopplade till huvudverksamheten, framför allt på forskningsområdet, hindrar dock inte tillämpningen av denna punkt, och

2. Ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som uppfyller sociala behov när det gäller sjuk- och långtidsvård, barnomsorg, tillträde till och återinträde på arbetsmarknaden, socialt subventionerade bostäder och vård och social integrering av sårbara grupper.

För dessa kategorier anges inget maxbelopp. I skäl 11) i beslutet anges följande. Sjukhus och företag som ansvarar för offentligt subventionerade bostäder och som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har vissa särdrag som behöver beaktas. I synnerhet bör man enligt kommissionen, ta hänsyn till att, i den nuvarande ekonomiska situationen och aktuella skedet av den inre marknadens utveckling, de sociala tjänsterna kan behöva stödbelopp utöver tröskelvärdet i det här beslutet för att kompensera för kostnader för allmännyttiga tjänster. Ett större ersättningsbelopp för sociala tjänster innebär således inte nödvändigtvis en större risk för snedvridning av konkurrensen. Företag som tillhandahåller vissa sociala tjänster, inklusive subventionerade bostäder åt missgynnade medborgare eller socialt utsatta grupper, som på grund av bristande betalningsförmåga inte kan skaffa sig en bostad på marknadsvillkor, bör därför också omfattas av det undantag från kravet på förhandsanmälan som fastställs i detta beslut, även om den ersättning de får överstiger de tröskelvärden som fastställs i beslutet. Detta bör även gälla för sjukhus som tillhandahåller sjukvård, bland annat akuttjänster och sidotjänster som är direkt kopplade till huvudverksamheten, framför allt inom forskningsområdet. För att omfattas av undantaget från anmälningsskyldigheten bör sociala tjänster vara tydligt identifierade tjänster som fyller sociala behov när det gäller sjukvård och långtidsvård, barnomsorg, tillgång till och återinträde på arbetsmarknaden, subventionerade bostäder samt omsorg och social integrering av utsatta grupper.

Den period för vilken företaget har anförtrotts att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse får inte överstiga tio år.

Tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska enligt beslutet anförtros det berörda företaget genom en eller flera officiella handlingar, som varje medlemsstat själv får fastställa formen för. I handlingen eller handlingarna ska bland annat en beskriv-

ning av ersättningsmekanismen och parametrarna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen anges. Det ska även finnas en hänvisning till kommissionens beslut. Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, inklusive en rimlig vinst. Nettokostnaden kan beräknas som skillnaden mellan kostnader och intäkter. Alternativt kan den beräknas som skillnaden mellan nettokostnaden för tjänsteleverantören för att fullgöra skyldigheten och nettokostnaden eller vinsten för samma tjänsteleverantör utan denna skyldighet. De kostnader som ska beaktas ska omfatta alla kostnader för tillhandahållandet av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse. Om företaget också bedriver verksamhet som faller utanför tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, ska endast de kostnader som har ett samband med den tjänsten beaktas.

Vid tillämpningen av beslutet ska med rimlig vinst avses den kapitalavkastning som skulle krävas av ett typiskt företag som överväger om det ska tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse under hela den period som den officiella handlingen om tilldelning gäller, med hänsyn tagen till graden av risk.

Medlemsstaterna ska se till att den beviljade ersättningen för tillhandahållande av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse uppfyller kraven i kommissionens beslut och i synnerhet att företaget inte mottar någon kompensation utöver att täcka nettokostnaden för tjänsten, inklusive en rimlig vinst. Medlemsstaterna ska på kommissionens begäran kunna lägga fram bevis för detta. Medlemsstaterna ska även utföra regelbundna kontroller eller se till att kontroller utförs, åtminstone vart tredje år under den period då den anförtrodda tjänsten tillhandahålls och vid utgången av den perioden. Om ett företag har fått ersättning som överstiger fastställt belopp ska medlemsstaten ålägga det berörda företaget att betala tillbaka all överkompensation.

Medlemsstaterna ska under den period då den anförtrodda tjänsten tillhandahålls och under åtminstone tio år från utgången av den period då den anförtrodda tjänsten tillhandahålls hålla alla uppgifter tillgängliga som krävs för att avgöra om den beviljade ersättningen är förenlig med kommissionens beslut. På skriftlig begäran från kommissionen ska medlemsstaterna förse kommissionen med alla de uppgifter som kommissionen anser nödvändiga för att avgöra om de gällande ersättningsåtgärderna är förenliga med beslutet.

Medlemsstaterna ska vartannat år lägga fram en rapport om genomförandet av beslutet till kommissionen. Rapporterna ska innehålla en detaljerad översikt över tillämpningen av beslutet, bl.a. det totala beviljade stödbeloppet uppdelat efter stödmottagarnas ekonomiska sektor.

Rambestämmelserna (kräver separat godkännande)

Kommissionen har även tagit fram rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster.[79] Stöd enligt dessa bestämmelser får endast lämnas efter att kommissionen har godkänt stödet. De omfattas alltså av anmälningsskyldigheten i artikel 108.3. I rambestämmelserna anges under vilka förutsättningar som kommissionen kommer att anse stödet förenligt med den inre marknaden. Den rättsliga grunden är liksom när det gäller kommissionens beslut ovan artikel 106.2 i EUF-fördraget. De principer som anges i meddelandet är endast tillämpliga på ersättning för allmännyttiga tjänster i den utsträckning den utgör statligt stöd som inte omfattas av beslut 2012/21/EU.

Av rambestämmelserna framgår att stöd endast kommer att anses vara förenligt med den inre marknaden om den ansvariga myndigheten, när den anförtror företaget i fråga att tillhandahålla tjänsten, har följt eller åtar sig att följa gällande unionsbestämmelser på området offentlig upphandling.

Stöd enligt rambestämmelserna är inte, som i det beslut från kommissionen som beskrivits i avsnittet ovan, begränsat till företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster som tillhör vissa uppräknade kategorier. Grundprinciperna för stöd är dock de samma. Det ska handla om en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som anförtros det berörda företaget genom en eller flera officiella handlingar som varje medlemsstat själv får utforma. Ersättningen får inte innebära att företaget blir överkompenserat i förhållande till den tjänst som ska utföras.

Eftersom kommissionen enligt rambestämmelserna gör en bedömning i varje enskilt fall kan större hänsyn tas till den specifika stödåtgärden. Exempelvis anges att uppdragets varaktighet ska anges och motiveras, men det finns ingen strikt gräns på 10 år som det gör

[79] Meddelande från kommissionen Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2012/C 8/03).

enligt kommissionens särskilda beslut. Det finns även fler alternativa metoder för att beräkna ersättningen. Medlemsstaterna ska vartannat år till kommissionen lämna en rapport om genomförandet av detta meddelande.

Den allmänna gruppundantagsförordningen (GBER)

Rådet har med stöd av artikel 109 i EUF-fördraget utöver undantaget för de minimis-stöd fastställt olika slag av stödåtgärder som ska vara undantagna från anmälningsförfarandet i artikel 108.3.[80] I förordningen anges vilka grupper av stöd som kommissionen får undanta från anmälningsskyldigheten. För närvarande gäller tre gruppundantagsförordningar som kommissionen har beslutat. I förordningarna framgår på vilka villkor som stöd kan undantas. Den förordning som är aktuell för denna utredning är den så kallade allmänna gruppundantagsförordningen.[81] Den kallas ofta GBER efter den engelska förkortningen av ”General block exemption Regulation”.

Allmänna villkor för stöd enligt förordningen

För alla stöd som lämnas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen måste villkoren i förordningens första kapitel vara uppfyllda. Exempelvis får stöd aldrig vara förenade med villkoret att inhemska varor ska användas framför importerade, vilket följer av icke-diskrimineringsprincipen i artikel 18 i EUF-fördraget. Stöd får inte heller lämnas till företag som är föremål för betalningskrav på grund av tidigare kommissionsbeslut som förklarar ett stöd olagligt eller till företag i ekonomiska svårigheter. Vad som menas med ekonomiska svårigheter beskrivs i förordningen men avser bland annat den situationen att över hälften av det bokförda egna kapitalet har försvunnit på grund av ackumulerade förluster.

Stödmottagaren måste ha lämnat in en ansökan om stöd innan arbetet med projektet eller verksamheten inleds. Individuellt stöd

[80] Artikel 1 i Rådets förordning (EU) 2015/1588 av den 13 juli 2015 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa slag av övergripande statsstöd.
[81] Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget.

som överstiger 500 000 euro ska offentliggöras på en särskild webbplats (hanteras av myndigheten Tillväxtanalys). Medlemsstaterna ska skicka sammanfattande information om stödet till kommissionen inom 20 arbetsdagar efter att stödåtgärden har trätt i kraft. Medlemsstaterna skickar även en årlig rapport till kommissionen med information om det stöd som har lämnats i enlighet med förordningen. Den stödgivande myndigheten ska föra register med information och styrkande handlingar som är nödvändiga för att fastställa att samtliga villkor i förordningen är uppfyllda. Dessa register ska bevaras i tio år.

Stöd till utbildning

Enligt artikel 31 i den allmänna gruppundantagsförordningen ska stöd till utbildning under vissa förutsättningar anses vara förenligt med den inre marknaden. Stöd enligt artikeln får inte beviljas för utbildning som företag anordnar för att följa tvingande nationella normer för utbildning. Stöd får lämnas med som mest 2 miljoner euro per utbildningsprojekt. De stödberättigande kostnaderna ska vara:

a) Personalkostnader för lärare, för de timmar då lärarna deltar i utbildningen.

b) Driftskostnader för lärare och deltagare som har direkt samband med utbildningsprojektet, t.ex. resekostnader, material och utrustning som har ett direkt samband med projektet, avskrivning av hjälpmedel och utrustning, i den utsträckning de används uteslutande för utbildningsprojektet. Logikostnader omfattas inte med undantag för ett nödvändigt minimum av logikostnader för deltagare som är arbetstagare med funktionshinder.

c) Kostnader för rådgivning i samband med utbildningsprojektet.

d) Personalkostnader för deltagare och allmänna indirekta kostnader (administrativa kostnader, hyra, allmänna omkostnader) för de timmar då praktikanterna deltar i utbildningen.

Stödnivån får inte överskrida 50 procent av de stödberättigande kostnaderna. Den får höjas upp till en högsta tillåten stödnivå på 70 procent av de stödberättigande kostnaderna, enligt följande:

a) Med 10 procentenheter om utbildningen ges till arbetstagare med funktionshinder eller arbetstagare med sämre förutsättningar.

b) Med 10 procentenheter om stödet ges till medelstora företag och med 20 procentenheter om stödet ges till små företag.

Stöd i form av lönesubventioner för rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar

Enligt artikel 32 i förordningen får stöd under vissa förutsättningar lämnas för rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar. Stöd får lämnas med som mest 5 miljoner euro per företag och år.

Stödberättigande kostnader ska vara lönekostnaderna under en period på högst tolv månader efter rekryteringen av en arbetstagare med sämre förutsättningar. Om den aktuella arbetstagaren tillhör kategorin arbetstagare med kraftigt sämre förutsättningar ska de stödberättigande kostnaderna vara lönekostnaderna under en period på högst 24 månader efter rekryteringen.

Stödnivån får inte överskrida 50 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Stöd i form av lönesubventioner för anställning av arbetstagare med funktionshinder

Enligt artikel 33 i förordningen får stöd lämnas för anställning av arbetstagare med funktionshinder. Stöd får lämnas med som mest 10 miljoner euro per företag och år. De stödberättigande kostnaderna ska vara lönekostnaderna under den period då arbetstagaren med funktionshinder är anställd.

Stödnivån får inte överskrida 75 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Stöd för att kompensera för merkostnader vid anställning av arbetstagare med funktionshinder

Enligt artikel 34 i förordningen får stöd lämnas som kompenserar för merkostnaderna för att anställa arbetstagare med funktionshinder. Stöd får lämnas med som mest 10 miljoner euro per företag och år. De stödberättigande kostnaderna ska vara:

a) Kostnader för att anpassa lokalerna.

b) Kostnader för att anställa personal enbart för den tid det tar att hjälpa arbetstagare med funktionshinder och att utbilda sådan personal för att hjälpa arbetstagare med funktionshinder.

c) Kostnader för att anpassa eller köpa utrustning eller för att köpa och validera programvara för att användas av arbetstagare med funktionshinder, bland annat anpassad teknisk utrustning eller tekniska stödsystem, vilka tillkommer utöver dem som stödmottagaren skulle ha ådragit sig om företaget hade anställt arbetstagare utan funktionshinder.

d) Kostnader som är direkt knutna till transport av arbetstagare med funktionshinder till arbetsplatsen och för arbetsrelaterade verksamheter.

e) Lönekostnader för de timmar som en arbetstagare med funktionshinder har ägnat åt rehabilitering.

f) Om stödmottagaren tillhandahåller skyddad anställning, kostnaderna för att bygga, installera eller modernisera det berörda företagets produktionsenheter samt eventuella kostnader för administration och transport, under förutsättning att dessa kostnader är ett direkt resultat av anställningen av arbetstagare med funktionshinder.

Stödnivån får inte överskrida 100 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Stöd för att kompensera för kostnaderna för bistånd som ges till arbetstagare med sämre förutsättningar

Enligt artikel 35 i förordningen får stöd lämnas för att kompensera för kostnaderna för bistånd som ges till arbetstagare med sämre förutsättningar. Stöd får lämnas med som mest 5 miljoner euro per företag och år. De stödberättigande kostnaderna ska vara kostnaderna för att anställa personal för att bistå dessa arbetstagare och utbilda sådan personal.

Stödnivån får inte överskrida 50 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Stöd till kultur och idrott

Enligt artikel 53 i förordningen får stöd på vissa villkor lämnas till kultur och bevarande av kulturarvet. Investeringsstöd för kultur och bevarande av kulturarvet får lämnas med som mest 100 miljoner euro per projekt. Driftstöd för kultur och bevarande av kulturarvet får lämnas med 50 miljoner euro per företag och år.

Stöd kan beviljas för bland annat museer, arkiv, bibliotek, konstnärliga och kulturella centrum eller utrymmen, teatrar, operahus, konserthus, andra organisationer för levande konst, filmarvsinstitutioner och liknande konstnärliga och kulturella infrastrukturer, organisationer och institutioner, festivaler, utställningar samt annan liknande kulturell verksamhet. Vidare kan stöd lämnas till kulturell och konstnärlig utbildning och främjande av förståelsen för vikten av att skydda och främja mångfalden av kulturyttringar genom utbildningsprogram och program för att öka allmänhetens medvetenhet, bland annat genom användning av ny teknik. Stöd får även lämnas för författande, redigering, produktion, distribution, digitalisering och publicering av musik och litteratur, inklusive översättningar. Stödberättigade kostnader ska beräknas på ett i artikeln angivet sätt.

Enligt artikel 55 får stöd på vissa villkor lämnas till idrottsinfrastruktur och multifunktionell rekreationsinfrastruktur.

Stöd till forskning och innovation m.m.

Andra artiklar i den allmänna gruppundantagsförordningen som skulle kan vara aktuella för idéburna aktörer i välfärden är:

– Stöd till konsulttjänster för små och medelstora företag enligt artikel 18 (max 2 miljoner euro per företag och projekt),
– Stöd till nystartade företag enligt artikel 22 (olika maxbelopp beroende på företag och geografiskt område),
– Stöd till forsknings- och utvecklingsprojekt enligt artikel 25 (olika maxbelopp beroende på projekt),
– Investeringsstöd till forskningsinfrastruktur enligt artikel 26 (max 20 miljoner euro per infrastruktur),

Stöd till innovationskluster enligt artikel 27 (max 7,5 miljoner euro), innovationsstöd till små och medelstora företag enligt artikel 28 (max 5 miljoner euro) och stöd till processinnovation och organisationsinnovation enligt artikel 29 (max 7,5 miljoner euro).

6.3.7 Det nationella handlingsutrymmet avseende statsstöd

Slutsats

Sammanfattningsvis utgörs det nationella handlingsutrymmet, beträffande verksamheter aktuella för denna utredning, i första hand av:

- Verksamheter som inte bedöms som ekonomiska, dvs. stöden går inte till företag.
- Verksamheter som inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna.
- Stöd som avser tjänster av allmänt intresse och som inte överstiger 500 000 euro under en treårsperiod och därför kan lämnas i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i EUF-fördraget på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. För att denna förordning ska kunna tillämpas krävs att det är fastställt att stödet avser en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

- Annat stöd som inte överstiger 200 000 euro under en treårsperiod och därför kan lämnas i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i EUF-fördraget på stöd av mindre betydelse.
- Stödåtgärder som omfattas av kommissionens beslut 2012/21/EU av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i EUF-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. En svårighet är att bryta ut de kostnader som avser den aktuella tjänsten. En annan fråga är hur detta regleras nationellt.
- Stöd som ges i enlighet med de så kallade Altmark-kriterierna. Detta ställer höga krav på utformningen av tjänsten och ersättningen för denna. Det förutsätter också i regel att tjänsten upphandlas.
- Stödåtgärder som omfattas av kommissionens meddelande Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2011). Dessa åtgärder kräver ett förhandsgodkännande av kommissionen för varje enskild stödordning.
- Stödåtgärder som omfattas av någon av artiklarna i kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i EUF-fördraget (allmänna gruppundantagsförordningen).

Hur det svenska handlingsutrymmet kan användas för att underlätta samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga inom välfärden utvecklas i kapitel 7.

6.4 Offentlig upphandling

EU:s upphandlingsdirektiv[82] har tillkommit för att skapa en gemensam marknad för offentlig upphandling så att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Offentlig upphandling är således en del av regelverket om fri rörlighet. Fördragets regler och principer rörande den inre marknaden ansågs inte räcka till när det gällde det offentligas inköp. Det förekom olika nationella upphandlingsregelverk och flera olika sätt att upphandla vilket ledde till att medlemsstaternas upphandlingsmarknader förblev nationella. Med stöd av EUF-fördragets bestämmelser antog rådet det första upphandlingsdirektivet 1971 vilket rörde offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.[83] Området har därefter utökats med direktiv om upphandling av varor och tjänster, om upphandling inom försörjningssektorerna[84], om rättsmedel, samt det senaste som rör upphandling av koncessioner.

Bestämmelserna i GPA/WTO-avtalet, vilka syftar till att säkerställa öppna, rättvisa och transparenta konkurrensvillkor på marknaden för offentlig upphandling inom WTO, är vidare realiserade genom direktiven. Det innebär att för vissa tjänster (bilagorna 1, 2, 4 och 5) gäller direktivet även i förhållande till ekonomiska aktörer i tredjeländer som är parter i GPA/WTO-avtalet.[85]

De senaste upphandlingsdirektiven antogs i april 2014, de ersatte direktiv från 2004, medan rättsmedelsdirektiven[86] är äldre. I förhållande till tidigare direktiv innehåller de nya direktiven inte några stora förändringar, utan de bygger i allt väsentligt på samma principer som de direktiv de ersätter. Syftet med den översyn som ledde till de nya direktiven var att modernisera dem, klargöra utrymmet för och öka möjligheterna att ställa hållbarhetskrav samt förenkla för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Vidare var ett mål att införa mer flexibilitet för myndigheterna. I de nya upphandlingsdirektiven har EU-domstolens praxis kodifierats, nya förfaranden

[82] Direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (brukar benämnas det klassiska direktivet, hädanefter LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (hädanefter LUK-direktivet) och rättsmedelsdirektiven.
[83] Direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.
[84] Texten framöver fokuserar på LOU-direktivet då det är det som är aktuellt för idéburna.
[85] Skäl 17 LOU-direktivet respektive skäl 27 försörjningsdirektivet.
[86] Direktiv 89/665/EEG, 92/13/EG samt 2009/81/EG.

har tillkommit och vissa förtydliganden har införts t.ex. beträffande samarbetsformer och ramavtal. Uppdelningen i s.k. A-tjänster och B-tjänster har också upphört. Beträffande A-tjänsterna gällde de tidigare upphandlingsdirektiven fullt ut medan endast ett par av bestämmelserna omfattade B-tjänster eftersom dessa ansågs ha ett begränsat gränsöverskridande intresse. För vissa tjänster, en del av de som tidigare benämndes B-tjänster, gäller nu annonseringsplikt över ett bestämt, högre, tröskelvärde och principer för tilldelning i kontrakt men i övrigt saknas detaljerade regler för tilldelning eller förfaranden i direktiven.

I de nya upphandlingsdirektiven anges i inledningen att offentlig upphandling är ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt.[87] Vidare anges i LOU- och LUF-direktiven att dessa har moderniserats så att upphandlande myndigheter ska kunna utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål.

Upphandlingsdirektiven innehåller dels bestämmelser som är obligatoriska för medlemsstaterna att införa, vilka utgör flertalet, dels ett fåtal bestämmelser som är frivilliga. Medlemsstaterna har t.ex. kunnat välja om vissa förfaranden och uteslutningsgrunder ska införas i sin nationella rätt. Beträffande tillämpningsområdet saknas valmöjlighet såtillvida att detta inte kan inskränkas. Utöver upphandlingsdirektiven, vilka brukar benämnas förfarandedirektiv, finns rättsmedelsdirektiv vilka innehåller sanktioner och prövningsförfaranden för offentlig upphandling. I inledningen till direktiven finns ett antal skäl, eller beaktandesatser, vari lagstiftaren förklarar syften och bakgrund till bestämmelserna i direktiven.[88]

Upphandlingsdirektiven innehåller regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter gällande kontrakt (samt för projekttävlingar) och tilldelning av koncessioner vars värde uppskattas till minst fastställda tröskelvärden, se nedan. I de nya upphandlingsdirektiven definieras begreppet upphandling vilket saknades i de äldre direktiven. Med upphandling avses enligt artikel 1.2 i LOU-direktivet en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning av,

[87] Skäl 2 LOU-direktivet, skäl 4 LUF-direktivet och skäl 3 LUK-direktivet.
[88] Skälen är ett slags förklaringsdata som ska förklara och bidra till tolkningen men utgör inte några rättsregler i sig, se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål 215/88 Casa Fleischandels GmBH, punkt 39.

även de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa, byggentreprenader, varor eller tjänster genom tilldelning av offentligt kontrakt oavsett om byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.

Offentligt kontrakt definieras i LOU-direktivet som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer (brukar benämnas leverantörer i svensk rätt) och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

6.4.1 Tillämpningsområdet

Vilka organ omfattas av reglerna om offentlig upphandling?

Det är upphandlande myndigheter som ska tillämpa direktiven. Dessa är statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ[89] eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ. Offentligrättsliga organ är organ som har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse och som inte har någon industriell eller kommersiell karaktär. De ska vara juridiska personer som finansieras till största delen av statliga eller lokala myndigheter eller av andra offentligrättsliga organ, eller stå under administrativ tillsyn av sådana myndigheter eller organ, eller ha ett förvaltnings-, ledning- eller kontrollorgan där mer än hälften av ledamöterna utses av staten, regionala eller lokala myndigheter eller av andra offentligrättsliga organ. Det innebär att förutom staten, kommuner och regioner omfattas även flertalet kommunala och statliga företag av reglerna.

Tröskelvärden

Förfarandereglerna i upphandlingsdirektiven är tillämpliga för upphandlingar som överstiger vissa av EU antagna tröskelvärden. Från den 1 januari 2020 uppgår tröskelvärdena för upphandlingar som omfattas av LOU-direktivet till 5 350 000 euro för byggentreprenadkontrakt, 139 000 euro för varor och tjänster som staten och dess

[89] I svensk rätt är benämningen ”offentligt styrda organ”,1 kap. 18 § LOU.

myndigheter upphandlar, 214 000 euro för varor och tjänster som kommuner och regioner samt deras företag upphandlar.[90] För tjänstekontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster uppgår tröskelvärdet till 750 000 euro.[91] Tröskelvärdena justeras vartannat år.[92] Beräkningen ska göras exklusive mervärdesskatt och det totala beloppet för hela den beräknade kontraktsperioden ska räknas in. Beträffande upphandlingar som understiger beloppen har medlemsstaterna således möjligheter att avgöra om särskilda regler ska finnas samt bestämma hur de ska utformas. 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, innehåller regler om upphandling vars värden understiger tröskelvärdena. Flertalet medlemsstater har tagit fram egna nationella regler.[93] Tröskelvärdena innebär att det finns ett gränsöverskridande intresse för upphandlingar vars värde överstiger dem.[94]

Grundläggande principer för upphandling

I artikel 18 i LOU-direktivet respektive artikel 3 i LUK-direktivet anges att de upphandlande myndigheterna i förhållande till leverantörerna ska beakta ett antal grundläggande principer. Dessa är principen om likabehandling, om icke-diskriminering, om öppenhet (transparens) och om proportionalitet. Principen om ömsesidigt erkännande, dvs. att intyg och certifikat som är giltiga i en medlemsstat också ska gälla i andra medlemsstater är ytterligare en princip som ska iakttas. Principerna beskrivs också i avsnitt 6.1.

Det är med utgångspunkt i dessa principer som direktiven tagits fram och bestämmelserna i direktivet ska tolkas mot bakgrund av dem.

[90] Kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/1828 av den 30 oktober 2019 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärdena för offentlig upphandling av varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten samt för projekttävlingar.
[91] Artikel 4 d i LOU-direktivet. Tjänsterna räknas upp i bilaga XIV till LOU-direktivet.
[92] Tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster är till skillnad från de andra inte knutet till GPA-avtalet och revideras därför inte av Kommissionen men nya motvärden i svenska kronor kommer att anges vartannat år beroende på hur den svenska kronan förhåller sig till euron.
[93] Se SOU 2018:44 avsnitt 5 som innehåller en beskrivning av elva medlemsstaters nationella regleringar.
[94] Se bl.a. artikel 1.1 och 4 samt skäl 114–117 och 134 LOU-direktivet.

Vilka tjänster omfattas av direktiven och vilka är undantagna?

Upphandlingsdirektiven är som ovan angetts uppdelade på upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. Genom CPV-nomenklaturen[95] (Common Procurement Vocabulary) har EU-kommissionen tagit fram en gemensam kod för att beskriva upphandlingsföremål. CPV-koderna är tänkta att underlätta för presumtiva anbudsgivare att hitta intressanta upphandlingar. Vid valet av CPV-kod ska den upphandlande myndigheten försöka välja den kod som bäst stämmer överens med föremålet för upphandlingen. Även om den upphandlande myndigheten blir tvungen att använda flera olika koder så ska en enda kod väljas i annonsens rubrik. Om det inte finns någon CPV-kod som stämmer riktigt överens med vad som ska upphandlas så ska den upphandlande myndigheten hänvisa till den huvudgrupp, grupp, undergrupp eller kategori som bäst beskriver föremålet för upphandlingen.[96]

Det är begreppet tjänster som är av intresse för utredningen. I EUF-fördragets artikel 57 anges att ”tjänster ” i fördragens mening ska anses vara prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer i fördraget. Med tjänster ska enligt samma artikel särskilt avses verksamhet av industriell natur, av kommersiell natur, inom hantverk och inom fria yrken. I tjänstedirektivet[97] definieras begreppet tjänst som all förvärvsverksamhet som egenföretagare utövar, i regel mot ekonomisk ersättning.

Begreppet tjänster är inte definierat i LOU-direktivet, utan avser andra tjänster än sådana som omfattas av begreppet byggentreprenad. En bilaga (bilaga II) till direktivet innehåller en uppräkning av vilka tjänster som ingår i begreppet byggentreprenader. En tjänst kan också ingå i en upphandling av varor om den omfattar monterings- och installationsarbeten och dessa är underordnade varudelen. Det finns numera också förtydliganden i direktivet om vad som gäller för upphandlingar som delvis omfattas av regelverket, s.k. blandade kontrakt. Det finns en del särskilda undantag för vissa typer av tjänstekontrakt och möjligheter för medlemsstaterna att införa en enklare regim för sociala tjänster och andra särskilda tjänster, se nedan. Utgångspunkten är att anskaffandet av tjänster omfattas av för-

[95] Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.
[96] https://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv
[97] Europaparlamentets och Rådets direktiv 2006/123/EG, se även ovan avsnitt 6.1.1.

faranderegler na i upphandlingsdirektiven när värdet väntas överstiga aktuellt tröskelvärde.

Direktivet innehåller vidare en uppräkning av tjänster som inte omfattas av förfarandereglerna i det. Direktivet är inte tillämpligt på offentliga tjänstekontrakt som avser förvärv eller hyra av mark eller byggnader eller andra nyttjanderätter till fast egendom.[98] Det är inte tillämpligt på anskaffning, utveckling eller produktion av tv- eller radiotjänster.[99] Vissa juridiska tjänster är undantagna tillämpningsområdet som skiljemanna- och förlikningstjänster, anlitande av advokat och ombud i processer samt juridiska tjänster som är förenade med utövandet av offentlig makt.[100] Finansiella tjänster i samband med förvärv och överlåtelse av värdepapper omfattas inte heller av direktivet.[101] Detsamma gäller lån, anställningskontrakt och tjänster som avser politiska kampanjer.[102]

Vidare är civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara som tillhandahålls av icke-vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar förutom ambulanstjänster för transport av patienter undantagna från tillämpningsområdet.[103] Motsvarande undantag finns i LUK-direktivet[104].

Forsknings- och utvecklingstjänster är också undantagna under förutsättning att forskningsresultaten inte endast tillkommer den upphandlande myndigheten och den tillhandahålla tjänsten inte betalas helt av den upphandlande myndigheten.[105]

Koncessioner

Samtidigt med det nya LOU-direktivet antogs ett nytt direktiv om upphandling av koncessioner, LUK-direktivet. Upphandling av byggkoncessioner omfattades av vissa bestämmelser i det äldre LOU-

[98] Artikel 10 a i LOU-direktivet.
[99] Artikel 10 b i LOU-direktivet.
[100] Artikel 10 c och d i LOU-direktivet.
[101] Artikel 10 e i LOU-direktivet.
[102] Artikel 10 g och j i LOU-direktivet.
[103] Artikel 10 h i LOU-direktivet, skäl 28. EU-domstolen har nyligen i avgörandet C-465/17, Falck Rettungsdienste tolkat begreppet förebyggande av fara.
[104] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, LUK-direktivet.
[105] Artikel 14 LOU-direktivet. Forskning som endast tillkommer den upphandlande myndigheten och betalas av densamma ska således upphandlas om tjänsterna avser forskning och experimentell forskning samt utveckling, förberedande, test och utvärdering av sådan.

direktivet men för upphandling av tjänstekoncessioner saknades särskilda förfaranderegler.[106] Det ansågs behövas förfaranderegler för upphandling av koncessioner eftersom avsaknaden av tydliga regler bedömdes ge upphov till rättsosäkerhet, skapa hinder för ett fritt tillhandahållande av tjänster och även orsaka snedvridningar i den inre marknadens funktion. Särskilt ansågs frånvaron av regler om upphandling av koncessioner drabba små och medelstora företag men också leda till att myndigheter inte hittar det bästa sättet att använda offentliga medel.

LUK-direktivet är inte lika detaljerat som LOU-direktivet. Det saknar t.ex. bestämmelser om vilka förfaranden och tilldelningskriterier som får tillämpas. Det ska tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter och det bygger på samma principer som övriga upphandlingsdirektiv. Tröskelvärdet uppgår till 5 350 000 euro.[107]

En tjänstekoncession är ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som innebär att en eller flera upphandlande myndigheter (eller enheter) anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster till en eller flera ekonomiska aktörer där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.[108] Det centrala med koncession är rätten för koncessionsinnehavaren att utnyttja tjänsten vilket innebär att verksamhetsrisken – hela eller delar av den som är förenad med att tillhandahålla tjänsterna övergår till koncessionshavaren.[109]

I beaktandesats 13 förtydligas att arrangemang där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte anses utgöra koncessioner. Detsamma gäller sådana system som grundas på rättsliga överenskommelser mellan myndigheten och de ekonomiska aktörerna. Valfrihetssystem är således inte koncessioner i direktivets mening.

[106] Artikel 17 samt 62–65 i LOU-direktivet från 2004 (2004/18/EG).
[107] Kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/1827 av den 30 oktober 2019 om ändringar av Europaparlamentets och rådet direktiv 2014/23/EU vad gäller tröskelvärdet för koncessioner.
[108] Artikel 5.1.b LUK-direktivet.
[109] Skäl 18 i LUK-direktivet.

Upphandlingsförfaranden, kontraktsvillkor och tilldelningskriterier

LOU-direktivet reglerar alltså hur offentliga upphandlingar ska genomföras och inte vad en upphandlande myndighet ska köpa in eller när det ska göras. Direktivet innehåller ett antal förfaranden som upphandlande myndigheter kan välja mellan. I princip innebär samtliga förfaranden att den upphandlande myndigheten offentliggör upphandlingen genom annonsering i det elektroniska verktyget Tender Electronic Daily, TED. Upphandlingsdirektiven innehåller också bestämmelser om tidsfrister, dvs. den kortaste tiden från det att en annons publicerats i TED till det datumet då anbuden senast ska vara inne. De nya upphandlingsdirektiven innehåller fler möjligheter än tidigare direktiv att förkorta denna tid i syfte att göra förfarandena mer flexibla. Upphandlingsdokumenten ska innehålla samtliga krav, villkor och kriterier som gäller i upphandlingen.

De krav och villkor som upphandlande myndigheter ställer i en upphandling ska vara förenliga med de grundläggande principerna. De är uppdelade på krav och villkor som kan ställas på leverantören (kvalificeringskrav och uteslutningsgrunder) respektive på föremålet för upphandling. Kraven ska vara kopplade till föremålet och vara möjliga att följa upp. Anbudet måste uppfylla kraven för att kunna antas.

Genom att ställa villkor för fullgörande av kontraktet kan en upphandlande myndighet använda upphandlingen för att nå sociala mål.[110] Sådana krav kan vara att leverantören som får kontraktet ska ta emot praktikanter, ta emot personer som arbetsträna, genomföra viss utbildning för sin personal eller dylikt. Dylika krav kan innebära att idéburna aktörer kan bidra med sin särart och medverka till att nå målen med upphandlingen.

De kriterier som ska användas för att utröna vilket anbud som är bäst kallas för tilldelningskriterier. Urvalet ska enligt artikel 67 göras genom att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur den upphandlande myndighetens synvinkel och det ska fastställas på grundval av priset eller kostnaden genom en analys av kostnadseffektivitet. Det får innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket ska bedömas på grundval av kriterier som kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter vilka är kopplade

[110] Artikel 70 i LOU-direktivet, kallas ofta för särskilda kontraktsvillkor.

till föremålet för kontraktet. Artikeln innehåller också en exemplifierande lista på vad sådana kriterier kan omfatta.

Ramavtal

En upphandling kan alltså avslutas med att kontrakt tecknas med en leverantör. En annan möjlighet är att ingå ramavtal med en eller flera leverantörer. Med ramavtal avses enligt artikel 30.1 LOU-direktivet ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod, särskilt ifråga om tänkt pris och i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter.[111] Vidare anges att ramavtal får ha en löptid som är längre än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Det finns olika typer av ramavtal.[112] Ett ramavtal kan ingås med en leverantör eller flera leverantörer där alla villkor har fastställts på förhand i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten ska om ramavtalet har flera leverantörer tillämpa objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontrakt. Sådana objektiva villkor kan t.ex. vara rangordning av leverantörerna. Ett annat alternativ är att tilldela kontrakt efter en förnyad konkurrensutsättning. Det innebär att leverantörerna som är parter i ramavtalet bjuds in på nytt att lämna anbud i enlighet med villkoren i ramavtalet. Det är också möjligt att kombinera dessa olika sätt att tilldela kontrakt inom ramen för samma ramavtal. Ett exempel kan vara att tillämpa rangordning för tilldelning av kontrakt upp till en viss kontraktssumma och förnyad konkurrensutsättning för tilldelningar som avser större kontrakt.

Ramavtal är stängda system. Vilka parter som får avropa från ett ramavtal ska tydligt anges i anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse. Det innebär att det inte är möjligt för myndigheter eller leverantörer att ansluta sig till ett ramavtal i efterhand.[113]

---

[111] Definieras i 1 kap. 20 § LOU. Bestämmelsen i LOU saknar förtydligandet om pris och kvantiteter.
[112] Artikel 30.2–30.5 LOU-direktivet och 7 kap. 3–8 §§ LOU.
[113] 7 kap. 3 § LOU. Se också skäl 60 LOU-direktivet.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

För vissa tjänster, sociala tjänster och andra särskilda tjänster, gäller enligt direktivet från 2014 ett särskilt upphandlingssystem, även kallat den enklare regimen eller systemet enligt artiklarna 74–76. Det gäller för vissa särskilt angivna tjänster när värdet på kontraktet uppgår till eller överstiger 750 0000 euro. Den enklare regimen innebär att upphandlingarna ska annonseras antingen genom ett meddelande om upphandlingen eller genom ett förhandsmeddelande men det saknas detaljerade regler för hur upphandlingarna ska genomföras. Annonseringsbestämmelserna innehåller också färre krav på innehållet i meddelandena.[114] Vidare anges att om förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling hade kunnat användas behöver annonsering inte ske.

Det är upp till medlemsstaterna att fastställa vilka förfarande-regler som ska tillämpas så länge de gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaper som sådana tjänster har. Det trycks särskilt på behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriers specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. I skälen till LOU-direktivet anges att medlemsstaterna ska ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt de finner lämpligast och att artiklarna om den enklare regimen syftar till det.[115] Upphandlingarna inom den enklare regimen omfattas av rättsmedlen.

Med sociala tjänster och andra särskilda tjänster avses i stort sett de som i äldre direktiv benämndes B-tjänster, vilka i en mer begränsad utsträckning omfattades av förfaranderegler.[116] Norge hade till och med 2016, dvs. under det äldre LOU-direktivet, ett särskilt undantag för köp av hälso- och socialtjänster från ideella organisationer i sin upphandlingsförordning. Även Italien har haft ett liknande undantag. Undantaget som fanns i den norska lagstiftningen möjliggjorde för upphandlande myndigheter att direkttilldela kontrakt som avsåg

[114] Bilaga V avdelning H till LOU-direktivet.
[115] Skäl 114 LOU-direktivet.
[116] Enligt direktiv 2004//14/EG gällde endast bestämmelserna om tekniska specifikationer i artikel 23 och om annonsering av upphandlingens resultat i artikel 35.4 (s k efterannons) för dessa tjänster.

utförande av vissa hälso- och socialtjänster till ideella organisationer oavsett kontraktsvärde. Om kontraktsvärdet översteg EU:s fastställda tröskelvärden för vad som då var B-tjänster skulle dock bestämmelserna om prestandakrav och tekniska specifikationer tillämpas samt en efterannons[117] publiceras, dvs. de regler som gällde för sådana tjänster. Eftersom bestämmelserna följde de som gällde för B-tjänster ansågs undantaget förenligt med EU-rätten.

Tjänster som omfattas av den enklare regimen räknas upp i en bilaga och är hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster samt administration inom de tjänsterna och inom utbildning samt kultur. Vidare ingår bidragstjänster, andra samhälleliga och personliga tjänster. Därtill hotell- och restaurangtjänster, juridiska tjänster (såvida de inte omfattas av det särskilda undantaget som gäller för vissa juridiska tjänster som redogjorts för ovan), övrig statsförvaltning, samhällstjänster, fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster (såvida de inte är undantagna enligt beskrivningen ovan), undersöknings- och säkerhetstjänster, internationella tjänster, posttjänster och så kallade diverse tjänster (regummering av däck och smedtjänster). Tjänster som syftat till integrering och inkludering beskrivs inte med avseende på deras innehåll utan på deras syfte. Detta innebär att vissa sådana tjänster kan vara sociala tjänster och beroende på kontraktsvärdet därmed omfattas av den enklare regimen medan andra tjänster inte kommer att göra det.

Koncessioner som omfattas av LUK-direktivet och som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster omfattas endast av bestämmelserna om publicering av förhandsannons och efterannons samt rättsmedel.[118] Tröskelvärdet är detsamma som för andra koncessioner, dvs. 5 350 000 euro. Tjänsterna som avses är desamma som i LOU-direktivet.

Under tröskelvärdet för LOU-direktivet om 750 000 euro anses det gränsöverskridande intresset (se mer om det nedan) vara begränsat och det finns därför inget krav för medlemsstaterna att införa förfarandebestämmelser eller låta dem omfattas av rättsmedlen. LOU innehåller som ovan nämnts bestämmelser om upphandling under EU:s tröskelvärden i ett eget kapitel. Den 1 januari 2019 infördes

[117] En efterannons ska och skulle bl.a. innehålla information om vilket företag/organisation som tilldelats kontraktet och publiceras på EU: officiella sida Tender Electronic Daily (TED).
[118] Artikel 19 LUK-direktivet.

nya regler i LOU om upphandling av tjänster som lagstiftaren valt att kalla välfärdstjänster i syfte att förenkla upphandlingar av sådana.[119] Välfärdstjänsterna är en delmängd av de tjänster som omfattas av artiklarna 74–76.[120] För dessa tjänster gäller ett högre nationellt gränsbelopp om 2 156 469 kronor.[121] För övriga tjänster, liksom varor och byggentreprenader är det nationella gränsvärdet, kallad direktupphandlingsgränsen, 615 313 kronor.[122] Upphandlingar under detta belopp omfattas inte av annonseringsskyldighet. Med välfärdstjänster avses här en del av de sociala tjänsterna och de andra särskilda tjänsterna, dock inte alla.

Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler hade i uppdrag att göra en översyn av bestämmelser i LOU (och även för upphandlingar inom försörjningssektorerna, dvs. LUF) som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden i syfte att utreda hur regelverket kunde göras enklare och mer flexibelt.[123] Utredningen föreslog att upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över EU:s tröskelvärde inte skulle detaljregleras utan att den upphandlande myndigheten t.ex. skulle få välja vilket upphandlingsförfarande denne ansåg lämpligt.[124] För upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som understiger EU:s tröskelvärden föreslogs ingen annonseringsplikt och inga särskilda upphandlingsrättsliga sanktioner.

Artikel 77 – reserverade kontrakt för vissa tjänster

Artikel 77 i LOU-direktivet innehåller en möjlighet för medlemsstaterna att införa bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa tjänster. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet får reservera rätten för vissa organisationer att delta i offentlig upphandling exklusivt för vissa uppräknade tjänster. Tjänster som ingår är hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster samt administration inom socialtjänsten.

De organisationer som det är möjligt att reservera kontrakt till är sådana som uppfyller fyra villkor:

---

[119] Prop. 2017/18:158.
[120] Se SOU 2016:78 s. 511 f. och Prop. 2017/18:158 s. 68 f.
[121] Från och med den 1 januari 2020, 28 procent av tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt 19 kap. 36 § LOU.
[122] Från och med den 1 januari 2020, se 19 kap. 1 § LOU.
[123] Dir. 2017:69.
[124] SOU 2018:44, förslagen bereds inom Regeringskansliet.

- Syftet med organisationen ska vara att fullgöra ett offentligt uppdrag kopplat till de uppräknade tjänsterna.
- Vinsterna ska återinvesteras. Eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör ske på grundval av deltagande.
- Lednings- och ägarstrukturen i organisationen ska grundas på personalens ägande eller deltagande, eller kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.
- Organisationen får inte ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten enligt undantaget de tre senaste åren.

Vidare får ett reserverat kontrakt i sig inte överstiga tre år. Bestämmelsen saknade motsvarighet i det äldre direktivet. Undantaget infördes i svensk rätt den 1 januari 2019.[125]

Reserverade kontrakt för arbetsintegrerande företag

Medlemsstaterna kan också införa möjligheter för upphandlande myndigheter att reservera deltagandet i offentliga upphandlingar för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer eller att föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning. Det förutsätter dock att minst 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare.[126]

I skälen till direktiven anges att sociala företag vars främsta syfte är att stödja social och yrkesmässig integration eller återintegration av personer som arbetslösa, missgynnade minoriteter eller på andra sätt marginaliserade befolkningsgrupper kan spela en väsentlig roll.[127] De kan dock sakna möjligheter att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden och därför har denna möjlighet införts. Möjligheten att reservera kontrakt enligt denna bestämmelse är inte begrän-

[125] 19 kap. 6 a och b §§ LOU, se prop. 2017/18:158 avsnitt 5.
[126] Artikel 20.1 LOU-direktivet.
[127] Skäl 36 LOU-direktivet.

sat till upphandling av vissa varor eller tjänster utan omfattar enligt dess lydelse all slags upphandling.

Undantaget är infört i svensk rätt.[128]

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Förfarandet har ett snävt tillämpningsområde. I skälen till nu gällande LOU-direktiv uttrycks det på följande sätt:

> Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter.

EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen uttalat att bestämmelserna om direkttilldelning ska tolkas restriktivt och att det är den som avser att åberopa bestämmelsen som ska visa att de särskilda omständigheter som gör undantaget befogat verkligen föreligger.[129]

Enligt artikel 32 i LOU-direktivet får förfarandet användas för tjänster oavsett värde endast i följande fall:

- om inga anbud, anbudsansökningar eller lämpliga sådana har kommit in vid ett tidigare annonserat förfarande och under förutsättning att inga ändringar görs i villkoren för upphandling (dvs. övergång från ett annonserat förfarande),
- om tjänsten rör ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation, det av tekniska skäl saknas konkurrens eller i syfte att skydda ensamrätt (inklusive immateriella rättigheter),
- om det är absolut nödvändigt p.g.a. synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och som inte till någon del kan tillskrivas den upphandlande myndigheten, är omöjligt att iaktta tidsfristerna som gäller vid annonserade förfaranden,
- om tilldelningen följer på en tidigare annonserad projekttävling och vinnaren i densamma får kontraktet, och

[128] 4 kap. 18 § LOU respektive 4 kap. 16 § LUF.
[129] Bl.a. C-126/03 Kommissionen mot Tyskland, punkt 23 och där angiven praxis.

- vid kompletterande beställningar som följer av en tidigare upphandling, om det framgått av projektet att sådana kan komma att göras och vilka villkor som gäller (tidsbegränsat).

Rättsmedelsdirektiven

För upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven finns det rättsmedel vilka är reglerade i särskilda direktiv. Med rättsmedel avses olika typer av sanktioner för den som inte följer regelverket. Det första direktivet med rättsmedel antogs 1989 och rörde prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten[130] och det andra antogs 1992 och omfattade försörjningssektorerna[131]. Dessa reviderades genom antagandet av det så kallad ändringsdirektivet 2007[132] då det infördes tydliga bestämmelser om tidsfrist, en ”stand-still-period” eller avtalsspärr, och sanktioner avsedda att träffa otillåtna direkttilldelningar. Med otillåten direkttilldelning avses upphandlingar som borde ha genomförts enligt förfarandena i något av upphandlingsdirektiven men inte har gjort det. Genom LUK-direktivet har ändringsdirektivet justerats på så sätt att det omfattar upphandling såväl enligt det nya LOU- som LUK-direktivet.[133] Det anges särskilt att ändringsdirektivet inte utesluter att nationell rätt innehåller strängare sanktioner.[134]

Ändringsdirektivet innehåller bl.a. bestämmelser som ställer krav på att rättsmedlen ska vara tillgängliga, att de inte får diskriminera företag och att prövningsförfarandena ska vara effektiva.[135] Det ska i varje medlemsstat finnas regler om interimistiska beslut så att det finns möjligheter att korrigera felaktigheter, felaktiga beslut ska kunna åsidosättas och skadestånd ska kunna beviljas personer som skadats av en överträdelse för upphandlingar som omfattas av förfaranderegler na i upphandlingsdirektiven.[136] Om ett kontrakt har tilldelats en leverantör i strid med reglerna om avtalsspärr ska det antingen medföra ogiltighet eller annan alternativ sanktion (som inte får vara

[130] 89/665/EEG.
[131] 92/13/EEG.
[132] 2007/66/EG.
[133] Artikel 46 i LUK-direktivet.
[134] Beaktandesats 20 i 2007/66/EG.
[135] Artikel 1 ändringsdirektivet.
[136] Artikel 2a – f ändringsdirektivet.

skadestånd).[137] Kommissionens möjligheter att ingripa mot överträdelser av unionsrätten i samband med upphandling begränsades till allvarliga överträdelser.[138]

I den svenska upphandlingslagstiftningen görs ingen skillnad beträffande rättsmedel för upphandlingar som är direktivstyrda och sådana som inte är det. Samma rättsmedel, dvs. möjligheter till överprövning, ogiltighetstalan, skadestånd och möjlighet för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift gäller enligt LOU för alla upphandlingar som överstiger den nationella gränsen för direktupphandling (615 313 kronor respektive 1 142 723 kronor).[139]

Undantag från direktivens tillämpningsområde

Det är viktigt att skilja undantag från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde från undantag som rör vissa bestämmelser inom tillämpningsområdet. Direktiven rör som framgår av redogörelsen ovan upphandlingar som överstiger vissa tröskelvärden.

I skälen till upphandlingsdirektiven anges att de inte bör påverka medlemsstaternas lagstiftning på området för social trygghet.[140] Här erinras också om att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster, som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Vidare anges det att direktivet inte omfattar icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.[141] Motsvarande skrivningar saknades i de äldre upphandlingsdirektiven. I skälen anges vidare att tillämpningsområdet inte har förändrats i förhållande till tidigare direktiv utan att dessa nämnda skrivningar är avsedda att vara förtydliganden.[142] Eftersom upphandlingar av B-tjänster endast i begränsad omfattning omfattades av det äldre direktivet och att offentliga kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska tilldelas i enlighet med det nya direktivet, om än i förenklad form, har ändå tillämpningsområdet utvidgats något i förhållande till det äldre direktivet.

---

[137] Artikel 2e ändringsdirektivet.
[138] Artikel 3 och 8 samt skäl 28 i ändringsdirektivet, prop. 2009/10:180, s. 105.
[139] Det bör dock noteras att rättsmedlen även gäller direktupphandlingar, se HFD 2018 ref. 60.
[140] Skäl 7 LUK-direktivet samt skäl 6 och 7 LOU-direktivet.
[141] Skäl 6 LOU-direktivet.
[142] Skäl 4 LOU-direktivet.

Direktivet omfattar inte heller beslut eller andra sätt att överföra befogenheter och ansvar för fullgörande av offentliga uppdrag mellan upphandlande myndigheter som inte innebär att prestationer fullgörs mot ersättning. Sådana beslut är en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och utgör inte offentliga kontrakt.[143]

Vidare anges att direktivet inte påverkar myndigheternas beslut att genomföra offentliga funktioner i egen regi. Ett alternativ till upphandling är således att anställa personer att utföra den efterfrågade tjänsten.

Ett bestämt gränsöverskridande intresse, regler för inköp som inte omfattas av upphandlingsdirektiven

Upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven på grund av att de understiger tröskelvärdena, kan ha ett gränsöverskridande intresse och faller då inom EU:s primärrätt.[144] Det innebär att bestämmelserna i EUF-fördraget om bl.a. de fria rörligheterna och de grundläggande principerna som följer av fördraget är tillämpliga. Sådana upphandlingar omfattas alltså inte av förfarande- eller handlingsreglerna i upphandlingsdirektiven.

Kommissionen har i ett tolkningsmeddelande angett att det är den upphandlande myndigheten som ska göra bedömningen om ett kontrakt kan vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater.[145] Av praxis från EU-domstolen följer att bedömningen ska utgå från objektiva kriterier.[146] Det aktuella kontraktets syfte, föremål, värde och utformning, den aktuella marknadens storlek och geografiska läge, struktur och handelsrättslig sedvänja är förhållanden att beakta vid bedömningen som ska göras i varje enskilt fall.

Om ett kontrakt bedöms ha ett gränsöverskridande intresse ska det tilldelas i enlighet med de grundläggande principerna som kan härledas ur unionsrätten, dvs. enligt principerna om fritt tillhandahållande av tjänster samt principerna om icke-diskriminering och likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande,

[143] Artikel 1.6 LOU-direktivet.
[144] Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C179/02) och där angiven praxis.
[145] Kommissionens tolkningsmeddelande, avsnitt 1.3.
[146] Bl.a. C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, punkt 19 ff.

så att det kan garanteras att det sker på ett opartiskt sätt.[147] Den upphandlande myndigheten ska därför offentliggöra kontraktet på ett tillfredsställande sätt så att presumtiva leverantörer får kännedom om behovet innan det tilldelas en leverantör. Rättsmedelsdirektiven gäller inte för kontrakt som understiger tröskelvärdena men medlemsstaterna ska ha nödvändiga regler och förfaranden för att garantera ett effektivt rättsligt skydd så att beslut som är negativa för en leverantör kan prövas.[148]

I och med antagandet av de nya upphandlingsdirektiven har vissa förtydliganden gjorts. Personliga tjänster vars värde understiger tröskelvärdet för sociala tjänster anses på grund av sin natur inte vara av intresse för leverantörer från andra medlemsstater om det inte finns konkreta indikationer på motsatsen.[149] Sådana indikationer kan enligt skälen till direktivet finnas vid unionsfinansierade gränsöverskridande projekt. Det innebär att unionsrätten endast i undantagsfall är tillämplig på upphandlingar av personliga tjänster som understiger tröskelvärdet om 750 000 euro. Med personliga tjänster avses enligt direktivet vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster, dvs. tjänster som omfattas av den enklare regimen i artiklarna 74–76. En stor del av de för utredningen aktuella tjänsterna omfattas av den enklare regimen och således av denna presumtion.

6.4.2 Särskilt om begreppet offentligt kontrakt

Unionens regler om offentlig upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt. Det framgår av skäl 4 till LOU-direktivet. Av samma skäl framgår att detta gäller oberoende av om anskaffningarna genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer. I begreppet upphandling ingår inte heller enligt samma skäl enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om den inte används för de avsedda ändamålen. Begreppet bidrag

[147] C-324/98 Teleastria Telefonadress, punkt 61 och 62.
[148] Se EU-domstolen mål i C-50/00 P Union de Pequenos Agricultores, punkt 39 och mål 222/86 Heylens, punkt 14.
[149] Skäl 114 LOU-direktivet.

definieras inte i direktiven men det gör begreppet offentligt kontrakt. Begreppet kontrakt används som det sätt som en upphandling är tänkt att avslutas på men även för att avgränsa tillämpningsområdet, se t.ex. ovan om vilka anskaffningar som inte omfattas av direktiven.[150]

Försök har tidigare gjorts att definiera vad bidrag är i förhållande till uppdragsersättning som omfattas av upphandlingsreglerna. Upphandlingsutredningen 2010 utgick från att det för att konstatera om en bidragssituation föreligger är centralt att fastställa om den som betalar för en tjänst anses disponera över det som utförs eller inte. Bidrag ansågs utgå om ersättningen lämnas utan närmare krav på tjänsten eller tjänsteutövaren.[151] Med stöd av bl.a. ett tjänstemannadokument[152] framtaget av EU-kommissionen och praxis från EU-domstolen tog utredningen fram en punktlista som var tänkt att kunna vara till hjälp vid bedömningen av om en lämnad ersättning var att betrakta som ett bidrag eller en ersättning för ett utfört uppdrag som skulle upphandlas. Utredningen angav också att alla punkter i uppräkningen inte behövde vara uppfyllda och att en samlad bedömning i varje enskilt fall behövde göras. Punktlistan togs fram innan de nya upphandlingsdirektiven antagits. Huruvida listan är förenlig med EU-domstolens praxis har ifrågasatts eftersom utredningen inte angav källor till alla punkter i listan och att det därför var svårt att förstå hur eller varför dessa kriterier ska vara vägledande för skiljelinjen mellan köp och bidrag.[153] Punktlistan har dock använts som rättskälla av såväl Konkurrensverket som av andra aktörer i upphandlingsmål.[154]

Syftet med Upphandlingsutredningens punktlista var bl.a. att klargöra det rättsliga utrymmet för idéburet offentligt partnerskap (IOP). Vad som är ett bidrag har visat sig svårt att definiera. Utgångspunkten bör i stället vara vad som omfattas av upphandlingsregelverkets tillämpningsområde. Med upphandling avses enligt LOU-direktivet ”en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning av, även de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa, byggentreprenader, varor eller tjänster *genom tilldelning av offentligt kontrakt* oavsett om byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offent-

[150] Prop. 2015/16 :195 s. 317.
[151] SOU 2013:12 s. 508.
[152] Den äldre vägledningen om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden, SEC (2010) 1545 fial, Bryssel 7.10.2010, s. 78. Ersattes 2013.
[153] Allt är inte upphandling som glimmar, Europarättslig tidskrift nr 3, 2017, s. 581.
[154] Konkurrensverkets Dnr 610/2014, Kammarrätten i Göteborg i mål 259-18.

ligt ändamål eller inte". Tidigare direktiv och även svensk upphandlingslagstiftning saknade en definition av begreppet upphandling. I skäl 4 till direktivet anges att de alltmer varierande formerna av offentliga åtgärder har gjort det nödvändigt att tydligare definiera själva begreppet upphandling. Av samma skäl framgår dock att avsikten inte har varit att utvidga tillämpningsområdet för direktivet. För att ett förfarande ska omfattas av upphandlingsreglerna krävs det alltså att det är fråga om tilldelning av ett offentligt kontrakt.[155]

Vad är ett offentligt kontrakt?

Definitionen av offentligt kontrakt finns i artikel 2.5 i det nu gällande LOU-direktivet. Enligt artikeln är ett offentligt kontrakt:

> Ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor, som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

Definitionen av offentligt kontrakt har inte förändrats i förhållande till det tidigare gällande direktivet, dvs. 2004/18/EG. Innan dess fanns det ett separat direktiv för upphandling av tjänster[156] med en något annan definition. I den svenska översättningen användes begreppet offentliga tjänsteavtal vilka definierades i artikel 1 a) som skriftliga *avtal* med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet. Avgränsningen gjordes mot offentliga varuupphandlings*kontrakt* och kontrakt som omfattades av det då gällande försörjningsdirektivet och andra kontrakt som var och även enligt nu gällande direktiv är undantagna direktivets tillämplighet. I det äldre varudirektivet, 93/36/EEG, användes begreppet varukontrakt. I de engelska versionerna är benämningen *public contract* i nu gällande direktiv, samma begrepp användes i direktivet från 2004 och *public service contracts* i tjänstedirektivet från 1992. Att begreppet "avtal" användes i den svenska versionen av det äldre tjänstedirektivet torde vara ett misstag av översättarna/en men det saknar numer betydelse eftersom direktiven sammanförts till ett och i LOU-direktivet används endast begreppet "kontrakt".

[155] Även ingående av ramavtal omfattas, se ovan.
[156] 92/50/EEG.

När förslaget till nya upphandlingsregler[157] remitterades ansåg flera myndigheter och andra att begreppet avtal skulle användas i stället för kontrakt eftersom begreppet kontrakt enligt dessa remittenter har ett snävare tillämpningsområde än avtal.[158] Andra ansåg att offentligt kontrakt bättre avspeglade innebörden än vad avtal gör. Lagrådet ansåg att begreppet kontrakt användes på ett sätt som inte överensstämmer med vad som allmänt gäller inom civilrätten.[159] Efter lagrådets synpunkter ändrades vissa bestämmelser på så sätt att begreppet kontrakt byttes ut mot begreppet upphandling. Regeringen påpekade att det är av avgörande betydelse om ett kontrakt omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde, att direktivens terminologi sedan länge är inarbetad och att det är viktigt att den nationella lagstiftningen ansluter till de begrepp som EU-domstolen använder vid tolkningen av direktiven. [160]

Det är inte ovanligt att bägge begreppen, dvs. både avtal och kontrakt, används i de svenska översättningarna av direktiv och domar från EU-domstolen när begreppet ”contract” är det som används genomgående i de engelska språkversionerna.[161]

Offentligt kontrakt är ett unionsrättsligt begrepp. Det följer enligt EU-domstolen av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten att om en bestämmelse i unionsrätten inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att definiera ett visst begrepp, ska detta begrepp i regel ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen. Denna tolkning ska göras med beaktande av det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer och det mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen.[162] När en unionsbestämmelse kan tolkas på flera sätt har EU-domstolen angett att företräde ska ges för den tolkning som är ägnad att säkerställa bestämmelsens ändamålsenliga verkan.[163] Hur parterna valt att benämna en överenskommelse saknar avgörande betydelse.[164] EU-domstolen har i flera fall framhållit att bedömningen av om det

[157] SOU 2014:51 och Ds 2014:25.
[158] Prop. 2015/16:195 s. 318.
[159] A.a. s. 319.
[160] A.a. s. 320.
[161] Se t.ex. den svenska respektive engelska språkversionen av ändringsdirektivet 2007/66/EG och EU-domstolens avgörande i målet C-399/98 Ordine degli Architetti m.fl.
[162] C-260/17 Anidoki punkt 25.
[163] C-434/97 kommissionen/Frankrike, punkt 21.
[164] C-536/07 Kommissionen mot Tyskland, punkt 54.

föreligger ett kontrakt eller inte i vissa fall kan behöva göras med beaktande av flera separata moment eller handlingar som tillsammans kan utgöra ett kontrakt, så kallad genomlysning.[165]

Det finns ett flertal avgöranden från EU-domstolen som rör begreppet offentligt kontrakt, övervägande delen avser begreppet byggentreprenadkontrakt och innebörden av det. Avgörandena om byggentreprenadkontrakt innehåller viktiga förtydliganden som kan appliceras på begreppet offentligt kontrakt.

Det finns även ett antal avgöranden från svenska domstolar som till viss del behandlar begreppet kontrakt. Det bör noteras att flera av dem rör frågan om olika typer av överenskommelser borde ha upphandlats eller inte och inte specifikt om det varit fråga om ett offentligt kontrakt.[166]

Utredningen har beställt en rapport i syfte att belysa kontraktsbegreppet inom upphandlingslagstiftningen.[167] Rapporten utgår från sex kriterier som ska vara uppfyllda för att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt. Dessa kriterier baseras i sin tur på EU-domstolens praxis.[168] Kriterierna eller förutsättningarna är kumulativa, dvs. samtliga måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt.

- Det ska vara ett avtal mellan två eller flera parter.
- Avtalet ska innebära att en överenskommelse har träffats mellan berörda parter.
- Avtalet ska röra en upphandlande myndighets anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad.
- Avtalet ska innebära att den upphandlande myndigheten gör ett val av leverantör (selektivitetskravet).
- Avtalet ska innehålla ekonomiska villkor vilket innebär att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag

[165] C-29/04 Mödling, punkt 40–42, C-451/08 Helmut Müller punkt 82 och C-51/15 Remondis, punkt 48. Se också Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2737-17, ej prövningstillstånd i Högsta Förvaltningsdomstolen.
[166] RÅ 2008 ref. 26.
[167] Fråga om vad som utgör ett sådant kontrakt som omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Promemoria av advokaten Erik Olsson och biträdande jurist Johan Falk, 29 december 2018, Bilaga 3.
[168] PM vilken hänvisar till EU public procurement law & self organization, Willem A Jansson, 2018.

och att det som anskaffas är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.

– Avtalet ska innehålla rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.

1 och 2. Avtal mellan två parter

Det ska till att börja med handla om ett avtal. Det måste därför finnas ett anbud och en motsvarande accept av detta anbud. En ensidig handling kan således inte utgöra ett upphandlingsrättsligt kontrakt. Avtalet ska ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter. Det innebär att överenskommelser inom samma juridiska person inte är ett kontrakt.[169] Inte heller alla avtal mellan enheter i den offentliga sektorn omfattas av upphandlingsregelverket såvida vissa villkor är uppfyllda.[170]

Ensidiga beslut omfattas inte av begreppet offentligt kontrakt. Vissa ensidiga beslut kan dock ändå omfattas av rättsmedelsdirektiven[171]. Som angetts ovan ställer rättsmedels-direktiven krav på att beslut ska kunna rättas i ett tidigt skede vilket innebär att de omfattar samtliga beslut, även ensidiga som fattas inom ramen för en upphandling.[172] Överprövning av ensidiga beslut är således möjligt. Detta innebär dock inte att ensidiga beslut som en upphandlande myndighet fattar om att *i framtiden* göra en tilldelning av ett kontrakt i sig är ett offentligt kontrakt eftersom sådana beslut inte innehåller rättsliga förpliktelser eller ekonomiska villkor, se nedan.[173]

De två parterna måste vara oberoende av varandra, de ska vara överens om kontraktsinnehållet samt kunna påverka villkoren i kontraktet.[174] Har leverantören p.g.a. lagstiftning inte någon möjlighet att påverka avtalsinnehållet vare sig beträffande leveranstidpunkt eller ersättningsnivån är det inte fråga om sådant oberoende som krävs. Då kan det i stället vara fråga om ett ensidigt myndighetsbeslut och inte ett avtal. EU-domstolen har dock i ett mål som rörde en

[169] Se t.ex. Konkurrensverkets ställningstagande om avtal mellan statliga myndigheter, 2018:1.
[170] Artikel 12 i LOU-direktivet, kallas ofta för interna kontrakt, in-house eller Teckal.
[171] 2007/66/EG, ändringsdirektivet.
[172] Artikel 1.1 ändringsdirektivet.
[173] Observera dock vad som ovan anförs om så kallad genomlysning.
[174] C-295/05 Tragsa, punkt 54.

myndighets köp av posttjänster från ett statligt bolag, vilket enligt lag var skyldigt att tillhandahålla posttjänster till alla som efterfrågade dem, ansett att detta inte var tillräckligt för att det inte skulle vara fråga om ett avtal.[175] Av det nya LOU-direktivet framgår numer att om en juridisk person, enligt tillämpliga bestämmelser i nationell lagstiftning, agerar som ett instrument eller en teknisk tjänst för vissa fastställda upphandlande myndigheter och är skyldig att utföra order från dessa upphandlande myndigheter utan inflytande över ersättningen för sin insats är det inte fråga om ett avtal.[176]

I direktivet anges också att ett offentligt kontrakt ska vara skriftligt. Hur detta krav ska tolkas saknas det praxis från EU-domstolen om. Kravet på skriftlighet anses dock inte innebära att kontraktet måste finnas i pappersform, utan kontrakt kan även bevaras med elektroniska medel. Det har hävdats att kravet ska förstås som ett formkrav i syfte att säkerställa transparens i upphandlingar.[177] I förarbetena till LOU anger regeringen att avsikten med skriftlighetskravet inte kan vara att upphandlingsreglerna inte ska tillämpas på muntliga avtal.[178] Detta är även en åsikt som framförts i doktrinen.[179]

3. Anskaffningskravet

Kontraktet ifråga ska också avse en anskaffning, dvs. utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållandet av tjänster som omfattas av direktivet. Det innebär att regelverket inte är tillämpligt vid bidragsgivning eller när en upphandlande myndighet agerar som säljare eftersom det då inte är fråga om en anskaffning. Eftersom reglerna bara gäller tjänster som omfattas av direktivet innebär det även, som ovan nämnts, att de endast gäller ovan vissa angivna tröskelvärden och att vissa tjänster är undantagna tillämpningsområdet.[180] Upphandlingsdirektiven ska, som angetts ovan, inte påverka

[175] C-220/06 Correos, punkt 54 och 85. I den svenska översättningen används begreppet avtal.
[176] Skäl 34 LOU-direktivet.
[177] The concept of a "public contract" within the meaning of the Public Procurement Directive, Carina Risvig Hamer, Upphandlingsrättslig tidskrift nr 3 2016, s. 186.
[178] Prop. 2015/16:195, s. 322.
[179] The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK, Volume 1, Third Ed., Prof Sue Arrowsmith, Thomson Reuters, 2014, s. 394.
[180] Se skäl 4 LOU-direktivet.

hur en medlemsstat väljer att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster.[181]

Enligt skälen till direktivet ska begreppet anskaffning förstås i vid mening. Om anskaffningen görs för ett offentligt ändamål saknar betydelse. Det framgår av artikel 1.2 i LOU-direktivet att det är fråga om en anskaffning oavsett om byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna har ett sådant ändamål eller inte.[182]

4. Val av leverantör – selektivitet

För att ett offentligt kontrakt ska föreligga krävs det att den upphandlande myndigheten har möjligheten att välja sin kontraktsmotpart. Det framgår av definitionen av begreppet upphandling i artikel 1.2 LOU-direktivet att den upphandlande myndigheten ska välja vilken leverantör som ska utföra tjänsten eller leverera varorna. EU-domstolen har fastslagit att urvalet av anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare ska anses vara ett grundläggande kriterium med avseende på offentlig upphandling och således för begreppet offentligt kontrakt i den mening som avses i direktivet.[183] Om ingen aktör ges ensamrätt är det enligt EU-domstolen inte nödvändigt att låta den upphandlande myndighetens agerande omfattas av upphandlingsdirektivet.[184]

Det innebär att andra sätt att utse leverantörer, t.ex. genom auktorisationssystem som innebär att alla leverantörer som uppfyller vissa på förhand angivna villkor, inte är upphandling och därmed inte kontrakt i upphandlingsrättslig mening.[185]

5 och 6. Ekonomiska villkor och rättsligt bindande skyldigheter

Kravet på ekonomiska villkor eller intresse innebär att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag.[186] Enligt EU-domstolen står det klart att ett sådant ekonomiskt intresse före-

[181] Skäl 6 och 7 LOU-direktivet.
[182] Se också C-126/03 Kommissionen mot Tyskland, punkt 18 och C-44/96 Mannesmann Anlagenbau, punkt 31 och 32.
[183] C-410/14 Falk Pharma, punkt 36–42.
[184] C-9/17 Tirkkonen, punkt 31.
[185] Jämför 1 kap. 1 § och 3 kap. 2 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV.
[186] C-451/08 Helmut Müller GmbH punkt 48 med hänvisningar.

ligger för den upphandlande myndigheten när myndigheten blir ägare till resultatet av kontraktet.[187] Även när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till föremålet för kontraktet, för att använda det eller dem för offentligt ändamål föreligger ett ekonomiskt intresse enligt EU-domstolen.[188]

Om en upphandlande myndighet däremot erhåller varor eller tjänster gratis av en leverantör är inte upphandlingsdirektiven tillämpliga.[189] Kravet på ekonomiska villkor förutsätter inte att mottagaren av ersättningen, dvs. leverantören, gör någon vinst. EU-domstolen har slagit fast att ett avtal inte kan undgå att omfattas av begreppet offentligt kontrakt enbart på grund av att ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna.[190] Vidare anses ersättning utgå om den upphandlande myndigheten avstår från att kräva in en avgift som annars skulle ha erlagts.[191] Även konkreta bidrag och förlusttäckning – såvida den upphandlande myndigheten erhåller en motprestation – kan vara ersättning.[192]

EU-domstolen har vidare i ett avgörande prövat om olika intäkter ett universitet erhållit var att betrakta som ersättning för avtalsenliga åtaganden eller utgjorde annan typ av finansiering.[193] De medel som universitet erhöll från lokala utbildningsmyndigheter som ersättning för vissa studenters undervisningsavgifter ansågs vara annan typ av finansiering än ersättning för en avtalsenligt åtagande eftersom det saknades avtalad motprestation.[194] Medel som universitetet erhåller som ersättning för konsultuppdrag eller för att organisera konferenser utgör däremot inte annan finansiering eftersom motparten har ett ekonomiskt intresse av att de genomfördes.[195]

De ömsesidiga skyldigheterna som följer av kontraktet ska även, för att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt, vara rättsligt bindande. Det innebär att parternas respektive fullgörande ska vara rättsligt verkställbara. EU-domstolen har i flera rättsfall poängterat att i begreppet ekonomiska villkor ingår att motparten ska vara skyl-

[187] C-451/08 Helmut Müller GmbH punkt 50.
[188] C-451/08 Helmut Müller GmbH punkt 51.
[189] Arrowsmith. s. 395.
[190] C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, punkt 29. Ersättningsnivån kan dock ha betydelse för om tjänsterna erbjuds på en marknad, se ovan avsnitt 6.3.
[191] C-399/98 La Scala, punkt 77–86.
[192] Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i C-220/05 Joan Auroux, punkt 57.
[193] C-380/98 University of Cambridge.
[194] A.a. punkt 24.
[195] A.a. punkt 24 och 26.

dig att utföra eller låta utföra det som är föremål för kontraktet.[196] Huruvida motparten utför kontraktet med egna medel eller av underleverantörer saknar betydelse.[197] Skyldigheterna som följer av kontraktet är enligt den svenska översättningen av domen rättsligt bindande när deras fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med bestämmelserna i den aktuella nationella rätten.[198] I den engelska översättningen av samma mål är formuleringen

> ... that obligation be legally enforced in accordance with the procedural rules laid down by national law.

Vad som avses är således att skyldigheten att fullfölja avtalet ska vara rättsligt verkställbar. Generaladvokaten har i sitt förslag till avgörande exemplifierat denna avtalsenliga skyldighet med att om motparten inte levererar i enlighet med avtalet finns det inget som hindrar att den nationella lagen föreskriver att avtalet ska hävas och tilldelas en annan leverantör och att motparten har rätt att kräva kompensation för förlust eller skada.[199]

Den upphandlande myndigheten ska således kunna kräva att tjänsten utförs och leverantören, när tjänsten utförs, fordra den avtalade ersättningen. Det är möjligt och mycket vanligt att förena även bidrag med villkor, t.ex. att mottagaren ska använda detta på visst sätt, inom en viss tid eller dylikt. Men det som skiljer bidrag från ett köp av tjänst är att effekten av om mottagaren inte använder bidraget på rätt sätt är att denne blir återbetalningsskyldig. Bidragsgivaren kan inte med stöd av sitt i regel ensidiga bidragsbeslut, kräva skadestånd. Inte heller kan myndigheten kräva att tjänsten utförs genom att begära verkställighet hos myndighet eller domstol.

Av avgöranden från svenska domstolar som rört kontraktsfrågan framgår ofta inte om de har bedömt de ekonomiska villkoren i avtalen och om fullgörandet är rättsligt verkställbart. I ett kammarrättsavgörande har domstolen menat att bl.a. ett aktieägaravtal inte innebar att det var fråga om en ”ren bidragssituation” utan att bolaget som aktieägaravtalet omfattade fick anses vara skyldigt att utföra de tjänster som definierats i det.[200] Om det var möjligt att kräva full-

[196] C-451/08, Helmut Müller punkt 60.
[197] A.a. punkt 61 m hänvisningar.
[198] A.a. punkt 63 vilket bekräftats i C-51/15 Remondis, punkt 43.
[199] Genereladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08, punkt 80.
[200] Kammarrätten i Göteborg i mål nr 295-18, överklagat till Högsta förvaltningsdomstolen.

görande av tjänsterna framgår inte. Detsamma kan emellertid också sägas om EU-domstolens avgöranden som ibland innehåller redogörelser för ekonomiska villkor utan att beröra om de medför rättsligt bindande skyldigheter för parterna.[201] Viss osäkerhet föreligger således beträffande innebörden av kriteriet rättsligt bindande skyldighet av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande är rättsligt verkställbart.

Sammanfattning

För att en överenskommelse ska vara ett offentligt kontrakt ska det således vara fråga om ett avtal mellan två eller flera parter vilka ska ha möjlighet att bestämma villkoren i avtalet, det ska röra en anskaffning som omfattas av upphandlingslagstiftningen, det ska innebära att den upphandlande myndigheten har gjort ett val av leverantör, det ska innehålla ekonomiska villkor och avtalet ska vara rättsligt verkställbart. Dessutom tillkommer att bedöma om överenskommelsen kan utgöra ett ramavtal eller en tjänstekoncession. Det behöver således göras en noggrann bedömning av en överenskommelses innehåll för att nå fram till om det är fråga om ett offentligt kontrakt eller om andra bestämmelser i upphandlingslagstiftningen kan bli tillämpliga. Samtidigt är det så att om en överenskommelse saknar något av kriterierna ovan, t.ex. inte innehåller ekonomiska villkor med skyldigheter som är rättsligt verkställbara är det inte ett offentligt kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Då kan det i stället vara fråga om en annan typ av avtal där den offentliga aktörens finansiering är att betrakta som ett bidrag. Här finns således en öppning för olika samverkansformer som bygger på tillit och ömsesidighet såsom idéburna offentliga partnerskap, utan att upphandlingsregelverket blir tillämpligt. Det bör dock noteras att annan lagstiftning, t.ex. reglerna om statsstöd kan påverka möjligheterna att ingå sådana partnerskap. Avsnitt 7.5 innehåller utredningens förslag rörande samverkan mellan idéburna och offentliga aktörer.

[201] Se t.ex. C-606/17 IBA Molecular Italy Srl, punkt 28–32.

6.4.3 Att reservera eller rikta upphandlingar till idéburna aktörer

I dag finns det möjligheter att reservera upphandlingar enligt LOU till arbetsintegrerande företag (artikel 20.1 i LOU-direktivet, genomfört i 4 kap. 18 § LOU) och för vissa tjänster till leverantörer som uppfyller angivna förutsättningar (artikel 77 LOU-direktivet, genomfört i 19 kap. 6 a § LOU). Många länder har genomfört dessa undantag i sin nationella lagstiftning. Utredningen har också undersökt om medlemsstater har infört ytterligare möjligheter att reservera eller rikta upphandlingar till idéburna aktörer eller motsvarande.

Reservationsmöjligheter i andra EU- och EES-länder

Norge arbetar med att ta fram en bestämmelse i sin upphandlingsförordning som innebär att det blir möjligt för upphandlande myndigheter att reservera upphandlingar till ideella organisationer.[202] Sådana upphandlingar ska annonseras och annonsen ska hänvisa till undantagsbestämmelsen. Kontrakt ska kunna reserveras till ideella organisationer om följande förutsättningar är uppfyllda:

1. Uppdragsgivaren kan reservera rätten till att delta i en upphandling av hälso- och socialtjänster (vilka dessa är finns i en bilaga) till ideella organisationer under förutsättning att det bidrar till att uppnå sociala syften, det offentligas bästa och budgetmässig effektivitet.
2. Ideella organisationer är organisationer som har ett uteslutande socialt syfte för det offentligas bästa och som återinvesterar eventuellt överskott i verksamheten.
3. I upphandlingsannonsen ska det finnas en hänvisning till bestämmelsen.

Beträffande det rättsliga utrymmet för detta undantag hänvisas till en rapport från 2017[203] samt till ett beslut från ESA från hösten 2017[204]. I rapporten anförs att det finns ett juridiskt utrymme även

[202] Høring – forslag til ny forskriftsbestemmelse om adgangen til å reservera anskaffelser av helse- og socialtjänester for ideelle organisasjoner, daterad 23 november 2018.
[203] Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og socialtjensester, Karin Fløistad, advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS 8 mars 2017.
[204] Beslut 154/17/COL.

inom de nya upphandlingsdirektiven att reservera kontrakt till ideella organisationer. Här anges att den upphandlande myndigheten ska värdera om det finns ett positivt samband mellan leverantörens ideella karaktär, tjänstens kvalitet och budgetmässig effektivitet. Leder detta test till ett sådant samband kan upphandling reserveras. Rapportförfattaren menar att en tolkning av EU-rätten inte bör utgå ifrån att samtliga undantag från en bestämmelse alltid är uttryckta i lagstiftningen. Hon menar att den nya enklare regimen för hälso- och socialtjänster i artiklarna 74–77 ska tolkas brett utifrån principerna om likabehandling och konkurrens. Det finns enligt henne flera exempel på att EU-rätten inte ska utgå från en allmän nationell tolkningstradition.[205]

ESA-ärendet rörde påstådd olovlig diskriminering av leverantörer genom det undantag som fanns i den norska upphandlingslagen fram till 2016 och om det var förenligt med det då gällande LOU-direktivet från 2004. Det tidigare undantaget gav upphandlande myndigheter rätt att direkttilldela kontrakt till ideella organisationer. ESA menade att EU-rätten inte hindrar stater från att gynna ideella organisationer i upphandlingar.[206] ESA jämförde de krav som EU-rätten ställer upp med den norska bestämmelsen och kom alltså fram till att den tidigare bestämmelsen var förenlig med EU-rätten. Regleringen i den norska lagen ansågs tillräckligt flexibel, den hanterade hur bedömningen ska göras om upphandlingen omfattar olika typer av tjänster och att den upphandlande myndigheten var gång ska göra en bedömning av om undantaget är tillämpligt. Vidare ansågs bestämmelsen inte hindra leverantörer från andra EES-länder så länge de är registrerade som ideella organisationer i sina respektive länder. Syftet med bestämmelsen var att säkerställa ett diversifierat erbjudande utformat för befolkningens olika behov för att skydda folkhälsan och social trygghet. Detta motiverade enligt ESA undantag från principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

Möjligheten att reservera kontrakt ansågs således redan finnas men författningsförslaget syftar till ett rättsligt förtydligande. Departementet för fram att det finns flera faktorer som motiverar användningen ideella leverantörer och att uppnå sociala ändamål för samhällets bästa.[207] Ett balanserat och tillgängligt tjänsteutbud av hög

[205] Se också EU-rättslig metod – Teori och genomslag i Svensk rättstillämpning, Jörgen Hettne, Ida Otken Eriksson (red.) Norstedts Juridik, 2011, upplaga 2:1, 158 ff.
[206] Med hänvisning till EU-domstolens avgörande i C-113/13 Spezzino.
[207] Høringen s. 10 f.

kvalitet säkras enligt förslaget bäst när det finns en kombination av offentliga, kommersiella och ideella leverantörer i en välfärdsmix vilket förslaget alltså syftar till.

Departementet har i avvaktan på att förslaget ska träda i kraft tagit fram en vägledning i syfte att stödja upphandlande myndigheter som önskar reservera upphandlingar under mellantiden.[208]

ESA, har initierat ett nytt tillsynsärende[209] vilket ännu inte har lett till beslut.

Italien har som tidigare nämnts en helt ny lagstiftning som rör den tredje sektorn, dvs. i stort sett de som betraktas som idéburna aktörer i Sverige, vilken trädde i kraft under 2016.[210] Lagen innehåller bestämmelser om olika samarbeten mellan offentliga organ och organisationer inom den tredje sektorn. En av samarbetsformerna är ett slags valfrihetssystem och det grundar sig på undantaget som finns för sådana system i LUK-direktivet.[211] Valfrihetssystemen finns beträffande personliga tjänster och marknaden anses svag med få eller inga privata vinstdrivande företag. Leverantörerna i systemen får endast ersättning för kostnaderna. Det finns också möjligheter att teckna kontrakt som avser sociala tjänster med organisationer som ingår i den tredje sektorn. Det är inte fråga om att direkttilldela kontrakt utan alla organisationer som ingår i sektorn får anmäla intresse och i slutändan tecknas kontrakt med en av dessa. Det är skäl 114 som enligt det ansvariga departementet ger denna möjlighet. Antikorruptionsmyndigheten arbetar med att ta fram en vägledning om möjligheterna till dessa former av samverkan som också kommer att innehålla de rättsliga förutsättningarna.

Inget av de undersökta länderna har resonerat kring icke- eller ekonomiska tjänster i relation till upphandlingslagstiftningen och utredningen har inte funnit att något EU- eller EES-medlemsland har någon lista eller liknande för vilka tjänster som de anser vara icke-ekonomiska respektive ekonomiska kopplat till upphandlingslagstiftningen.

---

[208] Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og socialtjänester for ideelle leverandører. Brosjyre/vejledning, 20.12.2017, Närings- og fiskeridepartementet.
[209] Case no: 81105 ESA.
[210] Codice del Terzo settore.
[211] Se avsnitt 6.5 samt kap. 9.

6.4.4 Det nationella handlingsutrymmet avseende offentlig upphandling

Slutsats

Det rättsliga utrymmet inom offentlig upphandling för välfärdstjänster kan sammanfattas i följande punkter.

- För kontrakt som avser hälso- och sjukvård, social omsorg och utbildningstjänster, dvs. sociala tjänster, som understiger tröskelvärdet om 750 000 euro har medlemsstaterna stor frihet att reglera hur sådana ska träffas.
- För samma tjänster som överstiger tröskelvärdet har medlemsstaterna möjligheter att ha egna förfaranderegler så länge de följer vissa principer. Rättsmedelsdirektiven gäller.
- Möjligheter finns att reservera upphandlingar till arbetsintegrerande företag. Denna är införd i LOU genom 4 kap. 18 §.
- Det är vidare möjligt att reservera upphandlingar som rör vissa tjänster till leverantörer som uppfyller angivna förutsättningar (artikel 77 LOU-direktivet genomfört i 19 kap. 6 a § LOU).
- Det kan finnas ytterligare rättsligt utrymme att reservera upphandlingar som rör sociala tjänster och andra särskilda tjänster till idéburna aktörer.
- För koncessioner gäller ett högre tröskelvärde om 5 3530 000 euro och medlemsstaterna har möjligheter att utforma förfaranden för sådana upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster vilka överstiger tröskelvärdet. Rättsmedlen är tillämpliga.
- Beträffande andra tjänster än sociala tjänster och andra särskilda tjänster gäller ett lägre tröskelvärde om 139 000 euro för statliga myndigheter och 214 000 euro för övriga upphandlande myndigheter. För kontrakt som överstiger tröskelvärdena gäller förfaranderegler na i upphandlingsdirektiven samt rättsmedelsdirektiven.
- CPV-terminologin, kategoriseringen av upphandlingsföremål, innehåller inte beskrivningar av sådana tjänster som utredningen valt att kalla integrations- och inkluderingstjänster. Dessa tjänster beskrivs i regel inte med avseende på deras innehåll utan på deras syfte. Detta innebär att vissa sådana tjänster kan vara sociala

tjänster och beroende på kontraktsvärdet därmed omfattas av den enklare regimen medan andra tjänster inte kommer att göra det.

- Andra överenskommelser än sådana som är upphandlingskontrakt eller tjänstekoncessioner omfattas inte av upphandlingsregelverket oavsett värde. Vilka tjänster som överenskommelserna rör saknar därmed relevans upphandlingsrättsligt.

Kapitel 8 innehåller utredningens förslag på hur det nationella utrymmet inom upphandlingsregelverket kan användas i syfte att öka andelen välfärdsverksamhet som idéburna aktörer tillhandahåller medborgarna.

6.5 Valfrihetsystem

I avsnitt 4.2.2 har utredningen översiktligt beskrivit valfrihetssystemen. Valfrihetssystem regleras i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, vilken trädde i kraft den 1 januari 2009. Därtill finns lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Den lagen omfattar tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet och upphandling ska genomföras i enlighet med LOV.

När LOV infördes ansåg lagstiftaren att dessa system var tjänstekoncessioner vilka inte omfattades av förfarandereglerna om upphandling.[212] En tjänstekoncession definierades då som ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men där ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten.[213] Regeringen la dels ett tolkningsmeddelande[214] avseende koncessioner publicerat 2000 av EU-kommissionen, dels en samling avgöranden från EU-domstolen till grund för sin bedömning. I det då gällande direktivet för den klassiska sektorn fanns endast definition av begreppet tjänstekoncession men inga förfaranderegler och rättsmedlen var

[212] Prop. 2008/09:29 s. 55 ff.
[213] 2 kap. 17 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, vilken har upphört att gälla.
[214] Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121.

ej tillämpliga på sådana.[215] Principen om icke-diskriminering skulle dock tillämpas vid tilldelning av tjänstekoncessioner.[216]

Under 2014 antogs ett direktiv om tilldelning av koncessioner, LUK-direktivet.[217] I detta och i det nya LOU-direktivet anges i skälen (4:e respektive 13:e skälet) att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden, inte ses som upphandling eller utgör koncessioner, utan ses som auktorisationssystem. I LUK-direktivet påpekas särskilt att systemen brukar grundas på ett beslut av en myndighet som definierar de öppna och icke-diskriminerande villkoren för de ekonomiska aktörernas kontinuerliga tillträde till systemen.

Kapitel 9 innehåller utredningens bedömningar och förslag som rör valfrihetssystem.

[215] Artikel 1.4 och 17 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, nu upphävt och ersatt.
[216] Enligt artikel 3 i direktiv 2004/18/EG.
[217] 2014/23/EU.

7 Utredningens bedömningar och förslag beträffande idéburet offentligt partnerskap

I kapitlet finns en redogörelse för bakgrunden till det som kallas idéburna offentliga partnerskap (IOP), utredningens förslag till kriterier för IOP samt utredningens bedömning av hur samverkansformen förhåller sig till EU-rätten.

7.1 Bakgrund

Tidigare utredningar, som exempelvis Välfärdsutredningen[1], har kommit fram till att samverkan genom partnerskap kan vara ett sätt för idéburna aktörer att utvecklas som utförare av tjänster inom det sociala området. Regeringen anser att det finns behov av att ta fram förslag på hur IOP kan utnyttjas i större utsträckning för att samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga ska främjas. Utredningen har därför i uppdrag att föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av samverkansformen IOP i syfte att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga.

Modellen har utvecklats av Forum – Idéburna organisationer med social inriktning (Forum). Syftet med modellen är att utveckla nya lösningar och samarbetsformer kring åtgärder mot sociala problem och utmaningar. De samarbeten som parterna har betecknat som IOP varierar stort till innehåll, omfång och syfte.

[1] SOU 2016:78.

7.1.1 IOP saknar en rättslig definition

Det finns ingen fastställd definition av vad IOP är. Enligt Forum är det en samverkansmodell mellan det offentliga och den idéburna sektorn. Forum har tagit fram samverkansformen i syfte att vara ett komplement till bidrag och upphandling. När IOP-formen används ska samverkan inte behöva följa villkor och krav som olika typer av bidragsgivning innebär och inte heller behöva upphandlas enligt formaliareglerna i upphandlingslagstiftningen. IOP ska, även det enligt Forum, ses som en samverkansform som inte bygger på marknadsmekanismer och kommersiella kontrakt, utan på ömsesidighet. Utgångspunkten för ett IOP-avtal är att en eller flera idéburna respektive offentliga aktörer, på den idéburna aktörens initiativ, gemensamt identifierar en samhällsutmaning där alla parter vill bidra till en lösning. Idén utgår från att de idéburna organisationerna bidrar med mervärden som inte är möjliga att varken upphandla eller skapa i den offentliga aktörens verksamhet i egen regi.[2]

Enligt Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) som har ett utvecklingsarbete kopplat till IOP är utgångspunkten för arbetet att IOP ska ge verktyg för att hantera komplexa frågor, bidra till innovativa lösningar samt tillvarata de särskilda mervärden som de idéburna organisationerna erbjuder.

Forum har tagit fram ett antal kriterier för IOP:[3]

- Verksamheten sker på initiativ av den idéburna organisationen,
- verksamheten är ett led i att förverkliga ett politiskt program eller plan där de idéburna organisationerna särskilt nämns,
- verksamheten kan inte ses som en del av föreningsbidraget,
- det finns inte en marknad eller konkurrenssituation att vårda,
- båda parter finansierar verksamheten (med pengar eller andra insatser),
- verksamheten detaljregleras inte från kommunens sida, och
- verksamheten avses bedrivas under en längre tid.

[2] Idéburet offentligt partnerskap En kunskapsöversikt, Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor.
[3] Se bland annat Forums konceptdokument 2010-09-15 Idéburet – offentligt partnerskap (IOP) och Handledning i ditt arbete med Idéburet Offentligt Partnerskap, Forum – idéburna organisationer med social inriktning 2017.

SKL har identifierat ett antal egna kriterier som delvis överensstämmer med Forums. Att verksamheten ska ske på initiativ av den idéburna aktören finns inte med bland SKL:s kriterier. Inte heller att det inte får finnas en marknad. SKL uttrycker det i stället som att partnerskapet inte är ett köp av en tjänst eller verksamhet, utan en samfinansierad insats eller verksamhet med ambitionen att utvecklas och fungera över tid. SKL anger vidare att det i en marknadssituation är angeläget att partnerskapet tydliggörs i skrift och handling som en samfinansierad och ömsesidig samverkansrelation.[4] SKL har även som ett kriterium att den offentliga respektive den idéburna aktören har ett gemensamt engagemang, ägarskap och styrning och att samarbetet avses utvecklas genom gemensam uppföljning, utvärdering och i gemensamma beslut.

Enligt Forum ingås ett IOP genom att parterna kommer överens om vilken verksamhet som ska bedrivas i partnerskapet, vilka mål och vilka ramar som ska gälla samt hur verksamheten ska finansieras.

7.1.2 Utredningen för ett stärkt civilsamhälle

I utredningens betänkande *Palett för ett stärkt civilsamhälle*[5] beskrivs bakgrunden till IOP och ett antal samarbeten med denna beteckning. I de IOP som den utredningen tog del av fanns vissa gemensamma inslag, bland annat syftet med partnerskapet (med fokus på långsiktighet och hållbarhet), den gemensamma värdegrunden som styr upprättandet av partnerskapet samt målgrupp och uppdrag som partnerskapet avser beskriva. Dessutom angavs hur partnerskapet skulle följas upp, de ekonomiska förutsättningarna samt vilken tidsperiod som partnerskapet omfattade. IOP beskrevs generellt som fleråriga, även om längden på de IOP som utredningen tog del av varierar.

Utredningen tog vidare upp vilka hinder som samarbetsformen stött på och vilka möjligheter och begränsningar ur ett juridiskt perspektiv som utredningen funnit.

Den största risken som utredningen lyfte är gränsdragningen mot upphandling. Om ett samarbete senare skulle visa sig vara upphandlingspliktigt har en direktupphandling skett, påpekar utredningen. Direktupphandling är en upphandlingsform som endast är tillåten i

[4] Utveckla idéburet offentligt partnerskap i kommuner, landsting och regioner. Rapport från utvecklingsarbetet 2017, Sveriges Kommuner och Landsting.
[5] SOU 2016:13.

vissa fall och en otillåten sådan kan leda till att myndigheten, kommunen eller landstinget kan bli föremål för sanktioner i form av upphandlingsskadeavgift och skadestånd. Även ogiltighetstalan kan komma på fråga.

Ett annan fråga som utredningen lyfte är kommunernas ansvar att styra och följa upp verksamhet finansierad med skattemedel. De skyldigheter som finns i kommunallagen (KL) innebär att en kommun ofta vill och behöver reglera samarbetet mer i detalj, vilket inte är avsikten med en IOP. Detta kan påverka möjligheten att använda IOP som samarbetsmodell. Om parterna upprättar ett mer utförligt avtal ligger det närmare till hands att det är att se som ett kontrakt som skulle ha upphandlats menar utredningen.

De kontakter med olika organisationer som utredningen för ett stärkt civilsamhälle redogör för visar att civilsamhällets stöd för IOP som samarbetsmodell är stort. Enligt utredningen finns det dock organisationer i civilsamhället som är mer tveksamma till IOP. De problem som då förts fram handlar om att IOP gynnar stora aktörer inom civilsamhället som har etablerade kontakter med det offentliga. Det är heller inte alltid transparent hur en IOP träffas. Därmed finns det risk för att organisationer med goda kontakter med exempelvis en kommun får möjlighet att teckna IOP medan andra stängs ute.

Utredningens betänkande redogör även för KL:s begränsningar rörande den kommunala kompetensen, dvs. inom vilka verksamheter som en kommun får samverka. Att EU-rättens statsstödsbestämmelser kan bli aktuella tas också upp samt upphandlingsregelverkets inverkan på möjligheterna att teckna IOP.

Utredningen bedömde att deras förslag att upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster[6] vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde och som inte har ett gränsöverskridande intresse undantas tillämpningsområdet för LOU kommer att underlätta för parterna att träffa IOP:er. Även Välfärdsutredningen, se nedan, föreslog liknande ändringar av LOU. Deras förslag omfattade dock färre tjänster.

[6] Räknas upp i bilaga 2 till LOU och är bland annat administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur, bidragstjänster, andra samhälleliga och personliga tjänster, tjänster i samband med religionsutövande, hotell- och restaurangtjänster, juridiska tjänster (i den mån de inte omfattas av andra undantag), samhällstjänster, internationella tjänster, posttjänster samt diverse tjänster (regummering av däck och smedtjänster).

7.1.3 Välfärdsutredningen

Välfärdsutredningen föreslog i betänkandet *Ordning och reda i välfärden*[7] att Upphandlingsmyndigheten och Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor skulle få i uppdrag att gemensamt utarbeta en vägledning för hur samverkan mellan det offentliga och idéburna organisationer kan utvecklas genom ingående av idéburna offentliga partnerskap. Utredningens bedömning var att IOP som samverkansform mellan det offentliga och den idéburna sektorn underlättar för idéburna aktörer att utvecklas och möjliggör en mer framskjuten roll för dessa aktörer som utförare av tjänster inom det sociala området. Ingående av IOP ger också enligt utredningen utrymme för samarbete mellan det offentliga och idéburen sektor i syfte att utveckla nya arbetsmetoder. Utredningen bedömde vidare att möjligheterna att ingå sådana partnerskap ökar genom det undantag i den nya lagen om offentlig upphandling som utredningen föreslog, för upphandling av välfärdstjänster vars värde understiger tröskelvärdet och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Välfärdsutredningen konstaterade att IOP beskrivs som ett alternativ mellan bidrag och offentlig upphandling. Utifrån de förutsättningar som Forum uppställt kan enligt utredningen konstateras att partnerskapen har många likheter med vad som gäller för en bidragssituation. Som framgått finns dock skillnader, bland annat vad gäller ansvarsfördelning och frågor om kontroll och uppföljning, liksom hur utförandet av tjänsten regleras mellan parterna. Det är dessutom enligt Forum ett av kriterierna för att ett IOP ska kunna ingås att det inte är fråga om något föreningsbidrag.

Enligt Välfärdsutredningen påverkas bedömningen när det gäller upphandlingsrätten av hur överenskommelsen i fråga utformats. Vissa centrala välfärdstjänster är obligatoriska för kommuner och landsting att tillhandahålla. Utförandet av sådana tjänster kräver detaljreglering i avtal eftersom de ska uppfylla vissa krav i lagstiftningen och i och med det måste tjänsterna sannolikt upphandlas.

Med hänsyn till att förutsättningarna varierar såväl avseende samarbetsformer som verksamheter var det enligt utredningens bedömning inte möjligt att generellt ange om modellen är förenlig med bland annat upphandlingsrätten. En sådan bedömning måste därför ske i det enskilda fallet, utifrån vilken verksamhet som avses och de

[7] SOU 2016:78.

specifika förutsättningarna som gäller i varje partnerskap. Bedömningen blir också beroende av hur parterna valt att reglera frågor om bland annat utförandet av tjänsten, ansvarsfördelning samt kontroll och uppföljning.

Välfärdsutredningen såg positivt på användandet av IOP som samverkansform mellan kommuner och det civila samhället. Samverkan genom IOP, som grundas på ett gemensamt behov och syfte, bidrar enligt utredningen med unika kvaliteter och bör bättre tas tillvara. Välfärdsutredningen föreslog (liksom utredningen för ett stärkt civilsamhälle) att upphandlingar av vissa tjänster inom välfärdsområdet[8] som ligger under tröskelvärdet och som saknar ett gränsöverskridande intresse, inte skulle omfattas av nya LOU.

En ytterligare åtgärd skulle enligt utredningen kunna vara att lagstifta om IOP. Välfärdsutredningen ansåg dock att det är svårt att reglera detta område. En sådan lagstiftning måste beakta både statsstöd-, kommunal- och upphandlingsrätten. En lagstiftning riskerar att bli både onödigt begränsande och vag och därmed inte bidra till en positiv utveckling. Enligt utredningen borde i stället arbete ske med att genom olika former av vägledningar ge kommuner och landsting stöd i hur man kan utforma praktiska lösningar som är i överensstämmelse med lagstiftningen.

De remissinstanser som svarade på förslagen om uppdrag till Upphandlingsmyndigheten och MUCF var i huvudsak positiva eller neutrala men flera förde fram önskemål om en lag eller ramlag rörande IOP. Flera remissinstanser efterfrågade mer konkreta förslag rörande IOP. Upphandlingsmyndigheten menade att det saknades behov av ett regeringsuppdrag eftersom uppgiften inrymdes i ordinarie uppdrag. MUCF ansåg att uppdragen till myndigheterna borde ha ett längre tidsperspektiv och finansieras särskilt. Myndigheterna har inte fått några sådana särskilda regeringsuppdrag.

7.1.4 Kartläggning Mistra Urban Futures, juni 2018

På uppdrag av Nationellt organ för dialog och samråd mellan regeringen och det civila samhället, NOD (tidigare benämnd Överenskommelsen inom det sociala området) har Kerstin Hemström, forskare på Mistra Urban Futures vid Chalmers Tekniska Högskola, i samarbete

[8] Här avses hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster.

med Anna-Karin Berglund, SKL, studerat hur svenska kommuner och regioner samverkar med civilsamhället i praktiken.[9] Studien utgår från en enkät som 192 kommuner och 17 regioner besvarat under det första kvartalet 2018. Det innebär en svarsfrekvens om 66 procent för kommunerna och 85 procent för regionerna. Rapporten utgår från den offentliga organisationens perspektiv. Enkäten utgick från tre övergripande frågor:

- Med vilka delar av civilsamhället samverkar de?
- Vilka samverkansrelationer finns?
- Finns det tecken på att kommuner och regioner organiserar sig för långsiktig samverkan med civilsamhällets organisationer?

Av svaren framkommer att det är vanligt för såväl kommuner som regioner att samverka och stödja civilsamhälleorganisationer med inriktning mot kultur samt rekreation och idrott. Därefter samverkan som rör barn och ungdom, äldre och pensionärer, personer med funktionsnedsättning och folkhälsa. För bägge grupperna, framför allt för kommunerna, förefaller det också vara viktigt att samverka med civilsamhället i arbetet med flyktingar och/eller nyanlända. Vidare anger både kommuner och regioner att de ser behov av att utveckla samverkan med föreningar och sammanslutningar med inriktning mot Agenda 2030 och hållbar utveckling. Regionerna uppger att de ser behov av samverkan inom områdena jämställdhet och social trygghet.

Enligt rapporten är variationen av samverkansformer stor. De vanligaste formerna av samverkan inom kommunsektorn är dialog och samverkan rörande stöd- och bidragssystem eller förutsättningar för att verka i civilsamhället samt avtal om drift. För regionerna gäller dialog och samråd för att fånga upp synpunkter i en politisk beslutsprocess och dialog/samråd angående stöd- och bidragssystem eller förutsättningar för att verka i civilsamhället.

Cirka 60 procent av kommunerna och regionerna svarade att de har styrdokument i form av policy, plan, avsiktsförklaring eller dylikt som rör samverkan med civilsamhället. Det är mer vanligt i storstäderna än i gruppen som bestod av större respektive mindre städer. Omkring hälften av de som besvarade enkäten angav att de samverkar med civilsamhället genom överenskommelser om generella

[9] Samverkan med civilsamhället – En kartläggning av hur Sveriges kommer, landsting och regioner samverkar med Civilsamhällets organisationer, Överenskommelsens kansli juni 2018.

principer/spelregler för samverkan vilka tagits fram i dialog med civilsamhället.

Ungefär en femtedel av respondenterna angav att de samverkar med civilsamhället genom partnerskap och lika många att de samverkar genom beslutsorgan/styrgrupp där civilsamhällets organisationer är medbeslutande. Totalt angav 34 kommuner och fyra regioner att de har partnerskap (troligen avses idéburet offentligt partnerskap). Enligt rapportförfattarna kan varje kommun och region ha flera partnerskap.[10] Det är något mer vanligt att samverkan sker genom att en kommun och civilsamhället är jämbördiga medlemmar i en förening som t.ex. LEADER/LAG-grupp eller Biosfärområde än i ett partnerskap.[11]

Vidare angav tre fjärdedelar av de svarande kommunerna och ungefär hälften av regionerna att de planerar eller har för avsikt att utveckla stöd och/eller samverkan med civilsamhällets organisationer inom de tre närmaste åren.

7.1.5 Vilka är parterna?

Det är vanligast med IOP:er mellan kommuner och idéburna aktörer men det finns även flera exempel där regioner ingår som part.[12] Många kommuner har tagit fram styrdokument eller, riktlinjer som syftar till att stödja beslutsfattare vid ingående av IOP. Som exempel kan nämnas Linköpings kommun[13], Kungälvs kommun[14], Botkyrka kommun, Borås kommun, Stockholms kommun[15], Göteborgs kommun, Sotenäs kommun[16] och Karlshamns kommun. Det är mer ovanligt med sådana riktlinjer inom regionerna. Region Skåne har dock en överenskommelse med paraplyorganisationen Idéburen sektor Skåne.[17]

När det gäller statliga myndigheter är Arbetsförmedlingen Huddinge–Botkyrka–Salem part i en IOP.[18] Överenskommelsen,

[10] En vanlig siffra som brukar anges är att det totalt finns cirka 200–300 IOP:er.
[11] Exempel på olika lokala samverkansformer.
[12] Uppgifterna kommer i huvudsak från Forums webbsida.
[13] Antaget av kommunstyrelsen 2017-01-17 § 29.
[14] Antaget av kommunstyrelsen 2017-06-21, § 227/2017.
[15] Dnr 171-84/2017.
[16] Antaget av kommunstyrelsen 2018-05-30 dnr 2018-000349.
[17] Senast uppdaterad 2018-02-26.
[18] Tillsammans med Botkyrka kommun, Hela Människan Huddinge–Botkyrka–Salem, Botkyrka folkhögskola och Studieförbundet Bilda Öst.

Kvinna i Botkyrka, är en samverkan för att främja utrikesfödda kvinnors ökade möjligheter till ett livslångt arbetsliv och ökat livsutrymme. Arbetsförmedlingens innovationscenter är även part i en IOP – Hack for Sweden – tillsammans med föreningen Ingenjörer utan gränser. Inför tecknandet av avtalet fick Arbetsförmedlingen ett uppdrag från regeringen att som projektledare genomföra Hack for Sweden där det bland annat framgick att man kunde utreda och pröva nya upphandlings- och samverkansformer såsom idéburet offentligt partnerskap.[19]

Bland de idéburna aktörerna är variationen stor. Förutom de ovan nämnda finns flera ideella organisationer som FC Rosengård som har ett samarbete med Malmö kommun, Psoriasisförbundet har IOP tillsammans med Region Skåne, ett antal Fontänhus[20] har IOP:er på flera orter inom Region Skåne, Individuell människohjälp har samarbete med bland annat Stockholms kommun, KFUM har IOP med Västerås kommun och RFSL och RFSU har IOP med Region Skåne. Andra ideella organisationer som har IOP är Tjejers rätt i samhället som har IOP med Uppsala kommun och föreningen Uppsök Sverige med Malmö kommun.

Röda korset är också part i ett flertal IOP:er med såväl kommuner som regioner som part. Det finns flera IOP:er mellan kvinnojourer och kommuner. Flera studieförbund, såsom Bilda Svealand, Bilda Sydöst och Vuxenskolan har också IOP runtom i landet. Stiftelser som Berättaministeriet och Fryshuset är också parter i IOP:er. Det är vanligt att det ingår flera idéburna aktörer i samma IOP. Utredningen har inte funnit något exempel på en IOP där den idéburna aktören är ett aktiebolag.

7.1.6 Vilka välfärdstjänster rör samarbetena?

PwC genomförde under 2016 en enkätundersökning om IOP som främst riktade sig till stora och medelstora kommuner.[21] De 16 kommuner som svarade att de ingått avtal om IOP angav att partnerskapen hade tecknats inom följande områden: barn och ungdom, arbetsmarknad, missbruk, brottsoffer, asylsökande, EU-migranter, invandrare med uppehållstillstånd, skola, äldre, funktionsnedsätt-

[19] Regeringsbeslut Fi2018/01235/DF.
[20] En ideell organisation som arbetar med rehabilitering för människor med psykisk ohälsa.
[21] PwC (2016) Idéburet offentligt partnerskap – en bild av nuläget juli 2016.

ning, hemlöshet och kvinnojoursverksamhet. De partnerskap som finns länkade på Forums webbsida omfattar en mängd olika verksamheter.[22] Utöver tidigare nämnda finns bland annat friskvård, frivilliga på sjukhus, sexualterapeutisk mottagning, suicidprevention samt stöd till barn, unga och kvinnor som riskerar att utsättas för hedersrelaterat våld och förtryck. Många partnerskap rör alltså olika former välfärdstjänster. I kapitel 3 redogör utredningen för vad som inom denna utrednings uppdrag betraktas som välfärdstjänster.

Idéburna aktörer har i många fall verksamhet som kommunerna inte måste tillhandahålla eller känner till behovet av. KL och specialagstiftningen ger kommuner vissa möjligheter men även skyldigheter att tillhandahålla tjänster. Socialtjänstlagen är en av de lagar som ger kommunerna skyldigheter.

7.1.7 Alingsås-målet

I ett mål mellan Konkurrensverket och Alingsås kommun ansökte Konkurrensverket om att kommunen skulle påföras en upphandlingsskadeavgift enligt bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten[23] bedömde att kommunens förfarande i samband med tecknandet av ett avtal om bland annat driften av ett vård- och omsorgsboende utgjorde offentlig upphandling av tjänster. Upphandlingen hade inte genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU. Domstolen biföll därför Konkurrensverkets ansökan om att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 5 miljoner kronor. Kommunen överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten som avslog överklagandet. Kommunen har även överklagat kammarrättens dom och ansökt om och fått prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen.

Bakgrunden till målet är att Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni den 30 juni 2016 ingick ett avtal benämnt överenskommelse om ett idéburet offentligt partnerskap. Syftet med partnerskapet var enligt avtalet att skapa förutsättningar för en sammanhållen vårdkedja för personer med demenssjukdom. De verksamheter som ingick i partnerskapet var vård- och omsorgsboendet Ginstgården, hemtjänst, förebyggande insatser och demensvård i primärvården.

[22] www.socialforum.se/om-forum-2/ideburetoffentligt-partnerskap/iop-listan
[23] Förvaltningsrättens i Göteborg dom den 29 juni 2018 i mål nr 7530-17.

Stiftelsen skulle ansvara för driften av Ginstgården, för en vårdkoordinator och för samverkan med frivilligorganisationer. För detta erhöll stiftelsen en årlig ersättning med ett visst belopp.

Kommunen anförde att avtalet avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. Eftersom en upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av EU:s inremarknadsregler omfattas den enligt kommunen inte heller av LOU.[24]

Förvaltningsrätten fann dock att avtalet mellan kommunen och stiftelsen avsåg tjänster enligt artikel 57 i EUF-fördraget och därmed också enligt LOU. Förvaltningsrätten fann vidare att det var fråga om ett avtal med ekonomiska villkor och att förutsättningarna för att det ska vara fråga om ett kontrakt i LOU:s mening var uppfyllda. Kommunens åtgärd att teckna avtal med stiftelsen och därigenom tilldela stiftelsen ett kontrakt utgjorde därmed en offentlig upphandling. Eftersom avtalet mellan kommunen och stiftelsen innehöll ekonomiska villkor och reglerade tjänster av ekonomisk karaktär var det enligt förvaltningsrätten inte fråga om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.

Kammarrätten[25] konstaterade att för att reglerna om offentlig upphandling ska vara tillämpliga krävs det att förfarandet mellan kommunen och stiftelsen utgör en offentlig upphandling av tjänster. Liksom förvaltningsrätten fann kammarrätten att det var fråga om sådana prestationer som normalt utförs mot ersättning enligt definitionen i artikel 57 EUF-fördraget. Det fanns enligt kammarrätten i avtalet mellan kommunen och stiftelsen en tydlig koppling mellan stiftelsens prestationer och den ersättning som utgick från kommunen. Kammarrätten bedömde därför att det, även om överenskommelsen betecknats som ett idéburet offentligt partnerskap, var fråga om köp av tjänster.

Eftersom det enligt kammarrätten finns en marknad för att erbjuda såväl äldreomsorg som övriga tjänster som omfattas av avtalet, är det fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av den fria rörligheten. Kammarrätten konstaterar således dels att det är fråga om en tjänst enligt artikel 57 och därmed enligt LOU, dels att denna tjänst (eftersom det finns en marknad) är av ekonomiskt slag.

---

[24] Upphandlingen påbörjades när det äldre direktivet 2004/18/EG och tidigare gällande LOU var i kraft.

[25] Kammarrättens i Göteborg dom den 8 maj 2019 i mål nr 3556-18.

Detta rättsfall har skapat en oro hos offentliga aktörer när det gäller de rättsliga förutsättningarna för att kunna ingå idéburna offentliga partnerskap. SKL har i en skrift till Högsta förvaltningsdomstolen[26] anfört att det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att domstolen prövar målet då frågan om vad som på upphandlingsområdet utgör en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse enligt förbundet är av fundamental betydelse.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 1 oktober 2019 meddelat prövningstillstånd såvitt avser frågan om ett avtal, om bland annat driften av ett äldreboende, som har ingåtts mellan en kommun och en stiftelse inom ramen för ett s.k. idéburet offentligt partnerskap omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Den i Alingsåsmålet aktuella situationen faller dock utanför utredningens definition av idéburet offentligt partnerskap (se nedan avsnitt 7.2.4).

7.2 Vad kännetecknar idéburna offentliga partnerskap

Utredningens bedömning: Följande är utmärkande för ett idéburet offentligt partnerskap inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet:

1. Partnerskapet är ett samarbete mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna aktörer i välfärden.
2. Det syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål.
3. Såväl den offentliga som den idéburna aktören bidrar med resurser.

Som framgått inledningsvis i detta kapitel har såväl Forum som SKL tagit fram ett antal punkter som beskriver vad som enligt deras uppfattning kännetecknar ett idéburet offentligt partnerskap. Utredningen har analyserat befintliga beskrivningar av vad som utgör ett IOP och gått igenom ett antal samarbeten där benämningen används.

Utifrån en analys av syftet med partnerskapen och de EU-rättsliga förutsättningarna finner utredningen att ett idéburet offentligt

[26] Inlaga till Högsta förvaltningsdomstolen, Målnr. 3165-19.

partnerskap inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet kan sammanfattas enligt följande:

- Partnerskapet är ett samarbete mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna aktörer i välfärden.
- Det syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål.
- Såväl den offentliga som den idéburna aktören bidrar med resurser.

Nedan följer en redogörelse för vart och ett av dessa kriterier samt utredningens bedömning avseende offentliga kontrakt. Sist i kapitlet finns en schematisk bild över hur dessa kriterier och de EU-rättsliga regler som rör statsstöd, kan tillämpas.

7.2.1 Ett samarbete på lika villkor

Ett partnerskap ska bygga på ett gemensamt samverkansbehov. Partnerskapet bygger på insikten om att det behövs flera perspektiv och flera olika typer av resurser för att lösa problem, framför allt mer komplexa problem. Detta synsätt ligger i linje med Agenda 2030 där mål och delmål beskrivs som integrerade och odelbara. I regeringens handlingsplan[27] anges bland annat: ”De samhällsutmaningar som Agenda 2030 innebär kommer att kräva en närmare samverkan mellan den offentliga sektorn och civilsamhället. Under senare år har intresset för organiserad samverkan genom idéburna offentliga partnerskap (IOP) ökat kraftigt, inte minst i kommunerna.”

I partnerskapet ska den offentliga parten och den idéburna organisationen ha ett gemensamt engagemang och ett gemensamt ansvar för att nå det gemensamt formulerade målet. Varje part ska ansvara för och styra sina egna verksamheter men har samtidigt förbundit sig att anpassa dessa för att nå målen. Det handlar således om en ömsesidig samverkansrelation.

Denna samverkansform har möjlighet att ta tillvara idéburna aktörers särart i arbetet med komplexa samhällsutmaningar. Grunden för att överväga ett idéburet offentligt partnerskap bör vara att det finns ett intresse för samarbete mellan den offentliga aktören och en eller flera organisationer. Detta intresse kan röra en eller flera verksamheter som redan bedrivs men det kan också handla om att bygga upp

[27] Handlingsplan Agenda 2030 – 2018–2020, s. 64.

en verksamhet i organisationerna i syfte att möta en samhällsutmaning, exempelvis förbättrad integration.

Till skillnad från en offentlig upphandling har överenskommelsen inte formen av ett kommersiellt avtal med t.ex. detaljreglering och sanktioner eftersom IOP är en samverkansform som bygger på tillit och syftet att uppnå ett visst samhälleligt mål.

För vissa typer av IOP:er kan dock statsstödsregelverket kräva en mer detaljerad reglering, se nedan.

7.2.2 Ett eller flera allmännyttiga mål

Syftet med ett idéburet offentligt partnerskap ska vara att uppnå ett eller flera allmännyttiga mål. Detta kan omfatta en mängd olika sorters verksamheter som syftar till att lösa samhällsutmaningar av olika slag. Med allmännyttiga mål avses i detta sammanhang inte samma sak som allmännyttiga ändamål i inkomstskattelagen. Sådana verksamheter som i EU-sammanhang benämns tjänster av allmänt intresse syftar till att uppnå allmännyttiga mål. I kommunallagen används uttrycket allmänt intresse, se avsnitt 7.2.5. Frågor som är särskilt lämpade för partnerskapssamarbete med civilsamhället är ofta komplexa, dvs. det finns inte några färdiga lösningar eller tjänster som kan köpas. Komplexa problem kräver att berörda aktörer möts för att tillsammans söka lösningar. Exempel på sådana utmaningar kan vara att ensamheten och ohälsan ökar bland äldre, att arbetet med hållbar utveckling och Agenda 2030 förutsätter samarbete mellan en mångfald av aktörer, eller att barn och unga i utsatta områden riskerar att hamna i kriminalitet eller missbruk. De allra flesta av dagens befintliga IOP:er fokuserar på någon form av socialt inriktat arbete.

7.2.3 Båda parter bidrar med resurser

En faktor som skiljer ett idéburet offentligt partnerskap från vissa andra former av verksamhet med offentlig finansiering är att såväl den idéburna som den offentliga parten i ett IOP på något sätt bidrar med resurser till verksamheten. Detta bidrag kan se ut på olika sätt. Det behöver inte vara fråga om pengar utan kan exempelvis bestå av att den idéburna parten bidrar med ideellt arbete, erfarenhet och

särskild kompetens eller att någon av parterna bidrar med lokaler eller administrativa resurser.

Detta kriterium lyfter fram den idéburna partens särart och de mervärden som denna kan bidra med i partnerskapet. Det kan även bidra till att parterna blir mer jämbördiga i samverkansrelationen.

7.2.4 Ett partnerskap får inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen

Utredningens bedömning: Partnerskapet får inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession.

Ingåendet av ett IOP får inte innebära en anskaffning av en tjänst genom tilldelning av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession. Det får inte heller innebära att ett ramavtal tecknas. Är omständigheterna sådana att det i själva verket är fråga om att en offentlig aktör köper en tjänst genom tilldelning av ett offentligt kontrakt eller ingår ett ramavtal så är det inte ett partnerskap. I ett sådant fall ska upphandlingsregelverket tillämpas. Ett IOP är i första hand en samverkansform som bygger på tillit och som inte utformas som ett kommersiellt avtal med ömsesidiga reglerade skyldigheter.

I kapitel 6 har utredningen redogjort för vad som är ett offentligt kontrakt i upphandlingsrättslig mening.[28] Begreppet kontrakt används både som det sätt som en upphandling är tänkt att avslutas på men även för att avgränsa tillämpningsområdet. Ett kontrakt är enligt 1 kap. 15 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

Utifrån EU-domstolens praxis kan det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet delas in i sex punkter vilka beskrivs mer utförligt i avsnitt 6.4.2.[29] Det ska till att börja med vara fråga om ett avtal mellan två eller flera parter, som innebär att en överenskommelse träffas mellan berörda parter och som rör en upphandlande myndighets

[28] Se avsnitt 6.4.2.

[29] Fråga om vad som utgör ett sådant kontrakt som omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Promemoria av advokaten Erik Olsson och biträdande jurist Johan Falk, 29 december 2018, Bilaga 3.

anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad. Vidare ska det vara fråga om att den upphandlande myndigheten gör ett val av leverantör. De punkter som är av störst betydelse för ett IOP och som kräver en utförlig bedömning är att avtalet ska innehålla ekonomiska villkor samt att avtalet ska innehålla rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.[30] Om ett avtal inte innehåller ömsesidiga skyldigheter som är rättsligt verkställbara kan det således i stället vara fråga om något annat än ett offentligt kontrakt, t.ex. del av finansieringen i ett IOP.

För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor ska den upphandlande myndigheten erhålla en prestation mot vederlag och det som anskaffas ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Av praxis från EU-domstolen kan utläsas att det som skiljer finansiering från ersättning för tjänst är dels att det vid ersättning finns en avtalsenlig motprestation knuten till utbetalningarna och dels att den upphandlande myndigheten har ett ekonomiskt intresse av att denna motprestation fullföljs.[31]

Vidare har EU-domstolen ansett att det finns ett sådant ekonomiskt intresse när den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av kontraktet eller när den upphandlade myndigheten får tillgång till föremålet för kontraktet för att använda det för ett offentligt ändamål.[32] Huruvida motparten gör någon vinst eller inte saknar betydelse.[33] Sammanfattningsvis innebär kravet på ekonomiskt intresse att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag.

Det krävs även att avtalet i fråga medför rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande är rättsligt åberopbart. [34] Vid ett köp kan köparen, dvs. den som betalat ersättning, göra gällande att den som mottagit ersättningen är skyldig att utföra de avtalade tjänsterna. Vid annan typ av utbetalning, såsom vid bidragsgivning, kan en sådan skyldighet inte göras gällande. Det innebär att vad den ena parten kan kräva av den andra om denne inte fullföljer vad denne åtagit sig är av vikt vid bedömningen av om det är ett kontrakt eller någon annan form av finansiering exempelvis

[30] Det bör noteras att vad parterna kan föra fram som bevisning blir centralt vid en eventuell domstolsprocess eftersom det kommer att vara domstolen som i sådana fall avgör hur ett avtal ska tolkas.
[31] C-980/98 University of Cambridge, punkt 24–26.
32 C-451/08 Helmut Müller, punkt 50 och 51.
33 C-15911 Azienda Sanitaria Lockae di Lecce, punkt 29.
[34] C-451/08 Helmut Müller, punkt 63 och C-51/15 Remondis, punkt 43.

genom bidrag.[35] Om det saknas en avtalsstadgad och åberopbar skyldighet att genomföra en prestation som omfattas av upphandlingsreglerna är det inget offentligt kontrakt och upphandlingsreglerna äger inte tillämpning. Det innebär att det är genom avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören som leverantören åtar sig en skyldighet att genomföra prestationen. Det saknar betydelse härvidlag om myndigheten i fråga är övertygad om att avtalsparten kommer att utföra den aktuella prestationen.

Genom att ingå ett idéburet offentligt partnerskap i stället för att genomföra en upphandling enligt LOU förlorar den offentliga parten alltså möjligheten att kräva fullgörelse, eller rättelse av fel, men det är just detta som skiljer ett samverkansprojekt från ett kommersiellt avtal. Om den offentliga aktören ser att det finns behov av den typen av villkor är det inte lämpligt att ingå ett IOP utan något annat förfarande bör användas. Ett IOP bygger som ovan nämnts på tillit mellan samverkansparterna.

Utredningen menar att det är en väsentlig del av syftet med och karaktären av ett IOP att det bygger på ömsesidighet och tillit och inte detaljerade bindande kontraktsvillkor.

Enligt 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453), får en kommun sluta avtal med en enskild person, fysisk eller juridisk, om att utföra kommunens uppgifter inom socialtjänsten. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får dock inte överlämnas med stöd av bestämmelsen. Att sluta avtal med annan enligt denna bestämmelse innebär dock inte att det är fråga om ett offentligt kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. I vissa fall kan det vara lämpligt att reglera innehållet i en tjänst på en sådan nivå att det blir fråga om ett kontrakt, medan det i andra fall kanske inte behövs.[36] Det är en bedömning som kommunen måste göra i varje enskilt fall.

Med den definition av ett IOP som utredningen har valt skulle avtalet mellan Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni, som redogjorts för under avsnitt 7.1.7, inte betecknas som ett idéburet offentligt partnerskap. Enligt kommunen är nämligen prestationerna enligt avtalet i det målet i och för sig är av en sådan bindande och preciserad art att avtalet utgör ett kontrakt enligt upphandlingslag-

[35] Observera att en bedömning av en överenskommelses innehåll i förhållande till reglerna om tjänstekoncessioner också kan behöva göras, se avsnitt 6.4.1 samt 6.4.2.
[36] Det har även införts en skyldighet i kommunallagen för kommuner och regioner att kontrollera och följa upp verksamhet som bedrivs av privata utförare.

stiftningen.[37] Tvistigt i det målet är endast frågan om tjänsternas karaktär som ekonomiska eller icke-ekonomiska. De flesta befintliga IOP:er som utredningen har granskat är dock sådana att de, enligt utredningens bedömning, inte utgör offentliga kontrakt.

Om Högsta förvaltningsdomstolen skulle finna att det finns ett utrymme för att avtal som i och för sig utgör offentliga kontrakt ändå inte omfattas av upphandlingslagstiftningen därför att de rör icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse så kan det finnas möjlighet till samverkan även i form av sådana kontrakt mellan offentliga och idéburna aktörer. Den typen av kontrakt skulle dock inte omfattas av den definition av IOP som utredningen har valt.

7.2.5 Kommuner och regioner

I 2 kap. KL regleras den grundläggande kommunala kompetensen. Ett antal paragrafer uttrycker vad kommuner och regioner får göra och på vilket sätt. För att kommunerna och regionerna ska få ha hand om en angelägenhet krävs enligt 2 kap. 1 § KL att det är av allmänt intresse att kommunen eller regionen har hand om den. Det som avgör om en angelägenhet är av allmänt intresse är om det kan anses vara ett allmänt, samhälleligt och till det egna området knutet intresse att kommunen eller regionen vidtar en åtgärd. Denna fråga får bedömas med utgångspunkt i om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller regionen befattar sig med angelägenheten. Allmänintresset förutsätter inte att det finns ett kvantitativt betydande behov. Om det kan anses vara ett allmänt intresse att en kommun eller en region har hand om en angelägenhet, får kommunen eller regionen ha hand om den även om åtgärden bara kommer en mindre del av kommunens eller regionens område eller ett mindre antal av medlemmarna direkt till godo. Det kommunalrättsliga allmänintresset enligt denna bestämmelse är inte detsamma som motsvarande begrepp inom unionsrätten. I stor utsträckning torde dock begreppen motsvara varandra och avse samma företeelse.[38] I bestämmelsen ligger ett principiellt förbud mot att ge understöd åt enskilda.

Utredningen bedömer att IOP utformade enligt utredningens kriterier ryms inom den kommunala kompetensen i 2 kap. 1 § KL.

[37] Inlaga till Högsta förvaltningsdomstolen, Målnr 3165-19, Aktbil. 1, s. 10.
[38] Prop. 2016/17:171, s. 299.

Det handlar om välfärdsverksamhet och partnerskapet syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål. Den offentliga finansieringen innebär inte stöd till enskild utan verksamhet av allmänt, samhälleligt intresse.

Enligt 2 kap. 8 § andra stycket KL får individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare lämnas endast om det finns synnerliga skäl för det. Bestämmelserna reglerar kommunernas och regionernas förhållande till den del av näringslivet som traditionellt är förbehållen den enskilda företagsamheten, det som kan kallas det egentliga näringslivet. I förarbetena har (när det handlar om synnerliga skäl) nämnts stöd till en livsmedelsbutik, en bensinstation eller att understödja hotellverksamhet.[39] Enligt utredningens mening är IOP med idéburna aktörer inom de välfärdsverksamheter som ingår i utredningens avgränsning av begreppet välfärd typiskt sett inte att betrakta som individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare.

7.3 Det EU-rättsliga utrymmet i övrigt beträffande IOP

Enligt utredningens definition av IOP får ett partnerskap inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Även om ett IOP inte omfattas av upphandlingslagstiftningen så finns det andra EU-rättsliga regelverk och principer som kan vara tillämpliga. Om det handlar om ekonomisk verksamhet kan det vara nödvändigt att beakta de allmänna principer som redogjorts för i kapitel 6 (avsnitt 6.1).

Störst praktisk betydelse har dock att den offentliga finansiering som ingår i ett partnerskap måste vara förenlig med EU-regelverket om statligt stöd. Som framgår av kapitel 6 finns det flera möjligheter att ge stöd från det offentliga utan att komma i konflikt med statsstödsregelverket. Det finns dels stöd som inte uppfyller samtliga kriterier i artikel 107 i EUF-fördraget och därför inte utgör statligt stöd, dels stöd som trots att det utgör statligt stöd kan anses förenligt med den inre marknaden.

Ett statsstöd kan vara förenligt med EUF-fördraget om mottagaren till följd av stödet genomför en uppgift som inte skulle erbjudas på marknaden utan offentlig finansiering. Detta är normalt fallet

[39] Se t.ex. Prop. 2008/09:21, s. 48–49.

med offentligt finansierade välfärdsverksamheter i Sverige. Stöd kan bara godkännas om en sådan uppgift bidrar till ett mål av gemensamt intresse inom EU eller ett mål av allmänt intresse i medlemsstaten.

Nedan följer en beskrivning av hur statsstöd hanteras administrativt i Sverige. Därefter följer en redogörelse, med konkreta exempel, för hur statsstödsregelverket kan tillämpas på idéburna offentliga partnerskap inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Utredningen har tagit fram ett flödesschema i syfte att belysa vilka bestämmelser som kan vara aktuella, se Vägledningen om IOP.

7.3.1 Administrativ hantering av statliga stöd i Sverige

Regeringen har en central roll i all statsstödstillämpning eftersom det bara är regeringen som får anmäla stöd och även i övrigt företräda Sverige inför Europeiska kommissionen i statsstödsärenden. Enheten för marknad och konkurrens på Näringsdepartementet samordnar Regeringskansliets hantering av statsstödsfrågor och svarar för det administrativa förfarandet i kontakter med kommissionen. Kommuner och regioner kommunicerar med kommissionen via regeringen.

Av lagen (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler framgår att den som avser att vidta eller ändra stödåtgärder som måste förhandsgodkännas av kommissionen, ska lämna upplysningar om åtgärderna till regeringen. Det gäller alla som avser att vidta sådana stödåtgärder, exempelvis statliga myndigheter, kommuner och regioner samt statliga och kommunala bolag. Av samma lag framgår att den som genomför en stödåtgärd som godkänts av kommissionen eller som har undantagits från anmälningsskyldigheten ska lämna uppgifter för offentliggörande och rapportering av stödåtgärden och föra register över stödet i den omfattning som kommissionen bestämt.

När det gäller gruppundantagsförordningarna behöver ingen förhandsanmälan ske. Däremot ska kommissionen underrättas om stödet. Denna underrättelse görs i ett särskilt elektroniskt system av Näringsdepartementet. Kommuner och regioner som avser tillämpa någon av gruppundantagsförordningarna måste därför kontakta regeringen i god tid innan beslutet fattas.

Sverige ska också lämna en årlig rapport över det stöd som lämnas enligt de olika gruppundantagsförordningarna. Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser (Tillväxtanalys) samlar in uppgifterna från myndigheter, kommuner och regioner om vilka belopp de har lämnat i stöd. Tillväxtanalys ansvarar också för hanteringen av stödgivande myndigheters och organisationers rapportering enligt de nya transparenskraven för statligt stöd. Dessa krav innebär att individuella stöd över vissa belopp, beroende på typ av stödåtgärd, ska publiceras i en särskild databas.

Stöd enligt kommissionens beslut om stöd i form av ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är undantaget kravet på förhandsanmälan om villkoren i beslutet är uppfyllda. Stöd enligt detta beslut ska rapporteras, via Näringsdepartementet, till kommissionen vartannat år.

Upphandlingsmyndigheten har i uppdrag att ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner. Myndigheten har publicerat information om såväl regelverket som den administrativa hanteringen på sin hemsida: www.upphandlingsmyndigheten.se. De svarar även på frågor om statligt stöd.

7.3.2 Tjänster av allmänt intresse

Begreppet tjänster av allmänt intresse har betydelse eftersom det ger vissa möjligheter att lämna offentligt stöd som inte gäller för andra typer av tjänster. En närmare redogörelse för innebörden av detta begrepp finns i kapitel 6. Medlemsstaterna har i fråga om tjänster av allmänt intresse ett stort handlingsutrymme när det gäller att tillhandahålla, beställa och organisera sådana tjänster så nära användarnas behov som möjligt.[40] Tjänster av allmänt intresse kan vara ekonomiska eller icke-ekonomiska.

När det gäller ekonomiska sådana anges i artikel 106.2 i EUF-fördraget att företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördraget, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som

[40] Artikel 1 i protokoll nr 26 till EUF-fördraget.

strider mot unionens intresse. Huvudregeln är alltså att konkurrensreglerna gäller för sådana tjänster, se dock avsnitt 7.3.4 och 7.3.5 nedan.

Beträffande icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse slås det fast i artikel 2 i protokoll nr 26 till Lissabonfördraget 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. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse ingår inte i den inre marknaden och omfattas alltså inte av EU:s regler om statligt stöd.[41]

Vad som är en tjänst av allmänt intresse är det upp till medlemsstaterna att bedöma, så länge bedömningen inte är uppenbart felaktig. Utredningen bedömer att de välfärdsverksamheter som omfattas av utredningens avgränsning i kapitel 3 normalt sett är att bedöma som tjänster av allmänt intresse. Det är däremot inte upp till medlemsländerna att bestämma vilka tjänster som är ekonomiska eller icke-ekonomiska. Den gränsdragningen handlar om en tolkning av det EU-rättsliga företagsbegreppet, se nedan.

7.3.3 Finansiering som inte utgör statligt stöd enligt artikel 107 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Icke-ekonomisk verksamhet

För att en åtgärd ska innebära statligt stöd krävs att den gynnar vissa företag eller viss produktion. Företagsbegreppet omfattar enligt EU-domstolens praxis varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras. Ekonomisk verksamhet utgörs i sin tur av all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad. Vad som är att betrakta som ekonomisk verksamhet, och därmed omfattas av företagsbegreppet i artikel 107.1 i EUF-fördraget har prövats i ett antal fall. Frågan är komplex eftersom verksamhetens natur beror på hur respektive medlemsstat har organiserat sin välfärdssektor. Kommissionen har konstaterat att eftersom distinktionen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster beror på politiska och ekonomiska särdrag i en viss medlemsstat, är det inte möjligt att upprätta

[41] Hur detta begrepp förhåller sig till upphandlingslagstiftningen kommer att prövas av Högsta förvaltningsdomstolen i det så kallade Alingsås-målet, se avsnitt 7.1.7 ovan.

en uttömmande förteckning över verksamheter som utan föregående bedömning inte skulle vara ekonomiska. Viss specifik verksamhet, exempelvis utövandet av offentlig makt (myndighetsutövning), anses dock alltid icke-ekonomisk.

När det gäller sociala trygghetssystem gör EU-domstolen och tribunalen en distinktion mellan ekonomiska system och system baserade på solidaritetsprincipen. De senare betraktas som icke-ekonomiska. I praxis tillämpas ett antal kriterier för detta. Följande faktorer kan vara viktiga och leda till att systemet anses bygga på solidaritetsprincipen: om medlemskap i systemet är obligatoriskt, om stödordningen har ett socialt syfte, att det inte finns något vinstsyfte, om förmånerna är oberoende av hur stora bidrag som lämnats, om de förmåner som betalas inte nödvändigtvis står i proportion till den försäkrades inkomster och om systemet övervakas av staten. Om systemet har öppnats för konkurrens mellan olika aktörer på en marknad kan dock bedömningen av om det är ett system baserat på solidaritetsprincipen bli en annan, även om systemet är solidariskt finansierat.

I tribunalens dom Dôvera från 2018 anser tribunalen att trots att det slovakiska sjukförsäkringssystemet har övervägande sociala och solidariska egenskaper och är offentligt reglerat innebär inslagen av konkurrens och möjligheten att göra vinst (även om denna var begränsad) att verksamheten ska betraktas som ekonomisk. Att de två bolagen i fråga uppgav att deras syfte inte var att gå med vinst förändrade inte bedömningen. Tribunalens dom är överklagad till EU-domstolen.[42]

I en dom från EFTA-domstolen från 2007 slås det fast att de kommunala förskolornas verksamhet i Norge är icke-ekonomisk, trots att det i Norge finns ett stort inslag av privata, vinstdrivande förskolor.[43]

Beträffande hälso- och sjukvård framgår det att där de allmänna sjukhusen är en integrerad del av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, finansieras direkt med sociala avgifter och andra statliga medel samt tjänsterna är gratis för dem som är anslutna till systemet på grundval av principen om allmän täckning så bedriver de berörda organisationerna inte sin verksamhet i egenskap av företag. Verksamheten är därmed inte ekonomisk. Om tjänsterna däremot erbjuds mot ersättning, antingen direkt från patienterna eller via deras försäkring, kan vårdtjänsten inte klassificeras som icke-ekonomisk bara därför att den tillhandahålls av ett offentligt sjukhus.

[42] T-216/15 Dôvera zdravotná poist'ovňa v Commission EU:T:2018:64.
[43] In Case E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund.

I en dom som rörde statligt stöd till offentliga sjukhus i Belgien hänvisade tribunalen till tidigare praxis där det konstaterats att de ministerier och andra organ som administrerar ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem, som drivs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag samt genom att de som är anslutna tillhandahålls tjänster gratis enligt ett heltäckande skydd, inte är att anse som företag när de administrerar detta system. I domen anförs att när konkurrensreglerna tillämpas på sjukhussektorn måste hänsyn tas till medlemsstaternas ansvar för att besluta om sin hälso- och sjukvårdspolitik samt för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Medlemsstaten utformar sitt hälso- och sjukvårdssystem enligt principer som de själva fastställer. Domstolen konstaterar dock i målet att kommissionen i sitt beslut anser att visst tillhandahållande av sjukvårdstjänster på sjukhus är ekonomisk verksamhet eftersom den har konkurrensutsatts vilket särskiljer detta slags verksamhet från ”förvaltningen av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet”, vilken fullgörs av offentliga organ inom ramen för deras myndighetsutövning. Domen visar att trots att sjukvårdsystemet i Belgien var solidariskt finansierat var sjukhusens konkurrensutsatta verksamhet ekonomisk och att EU-rättsliga principer som likabehandlingsprincipen kunde aktualiseras.

När det slutligen gäller utbildning har det i unionens rättspraxis fastställts att allmän utbildning som anordnas inom ett nationellt utbildningssystem som finansieras och övervakas av staten får betraktas som icke-ekonomisk verksamhet.

Denna fråga prövades bland annat i ett mål om en skattebefrielse som den katolska kyrkan åtnjöt.[44] Den verksamhet det var fråga om i målet var bland annat undervisningsverksamhet som subventionerades av spanska staten och som ingick i statens offentliga system för grundskole- och gymnasieutbildning. Domstolen fann att denna verksamhet var icke-ekonomisk. För en utförligare redogörelse av ovan nämnda rättsfall, se avsnitt 6.3.4.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det inte är möjligt att upprätta en uttömmande förteckning över verksamheter som utan föregående bedömning skulle anses icke-ekonomiska. Vidare att EU-domstolen och tribunalen har konstaterat att välfärdstjänster inte kan bedömas på samma sätt som andra, otvivelaktigt ekonomiska och konkurrensutsatta, sektorer.

[44] C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania.

När kan detta tillämpas på idéburna offentliga partnerskap?

Bedömningen måste alltså alltid göras i varje enskilt fall utifrån de förutsättningar som råder. Det är den stödgivande myndigheten som ansvarar för att statsstödsreglerna följs. Nedan följer dock några icke uttömmande exempel på offentligt finansierade välfärdsverksamheter som utredningen bedömer är att betrakta som icke-ekonomiska ur ett statsstödsperspektiv.

1. Behandlingscenter för krigsskadade och torterade

I Sverige är det regionerna som är huvudmän för hälso-och sjukvården. Det är alltså dessa som får anses förvalta det nationella hälso- och sjukvårdssystemet. Flera regioner har tecknat IOP-avtal med Röda korset beträffande organisationens behandlingscenter för krigsskadade och torterade.

Verksamheten för krigsskadade och torterade personer har en huvudsaklig inriktning på insatser och åtgärder enligt hälso- och sjukvårdslagstiftningen och angränsande regelverk. Den är till största delen skattefinansierad, resterande del kommer från Röda korsets egna medel. Inga patientavgifter tas ut. Verksamheten är öppen för alla på lika villkor. Röda korset får inte heller ersättning av regionerna utefter antal patienter eller antal platser på behandlingscentren. Verksamheten får anses vara en integrerad del av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet. Det handlar vidare om en verksamhet där Röda korset har en unik kompetens och där det, innan deras verksamhet startade, inte fanns några andra aktörer som erbjöd sådana tjänster.

Sammantaget bedömer utredningen att behandlingscenter för krigsskadade och torterade utgör en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. Ur ett statsstödsperspektiv är det alltså fullt möjligt, för regioner som så önskar, att ingå idéburna offentliga partnerskap för denna verksamhet. Att en av regionerna har valt att upphandla en motsvarande verksamhet enligt lagen om offentlig upphandling föranleder inte någon annan bedömning. Enligt utredningen är nämligen denna verksamhet ett led i regionernas administration av ett nationellt hälso- och sjukvårdssystem som drivs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering.

För det fall Röda korset även bedriver ekonomisk verksamhet kan statsstödsreglerna kräva att det går att visa att finansieringen inte

överskrider kostnaderna kopplade till den icke-ekonomiska verksamheten. Detta kan i vissa fall innebär att det krävs att den icke-ekonomiska verksamheten redovisas separat från den ekonomiska.

2. Stöd till brottsoffer

Arbetsmarknadsdepartementet har i promemorian Ny modell för statsbidrag till vissa ideella organisationer inom brottsofferområdet (Ds 2019:7) resonerat kring vad som är ekonomisk respektive icke-ekonomisk verksamhet när det gäller kvinnojourernas verksamhet. I promemorian görs bedömningen att insatsen skyddat boende utgör ekonomisk verksamhet. När det gäller den del av kvinnojourens verksamhet som inte avser insatsen skyddat boende, är bedömningen av om aktiviteterna utgör ekonomisk verksamhet en annan. I regel utgör sådana insatser kompletterande service i förhållande till socialtjänstens ansvarsområde, vilken också omfattar att vid behov t.ex. erbjuda stödsamtal till enskilda enligt promemorian. Socialtjänsten tillhandahåller i de allra flesta fall denna tjänst i egen regi. Samtliga stödinsatser som kvinnojourer och liknande lokala organisationer tillhandahåller är vidare helt kostnadsfria för den enskilde. Det finns alltså inte någon motprestation i form av ersättning för tjänsterna. Någon efterfrågan för att utföra denna typ av verksamhet bedömer promemorian inte föreligga. Slutsatsen i promemorian är att de insatser som kvinnojourerna bedriver i form av samtalsstöd, rådgivning, praktiskt stöd i kontakter med myndigheter och information till personer, kompetensutveckling, utveckling av kvalitetsarbete och rutiner, dokumentation och uppföljning samt information om verksamheten inte utgör ekonomisk verksamhet.

Detsamma gäller enligt utredningens bedömning om denna typ av verksamhet riktas till brottsoffer i stort. Ett IOP mellan exempelvis en kommun och den lokala brottsofferjouren angående verksamhet som anges ovan skulle därmed inte omfattas av statsstödsreglerna. Andra exempel på liknande verksamhet skulle kunna vara så kallad avhopparverksamhet.

Utredningens bedömning beträffande kvinnojourernas verksamhet finns i avsnitt 7.3.7.

3. Idrottsföreningars integrationsinsatser

Ett annat exempel är amatöridrott. Enligt kommissionen kan det inom idrottssektorn vara så att vissa av medlemsstaternas åtgärder inte utgör statligt stöd eftersom stödmottagaren inte bedriver ekonomisk verksamhet (eller eftersom handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas). Detta skulle under vissa omständigheter kunna vara fallet i fråga om stödåtgärder som har en rent lokal karaktär eller som vidtas på amatöridrottens område.[45] Om en lokal idrottsklubb inom amatöridrottens område bedriver exempelvis verksamhet som syftar till integration och inkludering så är denna verksamhet sannolikt att betrakta som icke-ekonomisk. Om en kommun vill ingå samarbete och stödja sådan verksamhet genom ett IOP är detta alltså inte i strid med statsstödsreglerna.

Ett konkret exempel bland många är Sport for you i Borås som startade 2016 på initiativ från Västra Götalands Idrottsförbund[46]. Syftet var att få fler nyanlända barn och unga föreningsaktiva. Borås stad och Västra Götalands Idrottsförbund har sedan tecknat ett IOP för denna verksamhet. Syftet med partnerskapet är att skapa en långsiktig social hållbarhet i Borås, genom att tillvarata de ideellt verkande krafter som finns i Borås och som kompletterar Borås stads egna verksamheter. Sports for you gör det möjligt för barn och unga att bli föreningsaktiva, det skapar möten mellan barnen och idrotten. I samarbete med idrottsföreningar skapas prova på aktiviteter, där en eller flera idrottsföreningar instruerar och låter barnen prova på olika idrotter. Sport for you inriktar sig på att lägga aktiviteter i barnens närområde med fokus på områden som staden pekat ut som social utsatta och som har en hög andel utrikesfödda. Särskilt fokus läggs på jämställdhet.

Elitidrott betraktas dock ofta som ekonomisk verksamhet. För det fall en idrottsförening även bedriver ekonomisk verksamhet kan statsstödsreglerna kräva att det går att visa att finansieringen inte överskrider kostnaderna kopplade till den icke-ekonomiska verksamheten. Detta kan i vissa fall innebär att det krävs att den icke-ekonomiska verksamheten redovisas separat från den ekonomiska.

[45] Se exempelvis skäl (74) i kommissionens förordning (EU) nr 651/2014.
[46] Västra Götalands Idrottsförbund är Riksidrottsförbundets regionala organisation i västra Sverige.

Stöd som inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna

För att en åtgärd ska utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 krävs att ett antal kumulativa kriterier är uppfyllda, se kapitel 6 (avsnitt 6.3.2–6.3.5). För att det ska vara fråga om statsstöd krävs att stödet ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, gynnar vissa företag eller viss produktion, snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen samt att det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Ett av kriterierna som ska vara uppfyllda för att det ska vara fråga om statligt stöd är alltså att åtgärden påverkar handeln mellan medlemsstaterna (samhandelskriteriet). Det är inte nödvändigt att fastställa att stödet faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna, utan endast att stödet *kan* påverka sådan handel. Det förhållandet att ett stöd är av relativt ringa storlek eller att det stödmottagande företaget är relativt litet utesluter inte i sig att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas. En sådan påverkan kan emellertid vara mindre sannolik om den ekonomiska verksamheten har en mycket liten omfattning. Det finns ingen särskild beloppsgräns för när en verksamhet anses ha en liten omfattning utan det är en helhetsbedömning som måste göras. Om stödbeloppet understiger vissa nivåer kan det vara att betrakta som stöd av mindre betydelse, se avsnitt 7.3.4. Kommissionen har i ett antal beslut ansett att åtgärden haft en rent lokal verkan och därför inte påverkat handeln mellan medlemsstaterna. I dessa ärenden har kommissionen särskilt konstaterat att mottagaren levererade varor eller tjänster till ett begränsat område inom en medlemsstat och sannolikt inte lockade kunder från andra medlemsstater samt att det inte kunde förutses att åtgärden skulle ha mer än en marginell verkan på villkoren för gränsöverskridande investeringar eller etableringar. För en närmare genomgång av detta kriterium och exempel på kommissionsbeslut, se kapitel 6.

Hur kan samhandelskriteriet tillämpas på idéburna offentliga partnerskap?

Nedan följer några exempel på offentligt finansierade välfärdsverksamheter som om de bedöms vara ekonomisk verksamhet ändå inte utgör statsstöd enligt utredningen eftersom verksamheten sannolikt inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

1. Mötesplats för ungdomar med neuropsykiatriska funktionsnedsättningar

Ett exempel på en verksamhet som enligt utredningens bedömning inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna är en överenskommelse mellan Uddevalla kommun och ABF FyrBoDal angående verksamheten No Limits. Det handlar om att ge en målgrupp som inte söker sig direkt till socialtjänstens verksamheter en alternativ mötesplats. No Limits ska erbjuda ungdomar med neuropsykiatriska funktionsnedsättningar en utvecklande mötesplats där de tillsammans med andra utvecklar både sin estetiska och sociala kompetens. Ett övergripande mål är att målgruppen, i stället för att leva isolerade hemma, söker sig till No Limits för att utvecklas inom sitt intresseområde, få social träning och en bättre psykisk och fysisk hälsa. Med stöd av en trygg, kreativ och kontaktskapande verksamhetsledare, lotsas deltagarna mot att ta nya steg tillsammans. Uddevalla kommun bidrar med 60 000 kronor 2017 och därefter med 100 000 kronor årligen.[47] Verksamheten verkar ha rent lokal karaktär och är av liten ekonomisk omfattning.

2. Verksamhet för personer med missbruksproblematik eller annan social utsatthet som ofta söker sig till offentliga platser

Ett annat exempel från samma område är en överenskommelse mellan Uddevalla kommun och Föreningen Saronhuset i Uddevalla. Föreningen består av församlingar i Uddevalla kommun. Syftet är att hjälpa och stödja människor i utsatta situationer. Verksamheten bedrivs i det så kallade Saronhuset i Uddevalla. Målet är att målgruppen äldre och medelålders personer med missbruksproblematik eller annan social utsatthet i stället för att söka gemenskap på resecentrumet eller andra offentliga platser i Uddevalla, ska söka sig till Saronhuset och den gemenskap som där erbjuds i form av olika aktiviteter. Målsättningen är även att ge stöd och hjälp till de personer som vill komma ifrån sitt missbruk. Saronhusets personal och volontärer ska hjälpa individen att navigera till de olika aktörer som redan finns för detta syfte. Finansieringen från kommunen är 795 000 kronor/år i

[47] Ur ett statsstödsperspektiv är det bara den offentliga aktörens finansiering av verksamheten som ska bedömas.

fem år. Av samma skäl som ovan bedömer utredningen att verksamheten inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna

3. Lokala arbetsmarknadsprojekt

I kapitel 6 finns en redogörelse för ett projekt i form av en informations- och nätverksplattform för att möta problem med arbetslöshet och sociala konflikter i en stadsdel i Kiel, Tyskland. Genom projektet erbjöds rådgivning och konsulthjälp av olika slag. Kommissionen noterade att tjänsterna endast erbjöds på en lokal marknad i en del av staden. Tjänsterna riktade sig till mycket små företag och ekonomin i distriktet karaktäriserades av en huvudsakligen småskalig struktur. Det fanns ingenting som visade att det existerade några gränsöverskridande investeringar för sådana tjänster och det föreföll enligt kommissionen inte troligt att stödet skulle kunna påverka villkoren för gränsöverskridande investeringar eller etablering beträffande företagsrådgivningstjänster.

Utifrån liknande resonemang bedömer utredningen att exempelvis ett sådant partnerskapsavtal som IOP Kvinna i Botkyrka inte kan förväntas ha mer än en marginell effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Avtalet är tecknat mellan Botkyrka kommun, Arbetsförmedlingen Botkyrka–Huddinge–Salem och flera idéburna organisationer. Verksamheten riktar sig till utrikesfödda kvinnor i Botkyrka kommun som står utanför arbetslivet. Syftet är att stärka gruppens förutsättningar till arbete, studier och ökat livsutrymme. Verksamheten är inte detaljreglerad utan det avgörande för utvecklingen av insatser är målgruppens behov. Det kan dock handla om språkträning, utbildning som inkluderar lärande i arbete, psykosocialt stöd och hälsofrämjande insatser, handledning och lämpliga insatser för matchning till arbete. Det bör noteras att det inte får vara fråga om tjänster som omfattas av andra avtal som en myndighet är bunden av. Kommunens del av finansieringen är 400 000 kronor årligen. Ersättning från Arbetsförmedlingen sker per individ enligt schablon vid placering hos berörd organisation.

7.3.4 Stöd av mindre betydelse (de minimis)

Kommissionen har genom förordningar slagit fast att under vissa förutsättningar så är samhandelskriteriet ovan inte uppfyllt. Detta gäller för de s.k. de minimis-stöden. Ett stöd av mindre betydelse (de minimis) är ett stöd till lågt värde som under vissa förutsättningar inte anses påverka handeln mellan medlemsstaterna och inte heller snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen. Dessa stöd kallas ibland också försumbart stöd. Sådant stöd är alltså inte statsstöd.

Enligt den så kallade allmänna de minimis-förordningen[48] får stöd lämnas med högst 200 000 euro under en period av tre beskattningsår. Stödet måste ges i enlighet med de villkor som ställs i kommissionens förordning. Taket gäller oberoende av stödets form och det är inte möjligt att dela upp stöd som överskrider taket i mindre delar för att varje del ska omfattas av förordningen. Treårsperioden är rörlig, vilket innebär att det totala belopp som företaget har fått i stöd av mindre betydelse under det berörda beskattningsåret och under de två föregående beskattningsåren ska fastställas varje gång ett nytt stöd av mindre betydelse beviljas. Allt offentligt stöd som betraktas som de minimis-stöd ska räknas samman. Andra typer av statsstöd ska dock inte räknas med för att fastställa maxbeloppet. Det innebär att andra statsstöd än de minimis-stöd inte påverkar möjligheten att ge stöd enligt förordningen. Däremot kan man inte få stöd enligt andra statsstödsregelverk om båda stöden ges för samma kostnader. Innan stödet beviljas ska det berörda företaget lämna en redogörelse för allt annat stöd av mindre betydelse som företaget fått under de två föregående beskattningsåren och det innevarande beskattningsåret. Den stödgivande myndigheten ska registrera och sammanställa de uppgifter som rör tillämpningen av förordningen. Uppgifterna ska bevaras under tio beskattningsår.

När det gäller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse finns en särskild de minimis-förordning.[49] En förutsättning för att det ska vara en allmännyttig tjänst är att tjänsten inte skulle erbjudas på marknaden utan offentlig finansiering. Stöd för sådana tjänster anses inte påverka handeln mellan medlemsstaterna och inte heller snedvrida

[48] Kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse.

[49] Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

eller hota att snedvrida konkurrensen om det totala stödbeloppet till det företag som tillhandahåller tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse inte är högre än 500 000 euro under en period av tre beskattningsår, således ett högre belopp än vad som gäller enligt den allmänna de minimis-förordningen. Stödet måste ges i enlighet med de villkor som ställs i den särskilda förordningen. Utöver de administrativa krav som angetts för den allmänna de minimis-förordningen ska den stödgivande myndigheten även skriftligen informera stödmottagaren om vilken tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilken det beviljas. Stöd av mindre betydelse enligt den särskilda de minimis-förordningen får inte läggas ihop med annan ersättning för samma tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, oavsett om den utgör statligt stöd eller inte.

Hur kan stöd av mindre betydelse användas för idéburna offentliga partnerskap?

Om verksamheten är icke-ekonomisk eller av andra skäl inte omfattas av definitionen i artikel 107 i EUF-fördraget behöver statsstödsregelverket inte tillämpas och de minimis-förordningarna blir därför inte aktuella. Om det däremot handlar om stöd som skulle omfattas av definitionen om det rörde sig om högre belopp så är det enklaste sättet ur administrativ synpunkt när det gäller att följa EU:s regler om statligt stöd att bevilja stödet enligt reglerna om stöd av mindre betydelse. Ibland kan det även, om den stödgivande myndigheten är osäker på hur verksamhetens art ska bedömas, vara säkrast och enklast att ge stödet som ett de minimis-stöd även om verksamheten eventuellt skulle kunna bedömas som icke-ekonomisk.

För partnerskap vars offentliga del av finansieringen inte överstiger 200 000 euro, alltså ungefär två miljoner kronor, under en treårsperiod kan den allmänna de minimis-förordningen användas. Denna förordning innehåller vissa undantag, den gäller exempelvis inte för stöd till verksamheter inom jordbruks- och fiskerinäringarna (som har egna regler) eller stöd som är avhängigt av att inhemska produkter används framför importerade. Dessa undantag är dock inte särskilt relevanta när det gäller IOP:er inom välfärdsverksamhet. I övrigt finns inga krav på vilka kostnader som får ersättas eller att det ska handla om några särskilda tjänster.

Även om det är förhållandevis enkelt innebär som framgått ovan även de minimis-stöd viss administration. Den offentliga aktören i

ett IOP ska skriftligen informera den eller de idéburna aktörerna om det planerade stödbeloppet och om stödets karaktär av stöd av mindre betydelse (genom en uttrycklig hänvisning till förordningen). Innan finansieringen beslutas ska stödmottagaren, alltså den idéburna aktören, lämna en redogörelse för eventuellt annat stöd av mindre betydelse som mottagits under de tre senaste beskattningsåren. Den offentliga aktören ska även registrera och sammanställa de uppgifter som rör tillämpningen av förordningen samt bevara uppgifterna under tio beskattningsår.

När det gäller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är, som framgått ovan, taket i stället 500 000 euro, alltså ungefär fem miljoner kronor, under en period av tre beskattningsår. Den offentliga aktören ska när det gäller sådant stöd även informera den idéburna aktören om vilken tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilken stödet beviljas.

Begreppet företag syftar inte bara på den juridiska person som mottar stödet utan även, om så är fallet, på den koncern som företaget ingår i. Även den situationen att en juridisk person har kontroll (ett bestämmande inflytande) över en annan kan medföra att olika juridiska personer betraktas som ett och samma företag. Detta påverkar stödbeloppets storlek eftersom stödet till varje bolag i en koncern ska räknas ihop.

Enligt vad som framkommit under utredningen är formella koncernförhållanden inte särskilt vanliga bland idéburna aktörer i välfärden. Inte heller att exempelvis en organisation på central eller regionalnivå har bestämmande inflytande över en lokalorganisation som vill ingå ett partnerskap. I normalfallet bör det därför bara vara den juridiska person som anses som stödmottagare i det aktuella partnerskapet som behöver beaktas vid beräkning av stödbeloppet.

I många av de befintliga IOP:er som utredningen har tagit del av rör det sig om sådana belopp att finansieringen skulle kunna ske enligt någon av de minimis-förordningarna. Utredningen har dock inga uppgifter om hur vanligt det är att de idéburna aktörerna även tagit emot annat de minimis-stöd under den aktuella tiden.

7.3.5 Kommissionens beslut om stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Om det är aktuellt att inom ramen för ett IOP lämna offentlig finansiering som omfattas av definitionen av statligt stöd och som p.g.a. av beloppet inte kan lämnas som ett de minimis-stöd skulle det kunna bli aktuellt att tillämpa regelverket om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Som angetts ovan bedömer utredningen att de välfärdsverksamheter som omfattas av utredningens avgränsning i kapitel 3 normalt sett är att bedöma som tjänster av allmänt intresse. Många tjänster som utförs inom ramen för en IOP är sådana att de inte omfattas av de välfärdstjänster som en kommun är skyldig att tillhandahålla. En förutsättning för att enligt detta regelverk få lämna statsstöd till en aktör som konkurrerar på en marknad är att aktören har en skyldighet att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, se nedan.

Enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget ska företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Detta bör dock inte påverka handeln i en omfattning som strider mot unionens intresse. Kommissionen har genom ett beslut fastställt villkor för när sådant stöd undantas från genomförandeförbudet i artikel 108.3 EUF-fördraget utan ett särskilt statsstödsgodkännande från kommissionen.[50] Kommissionen har även tagit fram rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster, se kapitel 6. Stöd enligt rambestämmelserna får dock endast lämnas efter att kommissionen har godkänt stödet och det bedöms därför inte särskilt aktuella att tillämpa i praktiken när det gäller idéburna offentliga partnerskap p.g.a. av den administrativa bördan och tidsaspekten. I detta sammanhang bör även de så kallade Altmarkkriterierna nämnas, se kapitel 6, eftersom utgångspunkten när ett stöd utformas enligt dessa kriterier är att det ska genomföras en upphandling, så bedöms inte heller detta alternativ vara relevant för IOP:er.

[50] Kommissionens beslut av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU).

Om stöd lämnas enligt kommissionsbeslutet från 2011 behövs inget förhandsgodkännande från kommissionen. Regeringen måste dock lämna rapporter till kommissionen om stödet i efterhand, se nedan. I kommissionsbeslutet anges olika kategorier av tjänster och vilka maxbelopp som får ges inom respektive kategori för stöd som lämnas enligt detta. De kategorier som är aktuella för denna utredning är:

1. Ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som tillhandahålls av sjukhus som tillhandahåller medicinsk vård samt, i förekommande fall, akuttjänster. Utövandet av sidotjänster som är direkt kopplade till huvudverksamheten, framför allt på forskningsområdet, hindrar dock inte tillämpningen av denna punkt, och
2. Ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som uppfyller sociala behov när det gäller sjuk- och långtidsvård, barnomsorg, tillträde till och återinträde på arbetsmarknaden, socialt subventionerade bostäder och vård och social integrering av sårbara grupper.

För dessa kategorier anges inget maxbelopp för ersättningen. I övrigt gäller för de flesta tjänster enligt beslutet ett årligt maxbelopp på 15 miljoner euro. En närmare beskrivning av regelverket finns i kapitel 6.

Tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska anförtros det berörda företaget genom en eller flera officiella handlingar, som varje medlemsstat själv får fastställa formen för. Den officiella handlingen måste innebära att den som anförtros uppdraget är skyldig att utföra tjänsten. En sådan handling kan exempelvis ha formen av ett avtal eller svensk lag, förordning eller föreskrift. I handlingen eller handlingarna ska bland annat en beskrivning av ersättningsmekanismen och parametrarna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen anges. Handlingen ska även innehålla en hänvisning till kommissionens beslut. Den period som företaget anförtros att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse får inte överstiga tio år.

Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, inklusive en rimlig vinst. Nettokostnaden kan beräknas som skillnaden mellan kostnader och intäkter (eftersom det handlar om tjänster där det behövs offentligt stöd så är intäkterna innan stödet lämnas lägre än kostnaderna). Alternativt

kan den beräknas som skillnaden mellan nettokostnaden för tjänsteleverantören för att fullgöra skyldigheten och nettokostnaden eller vinsten för samma tjänsteleverantör utan denna skyldighet. De kostnader som ska beaktas ska omfatta alla kostnader för tillhandahållandet av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse. Om företaget också bedriver verksamhet som faller utanför tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, ska endast de kostnader som har ett samband med den tjänsten beaktas.

Vid tillämpningen av beslutet ska med rimlig vinst avses den kapitalavkastning som skulle krävas av ett typiskt företag som överväger om det ska tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse under hela den period som den officiella handlingen om tilldelning gäller, med hänsyn tagen till graden av risk.

Medlemsstaterna ska se till att den beviljade ersättningen för tillhandahållande av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse uppfyller kraven i kommissionens beslut och i synnerhet att företaget inte mottar någon kompensation utöver att täcka nettokostnaden för tjänsten, inklusive en rimlig vinst, (dvs. se till att det inte blir någon överkompensation). Medlemsstaterna ska på kommissionens begäran kunna lägga fram bevis för detta. Medlemsstaterna ska även utföra regelbundna kontroller eller se till att kontroller utförs, åtminstone vart tredje år under den period då den anförtrodda tjänsten tillhandahålls och vid utgången av den perioden. Om ett företag har fått ersättning som överstiger fastställt belopp ska medlemsstaten ålägga det berörda företaget att betala tillbaka all överkompensation.

Medlemsstaterna ska under den period då den anförtrodda tjänsten tillhandahålls och under åtminstone tio år från utgången av den period då den anförtrodda tjänsten tillhandahålls hålla alla uppgifter tillgängliga som krävs för att avgöra om den beviljade ersättningen är förenlig med kommissionens beslut. Medlemsstaterna ska vartannat år lägga fram en rapport om genomförandet av beslutet till kommissionen. Rapporterna ska innehålla en detaljerad översikt över tillämpningen av beslutet, bland annat det totala beviljade stödbeloppet uppdelat efter stödmottagarnas ekonomiska sektor.

Hur kan stöd enligt kommissionens beslut tillämpas inom ramen för IOP?

1. Är det en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse?

Om det inte slagits fast genom lag att det är en tjänst av sådan karaktär så är det en bedömning som får göras av den kommun eller den region som vill tillämpa kommissionens beslut om stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI-beslutet). Utredningen En kommunallag för framtiden föreslog att det skulle införas en bestämmelse i kommunallagen om att kommuner och regioner inom sina befogenheter får tillhandahålla sådana tjänster av allmänt intresse som anges i Europeiska unionens fördrag. Regeringen delade utredningens bedömning att kommuner och regioner, i avsaknad av en EU-rättslig eller nationell definition, har möjlighet att bedöma när en ekonomisk tjänst är av allmänt ekonomiskt intresse och att de även i enskilda fall kan anförtro någon en sådan tjänst. Detta gäller dock enligt regeringen redan enligt EU-rätten. Regeringen anförde vidare att regleringen om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan betraktas som undantag från de principer som annars gäller inom EU-rätten, dvs. förbudet mot att lämna statligt stöd. Regeringen ansåg att det kan vara problematiskt att lämna en allmän hänvisning till en reglering av undantagskaraktär. Det kunde även enligt regeringen ifrågasättas om den föreslagna bestämmelsen, eftersom det inte finns någon klar EU-rättslig definition av begreppet, innebar ett förtydligande. Mot den bakgrunden bedömde regeringen att det inte skulle införas någon sådan hänvisning i kommunallagen.

Utredningens bedömning är, som nämnts ovan, att de verksamheter som omfattas av utredningens avgränsning av begreppet välfärdsverksamheter normalt är att betrakta som tjänster av allmänt intresse. Ansvaret för bedömningen och att regelverket tillämpas på rätt sätt ligger dock hos den myndighet eller beslutande församling som utformar och lämnar stödet.

2. Utformning av stödåtgärden

Tillhandahållandet av tjänster ska anförtros den berörda idéburna aktören genom en eller flera officiella handlingar. Det kan ske genom exempelvis ett avtal. I avtalet ska som ovan nämnts samhällsupp-

draget klart definieras. Avtalet ska även innehålla en hänvisning till kommissionens beslut. Beroende på omfattningen av verksamheten krävs antingen fullmäktigebeslut, ett beslut av styrelsen eller av behörig nämnd. I avtalet (om den formen valts) ska, som framgått, innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av tjänsten anges, skyldigheternas varaktighet och en beskrivning av ersättningsmekanismen och parametrarna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen. Sättet för hur ersättningen beräknas är centralt för att undvika risk för överkompensation. Hur kostnaderna ska beräknas framgår av kommissionens beslut, se ovan.

För att kunna säkerställa att ersättningen inte överstiger kostnaderna för utförandet av tjänsten måste verksamheten särredovisas, så att detta går att kontrollera. Särredovisning och kontroller är därför något som måste tas med i avtalet.

Sammantaget måste ett IOP-avtal som grundas på detta regelverk vara betydligt mer detaljerat och mindre tillitsbaserat än ett IOP enligt de alternativ som angetts tidigare ovan. I många fall kan tillämpningen av detta statsstödsregelverk leda till att det blir fråga om ett offentligt kontrakt i stället för ett IOP.

På Upphandlingsmyndighetens webbsida finns ytterligare information för kommuner och regioner om stöd till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Där finns även exempel på när detta regelverk har använts av svenska kommuner och regioner. Exemplen är få och handlar om regionala flygplatser (bland annat Skellefteå flygplats, Sundsvall Timrå flygplats och Kalmar Öland Airport).[51]

7.3.6 Den allmänna gruppundantagsförordningen (GBER)

Ett annat alternativ skulle kunna vara att tillämpa den allmänna gruppundantagsförordningen.[52] För en närmare redogörelse av detta regelverk, se kapitel 6. I denna finns dels allmänna villkor, dels särskilda villkor för varje uppräknad stödtyp. Det krävs inget förhandsgodkännande från kommissionen för stöd enligt denna förordning men medlemsstaterna ska skicka sammanfattande information om stödet till kommissionen inom 20 arbetsdagar efter att stödåtgärden har

[51] Se www.upphandlingsmyndigheten.se

[52] Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget.

trätt i kraft. Medlemsstaterna ska även lämna en årlig rapport till kommissionen med information om det stöd som har lämnats i enlighet med förordningen. Den stödgivande myndigheten ska föra register med information och styrkande handlingar som är nödvändiga för att fastställa att samtliga villkor i förordningen är uppfyllda. Dessa register ska bevaras i tio år.

När kan stöd enligt GBER tillämpas inom ramen för IOP?

För de olika stöden enligt GBER gäller dels begränsningar för vilka kostnader som får ersättas, dels begränsningar när det gäller stödbelopp och stödnivå. De flesta typer av stöd som är möjliga enligt GBER är stöd för olika typer av investeringar men på arbetsmarknads- och utbildningsområdet finns möjligheter att ersätta löpande kostnader. En förutsättning för att stödet är lagligt är att det kan styrkas att villkoren i GBER har följts. Ansvaret för att följa villkoren i GBER ligger alltså på medlemsstatens myndigheter men vid en felaktig tillämpning av villkoren är det stödmottagaren som blir skyldig att återbetala det otillåtna stödet. Kommissionen kontrollerar tillämpningen av förordningen genom stickprovskontroller. Trots att det inte krävs något förhandsgodkännande, utan bara en sammanfattande information till kommissionen, krävs det därför en hel del administration, framför allt för att kunna visa för vilka kostnader som ersättning har lämnats.

Liksom för verksamhet enligt SGEI-beslutet måste ett IOP-avtal som grundas på detta regelverk vara detaljerat när det kommer till vilka kostnader som den offentliga finansieringen får gå till och ersättningsnivåer för dessa kostnader. Det kan därför vara svårt att utforma en sådan överenskommelse på det sätt parterna skulle önska.

Nedan beskrivs några av de typer av stöd som är möjliga att lämna enligt bestämmelserna i GBER som skulle kunna användas för idéburna offentliga partnerskap inom välfärdsverksamheter. Redogörelsen innehåller bara exempel på villkor enligt respektive artikel. Tillämpningen av GBER bygger på att de allmänna bestämmelserna i kapitel I och kapitel II tillämpas tillsammans med en särskild bestämmelse som avser den typ av stöd som ges. För en fullständig redogörelse hänvisas till förordningen. Mer information om hur kommuner och

regioner kan lämna statsstöd enligt GBER finns på Upphandlingsmyndighetens webbsida.

1. Stöd till utbildning

Enligt artikel 31 får stöd till utbildning lämnas med 50 procent av de stödberättigade kostnaderna (i vissa fall upp till 70 procent). Stödberättigade kostnader är bland annat personalkostnader, resekostnader, material och utrustning som har direkt samband med utbildningsprojektet. Logikostnader kan inte ersättas.

2. Stöd i olika former riktade till arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder

I artikel 32 anges villkoren för stöd i form av lönesubventioner för rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar. Stödberättigande kostnader ska vara lönekostnaderna under en viss begränsad period. Stödnivån får inte överskrida 50 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Enligt artikel 33 får stöd under vissa förutsättningar lämnas för anställning av arbetstagare med funktionshinder. De stödberättigande kostnaderna ska vara lönekostnaderna under den period då arbetstagaren med funktionshinder är anställd. Stödnivån får inte överskrida 75 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Enligt artikel 34 får stöd lämnas som kompenserar för merkostnaderna för att anställa arbetstagare med funktionshinder. Stödberättigade kostnader är bland annat anpassning av lokaler och utrustning samt lönekostnader för de timmar som en arbetstagare med funktionshinder har ägnat åt rehabilitering. Stödnivån får inte överskrida 100 procent av de stödberättigande kostnaderna.

Enligt artikel 35 får stöd lämnas för att kompensera för kostnaderna för bistånd som ges till arbetstagare med sämre förutsättningar. De stödberättigande kostnaderna ska vara kostnaderna för att anställa personal för att bistå dessa arbetstagare och utbilda sådan personal. Stödnivån får inte överskrida 50 procent av de stödberättigande kostnaderna.

3. Stöd till kultur och idrott

Enligt artikel 53 i förordningen får stöd på vissa villkor lämnas till kultur och bevarande av kulturarvet.

Enligt artikel 55 får stöd på vissa villkor lämnas till idrottsinfrastruktur och multifunktionell rekreationsinfrastruktur.

4. Stöd till forskning och innovation m.m.

Andra artiklar i den allmänna gruppundantagsförordningen som eventuellt skulle kunna vara aktuella inom ramen för ett IOP inom välfärden är:

- Stöd till konsulttjänster för små och medelstora företag enligt artikel 18.
- Stöd till nystartade företag enligt artikel 22.
- Stöd till forsknings- och utvecklingsprojekt enligt artikel 25.
- Investeringsstöd till forskningsinfrastruktur enligt artikel 26.
- Stöd till innovationskluster enligt artikel 27, innovationsstöd till små och medelstora företag enligt artikel 28 och stöd till processinnovation och organisationsinnovation enligt artikel 29.

Sammanfattningsvis så skulle GBER kunna användas som rättslig grund för stödgivning inom idéburna offentliga partnerskap för vissa typer av verksamheter. För de olika stöden enligt GBER gäller dock begränsningar för vilka kostnader som får ersättas samt stödbelopp och stödnivå, så de går inte att utforma hur som helst. Det kräver även kontakter med kommissionen via regeringen och en hel del administration både av stödgivaren och av stödmottagaren.

7.3.7 Kvinnojourernas verksamhet

När det gäller de idéburna kvinnojourernas verksamhet finner utredningen skäl att göra en särskild analys. Verksamheten är komplex och frågan om dess finansiering omdiskuterad. Analysens utgångspunkt är utredningens uppdrag. Det finns dock andra regelverk utöver de som tas upp nedan som kommunerna måste följa och som

kan påverka utformningen av verksamheten. Det gäller bland annat i fall där kvinnor som söker hjälp har medföljande barn.

Kvinnojoursverksamhet är ett område där en stor andel av verksamheten under lång tid bedrivits av idéburna aktörer. Exempelvis uppskattas runt 70 procent av de skyddade boendena drivas i ideell regi jämfört med cirka 20 procent i kommunal regi och 10 procent i privat vinstdrivande regi.[53] Kvinnojourernas verksamhet finansieras med statsbidrag men också med kommunala bidrag samt genom ersättning för utförda tjänster.

Idéburna kvinnojourer bedriver verksamhet för att motverka mäns våld mot kvinnor och barn genom att stötta, skydda, förebygga och påverka. Verksamheten består bland annat av samtalsstöd, rådgivning, praktiskt stöd i kontakter med myndigheter och information, kompetensutveckling, utveckling av kvalitetsarbete och rutiner, dokumentation och uppföljning, information om verksamhet och skyddade boenden för kvinnor och deras barn.

Diskussionen om hur jourernas verksamhet kan och bör finansieras har dels handlat om gränsdragningen mellan vad som är statens respektive kommunernas ansvar, dels vad som är möjligt utifrån EU-rättens bestämmelser om offentlig upphandling och statsstöd. Många kommuner och kvinnojourer har ansett att jourernas verksamhet inte lämpar sig för offentlig upphandling.

Arbetsmarknadsdepartementet har i den tidigare nämnda promemorian Ny modell för statsbidrag till vissa ideella organisationer inom brottsofferområdet (Ds 2019:7) föreslagit en ny förordning om statsbidrag till bland annat verksamhet för att förebygga eller motverka brott. Den föreslagna förordningen innebär att flera nu gällande bidragsförordningar slås ihop till en. I promemorian förs även resonemang om kommunernas finansiering av kvinnojourernas verksamhet. Vidare anförs att skyddat boende är ett kommunalt ansvar och att när utförandet av socialtjänst lämnas över till annan ska det göras genom ett avtal. Ett sådant avtal kräver enligt promemorian detaljreglering, vilket innebär att tjänsterna sannolikt måste upphandlas.

Promemorian har remitterats. Vissa remissinstanser, bland annat Roks, Unizon och SKL har varit kritiska till slutsatsen att tjänsterna behöver upphandlas. Andra, som exempelvis Konkurrensverket m.fl., har instämt i promemorians bedömning. Kritiken handlar bland annat om att kvinnojourerna inte är vilka tjänsteföretag som helst och att

[53] SOU 2017:112 s. 290.

deras särart som idéburen aktör inte tas om hand i upphandlingar. Vidare bör verksamheten enligt kvinnojourerna inte delas upp i olika typer av tjänster utan ska ses i ett sammanhang. Eftersom verksamheten finansieras med medel från flera håll ställs det dock ofta krav på sådan uppdelning.

Det kan konstateras att skyddat boende inte är en reglerad insats enligt socialtjänstlagen på så sätt som HVB, stödboende och familjehem är. Det finns dock en beskrivande definition av skyddat boende i Socialstyrelsens termbank.[54] Kvinnojourerna tar dels emot kvinnor som vänder sig direkt till kvinnojouren för att få stöd och hjälp av olika slag, dels sådana som kommer via socialtjänsten. Det kan, som kvinnojourerna påpekat, vara svårt att separera de olika verksamheter som bedrivs. Vissa kvinnor behöver mer stöd, t.ex. komma bort från hemmet medan andra behöver praktiskt stöd av olika slag eller samtal och vägledning. Ofta behövs en kombination av detta.

Utredningens bedömning är att det är möjligt att finansiera verksamhet, även skyddade boenden, som bedrivs av idéburna kvinnojourer utan att upphandla denna verksamhet enligt LOU (se avsnitt 6.4.2 samt 7.2.4 angående begreppet offentligt kontrakt).

Om finansieringen sker genom exempelvis verksamhetsbidrag eller som en del i ett IOP måste den vara förenlig med kommunallagen och statsstödregelverket.

När det gäller statsstödsregelverket ska, som framgått i avsnitt 7.3.3 ovan, samtliga kriterier i artikel 107 EUF-fördraget vara uppfyllda för att detta regelverk ska vara tillämpligt. För ett utförligare resonemang se kapitel 6.

Vilka faktorer som kan vara viktiga vid bedömningen av om olika former av välfärdstjänster är ekonomiska eller icke-ekonomiska framgår av avsnitt 7.3.3. Se även avsnitt 6.2.4 som bland annat innehåller en redogörelse för ett ESA-beslut som rör i viss mån likartad verksamhet.[55]

Utredningen bedömer att det inte är möjligt att med säkerhet slå fast att verksamheten i sin helhet är icke-ekonomisk. Detta hindrar dock inte att en del av verksamheten är sådan, vilket också framgår av den nämnda promemorian.

För att omfattas av statsstödsreglerna ska dock åtgärden, utöver de andra kriterier som ska vara uppfyllda, även påverka handeln

[54] Insatsen definieras där som ett boende som tillhandahåller platser för heldygnsvistelse avsedda för personer som behöver insatser i form av skydd mot hot, våld eller andra övergrepp. Det finns även förslag på en lagreglerad definition i socialtjänstlagen finns i SOU 2017:112.
[55] Case No:81382, Decision No 0178/18/COL.

mellan medlemsstaterna (samhandelskriteriet), se avsnitt 7.3.3 ovan. Det är inte nödvändigt att fastställa att stödet faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna, utan endast att stödet kan påverka sådan handel. Om stödet är av relativt ringa storlek eller stödmottagaren bedriver verksamhet av relativt liten omfattning kan sådan påverkan vara mindre sannolik. I kvinnojourernas fall är verksamheten till största delen lokal även om det inte är ovanligt att kvinnor av olika skäl bor på ett boende någon annanstans än i den egna kommunen. Verksamheten riktar sig inte till medborgare i andra medlemsstater, den är för det mesta förhållandevis begränsad såväl när det gäller stödbelopp som den mottagande kvinnojourens storlek och kan normalt inte anses ha mer än en marginell verkan på villkoren för gränsöverskridande investeringar eller etableringar. I de flesta fall utgör stöd till kvinnojourernas verksamhet därför enligt utredningens bedömning inte statligt stöd.

Om stödbeloppet till den enskilda kvinnojouren inte överstiger 500 000 euro under en treårsperiod kan regelverket om stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse användas.[56] Om stödbeloppet understiger 200 000 euro under en treårsperiod kan den så kallade allmänna de minimis-förordningen[57] tillämpas, se avsnitt 7.3.4 ovan. För båda dessa regelverk gäller att den stödgivande myndigheten inte behöver göra någon egen bedömning när det gäller påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen har nämligen genom dessa förordningar slagit fast att under vissa förutsättningar är samhandelskriteriet inte uppfyllt. Skillnaden mellan dessa regelverk är att när det gäller den första måste det vara fråga om en allmännyttig tjänst. Den stödgivande myndigheten måste även skriftligen informera stödmottagaren om vilken tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilken stödet beviljas.

När det gäller de medel en kvinnojour eventuell har fått genom statsbidragsförordningar så ska dessa inte räknas med i beloppet

[56] Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.
[57] Kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse.

eftersom den verksamhet som finansieras genom dessa anses vara icke-ekonomisk.[58]

Om en kommun behöver eller vill teckna ett offentligt kontrakt med en idéburen kvinnojour finns det stöd för att direktupphandla verksamheten i enlighet med LOU. Det kan t.ex. vara fråga om enstaka platser om kontraktsvärdet understiger beloppsgränsen om drygt 2,1 miljoner kronor.[59] Det finns även andra möjligheter till förhandlat förfarande utan annonsering, se avsnitt 6.4.1. Möjligheten till direktupphandling kommer att bli större om den så kallade Förenklingsutredningens förslag genomförs, se kapitel 8 (avsnitt 8.2.2). I sådana fall kan upphandlande myndigheter direkttilldela kontrakt som avser sociala tjänster till idéburna aktörer för kontrakt med värden som understiger drygt 7 miljoner kronor.[60] En annan möjlighet kan vara att tillämpa utredningens förslag i avsnitt 8.2.1 om att reservera kontrakt till idéburna aktörer, om förutsättningarna för detta är uppfyllda i det enskilda fallet.

Sammantaget finner utredningen att det finns goda möjligheter för kommunerna att på olika sätt, bland annat genom IOP, finansiera idéburna kvinnojourers verksamhet.

7.4 Bör IOP regleras i lag?

Utredningens bedömning: Idéburet offentligt partnerskap inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet bör inte regleras i lag.

Enligt direktiven ska utredningen föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av IOP. Ytterligare ett alternativ, som framför allt har lyfts fram av vissa aktörer i den idéburna sektorn är att utredningen skulle kunna föreslå en lagstiftning som reglerar IOP. Enligt utredningens bedömning är det i första hand två olika alternativa utformningar av en sådan lagstiftning som skulle kunna vara aktuella. Det ena alternativet är en lag som innehåller kriterierna för vad ett IOP är samt hänvisningar till tillämpliga EU-rättsliga regler om statligt stöd. Det andra alternativet är en lag

[58] Se Ds 2019:7.
[59] Beloppet gäller från och med den 1 januari 2020.
[60] Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen och eventuella options- och förlängningsklausuler ska räknas med.

med angivande av vissa utpekade verksamhetsområden som bedöms inte omfattas av alternativt vara tillåtna enligt EU:s statsstödsregler. Det vore eventuellt också tänkbart med en kombination av dessa.

Fördelen med en lag som reglerar idéburna offentliga partnerskap är att det skulle upplevas som en större trygghet för såväl de offentliga som de idéburna aktörerna att ha en lag att hänvisa till. Det skulle tydliggöra att lagstiftaren har tagit ställning till vad som utmärker sådana partnerskap och under vilka förutsättningar de är möjliga att använda utan att det strider mot EU-rätten.

7.4.1 Lagstiftning med hänvisning till tillämpliga EU-rättsliga regler om statligt stöd

En lag med hänvisning till aktuella statsstödsregler enligt det första alternativet ovan skulle till att börja med innehålla de kriterier som enligt utredningen kännetecknar ett idéburet offentligt partnerskap, alltså:

1. Partnerskapet är ett samarbete mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna aktörer i välfärden.
2. Det syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål.
3. Såväl den offentliga som den idéburna aktören bidrar med resurser.
4. Partnerskapet innebär inte en tilldelning av ett offentligt kontrakt, tecknande av ett ramavtal eller upphandling av en koncession.

Lagen skulle sedan innehålla hänvisningar till aktuella statsstödsregler på så sätt att det i lagen pekas ut att den offentliga finansiering som ingår i partnerskapet ska vara förenlig med EU:s statsstödsregler på något av följande sätt:

- Finansieringen utgör inte statligt stöd enligt artikel 107 i EUF-fördraget.
- Finansieringen lämnas som ett stöd av mindre betydelse i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 eller nr 360/2012.
- Finansieringen lämnas som ersättning för en allmännyttig tjänst enligt kommissionens beslut 2012/21/EU.

– Finansieringen lämnas i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 (den allmänna gruppundantagsförordningen)

En sådan lagstiftning skulle innebära att partnerskapen fick en rättslig struktur som lagstiftaren hade tagit ställning till. Den skulle också innebära att framför allt kommuner och regioner fick något att luta sig mot, eller stödja sig på, när de ingår partnerskap. Det skulle även bli tydligt vilka EU-rättsliga regler som enligt riksdag och regering är tillämpliga.

Frågan är dock vad en sådan lagstiftning egentligen skulle tillföra och hur den skulle kunna tillämpas. Statsstödsregelverket är redan bindande för såväl staten som för kommuner och regioner. Det EU-rättsliga utrymme som finns när det gäller möjligheten för det offentliga att inom ramen för IOP finansiera olika verksamheter går inte att utöka genom att införa regler om detta i svensk lagstiftning. Kommuner och regioner har redan i dag möjlighet att, förutsatt att verksamheten omfattas av den kommunala kompetensen (se avsnitt 7.2.5) och följer övrig nationell samt EU-rättslig lagstiftning, teckna denna typ av avtal. En sådan lag innebär alltså ingen ändring av rättsläget jämfört med i dag. Lagen i sin helhet blir närmast av upplysningskaraktär.

Att lagar innehåller enskilda upplysningsbestämmelser är inte ovanligt men en lag bör innehålla någon form av normgivning. I 8 kap. regeringsformen regleras normgivningsmakten. Med normgivningsmakten avses rätten att besluta om rättsregler, dvs. regler som är bindande för enskilda och myndigheter och som gäller generellt.

En lag enligt ovanstående modell skulle inte innehålla några bindande regler. Det skulle inte heller finnas någon sanktion eller möjlighet till överprövning om lagen inte följs. Om exempelvis en idéburen aktör anser att kommunen inte har följt kriteriet om att partnerskapet ska handla om ett samarbete så innebär inte en sådan lag någon möjlighet för aktören att få denna fråga prövad. I stället blir det en fråga om att tolka det avtal som ligger till grund för partnerskapet. Det finns heller ingenting som hindrar att exempelvis en kommun tecknar ett avtal som grundar sig på helt andra kriterier med en idéburen aktör och kallar detta för ett idéburet offentligt partnerskap.

En annan sak vore om lagstiftningen var utformad så att den begränsade kommunernas handlingsutrymme att kunna ingå partnerskap jämfört med i dag. En sådan lagstiftning skulle formuleras som

så att kommuner och regioner endast under vissa förutsättningar hade möjlighet att ingå idéburna offentliga partnerskap. Detta är möjligt att göra genom lag men skulle innebära ett ingrepp i det kommunala självstyret som varken är efterfrågat eller motiverat.

En annan möjlighet skulle kunna vara att staten anslår särskilda medel för kommuner och regioner för att kunna ingå IOP:er. I så fall vore det möjligt att slå fast vilka villkor som ska vara uppfyllda för att en sådan ansökan ska beviljas.

Ett av få exempel på reglering i lag och förordning av kommuner och regioners stödgivning enligt statstödsregelverket är stöd inom ramen för den regionala tillväxtpolitiken. I lagen (2010:630) om regionalt utvecklingsansvar finns bestämmelser om att regionerna och Gotlands kommun ska besluta om användningen av vissa medel för regionalt tillväxtarbete. I bland annat förordningen (2015:210) om statligt stöd för att regionalt främja små och medelstora företag regleras användningen av sådana medel. Stöd enligt förordningen får lämnas av regionen endast i enlighet med den allmänna gruppundantagsförordningen eller den allmänna de minimis-förordningen (se avsnitt 7.3.4 och 7.3.6). Stöd enligt förordningen får lämnas i mån av tillgång på medel.

När det gäller den regionala tillväxtpolitiken handlar det alltså om särskilda medel som staten har avsatt och som bland annat regionerna får besluta om fördelningen av. Detta är dock inte fallet när det gäller utredningens uppdrag i förhållande till IOP. Utredningens uppdrag är att, genom att förtydliga det legala utrymmet, bidra till att IOP kan utnyttjas i större utsträckning. Det rör alltså hur kommuner och regioner väljer att använda sina egna medel.

När det gäller statliga myndigheter är läget delvis ett annat. Även de kan redan i dag teckna denna typ av avtal om det ligger inom deras uppdrag och är möjligt i förhållande till LOU och EU-rätten. Regeringen kan dock genom olika styrdokument, som inte behöver vara i lagform, såväl uppmana myndigheter att teckna IOP:er som peka ut vilka generella kriterier som bör gälla.

7.4.2 Lagstiftning med angivande av utpekade verksamhetsområden som enligt utredningens bedömning inte omfattas av EU:s statsstödsregler

Det andra alternativet skulle kunna vara en lag med angivande av vissa utpekade verksamhetsområden som bedöms inte omfattas av, eller under vissa förutsättningar vara förenliga med, EU:s statsstödsregler. En sådan lag skulle till att börja med liksom i alternativet ovan innehålla de kriterier som enligt utredningen definierar ett idéburet offentligt partnerskap. Lagen skulle dock, till skillnad från det föregående alternativet inte hänvisa till EU-rättsakterna utan till olika verksamhetsområden där det bedöms finnas ett EU-rättsligt utrymme att ingå idéburna offentliga partnerskap.

Fördelen med en sådan lag är att kommuner, regioner och statliga myndigheter skulle kunna tillämpa lagen direkt, utan att vara hänvisade till den bakomliggande EU-rätten. Det skulle uppfattas som att de kunde luta sig mot lagstiftarens bedömning av det EU-rättsliga utrymmet. En sådan lagstiftning skulle därför inte till samma grad vara av upplysningskaraktär eftersom riksdagen och/eller regeringen skulle ha gjort en nationell tolkning av statsstödsregelverket.

En sådan lag skulle behöva ses över löpande då frågan om en viss verksamhet typiskt sett bedrivs på en marknad och om stödet är en förutsättning för att säkerställa tillgången till tjänsten till den kvalitet eller det pris som samhället beslutar skulle behöva utvärderas löpande. Det finns inte heller några garantier för att EU-kommissionen skulle ha samma uppfattning om inte regeringen skulle anmäla lagstiftningen till kommissionen för ett rättsligt bindande beslut om att det inte är fråga om statligt stöd. I vissa frågor, som bedömningen av vad som är en tjänst av allmänt intresse, har medlemsstaterna ett stort skönsmässigt utrymme. När det däremot gäller frågan om en sådan tjänst är ekonomisk eller icke-ekonomisk finns inte samma utrymme för medlemsstaterna utan det blir fråga om en tolkning av det EU-rättsliga företagsbegreppet. Medlemsstaterna kan heller inte fritt utforma tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eftersom statsstödsreglerna förbjuder statsstöd som inte följer de tillämpliga statsstödsreglerna, bland annat regler om att förhindra så kallad överkompensation.

Att i lag peka ut verksamheter som faller utanför artikel 107 i funktionsfördraget är svårt eftersom det ofta är avhängigt hur verk-

samheten har organiserats i det enskilda fallet. Ett av få områden där det skulle vara möjligt är om det handlar om utövandet av offentlig makt (myndighetsutövning). Detta är dock inte aktuellt för den verksamhet som de idéburna aktörerna bedriver inom ramen för ett IOP.

Utredningens avgränsning av begreppet välfärd innebär att följande områden omfattas:

- hälso- och sjukvård,
- hälsofrämjande verksamhet,
- sociala omsorgstjänster,
- utbildning, sådan som regleras av skollagen, utbildning och bildning som folkhögskolor och studieförbund genomför, och annan utbildning med kommun, region och statliga myndigheter som huvudman,
- aktiviteter inom arbetsmarknadsområdet, och
- verksamheter som syftar till att öka människors integration och inkludering i samhället samt att motverka segregation och isolering.

Om stöd inom dessa verksamhetsområden i sin helhet i en IOP- lag skulle anses vara antingen inte statsstöd eller tillåtna stöd (oavsett förutsättningarna i det enskilda fallet) skulle tillämpningen av denna lagstiftning i vissa fall ändå bryta mot EU-rätten. Detta eftersom det även när det gäller välfärdsverksamheter finns fall då det exempelvis existerar en marknad och då samhandeln mellan medlemsstaterna påverkas. Ett alternativ för att lösa detta skulle kunna vara att exempelvis ange att ”partnerskap kan ingås beträffande social omsorgsverksamhet så länge det inte finns någon marknad för denna verksamhet”. En sådan bestämmelse skulle dock inte ge den ansvariga myndigheten särskilt mycket hjälp eftersom det är just den frågan som oftast är den svåraste att bedöma.

De enskilda stöden kan oavsett vad som skulle anges i en nationell lagstiftning komma att anmälas till EU-kommissionen och bli föremål för prövning och krav på återbetalning. Tillåtna stöd har alltid någon form av villkor som måste följas. Beträffande sådana stöd måste begränsningarna och förutsättningarna för respektive regelverk på något sätt framgå av lagstiftningen.

Skulle endast verksamheter anges i lagen, vilka med någorlunda säkerhet kan bedömas hamna utanför statsstödsdefinitionen, se exemplen i avsnitt 7.3.3 ovan, så skulle tillämpningsområdet bli mycket smalt. Det skulle exempelvis kunna anges att behandlingscenter för krigsskadade och torterade, vissa stöd till brottsoffer och små lokala arbetsmarknadsprojekt är områden där IOP kan ingås.

För det första är det dock inte säkert att ens dessa verksamheter alltid, oavsett sammanhang, skulle betraktas som icke-ekonomiska, alternativt inte påverka samhandeln. För det andra skulle många verksamheter hamna utanför en sådan lista, trots att de under vissa förutsättningar skulle vara att bedöma som exempelvis icke-ekonomisk verksamhet.

7.4.3 Sammantagen bedömning

Utredningen har i föregående avsnitt analyserat två alternativa möjligheter att utforma en eventuell IOP-lag. Mot bakgrund av de invändningar av olika slag som kan resas mot båda dessa alternativ och som framgår av resonemangen ovan är det utredningens bedömning att kriterierna för IOP inte bör slås fast i lag. Även Välfärdsutredningen kom till den slutsatsen att det är svårt att i lag reglera detta område eftersom en lagstiftning riskerar att bli både onödigt begränsande, vag och därmed inte bidra till en positiv utveckling.

7.5 Utredningens förslag

Utredningens förslag: Följande kriterier ska vara vägledande vid ingående av idéburna offentliga partnerskap inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet:

1. Partnerskapet är ett samarbete mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna aktörer i välfärden.
2. Det syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål.
3. Såväl den offentliga som den idéburna aktören bidrar med resurser.
4. Partnerskapet får inte innebära en tilldelning av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession.
5. Den offentliga finansiering som ingår i partnerskapet ska vara förenlig med EU:s statsstödsregler på något av följande sätt:

– Finansieringen utgör inte statligt stöd enligt artikel 107 i EUF-fördraget.

– Finansieringen lämnas som ett stöd av mindre betydelse i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 eller kommissionens förordning (EU) nr 360/2012.

– Finansieringen lämnas som ersättning för en allmännyttig tjänst enligt kommissionens beslut 2012/21/EU.

– Finansieringen lämnas i enlighet med kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 (den allmänna gruppundantagsförordningen).

Upphandlingsmyndigheten ges i uppdrag att arbeta med informationsinsatser gentemot offentliga och idéburna aktörer med utgångspunkt i de kriterier för IOP som utredningen har tagit fram. Upphandlingsmyndigheten ska vidare förvalta och utveckla utredningens vägledning utifrån bland annat praxis och praktiska erfarenheter. Uppdraget bör genomföras i samverkan med Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor, företrädare för de idéburna aktörerna och med Sveriges Kommuner och Landsting.

Enligt direktiven ska utredningen föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av IOP. Utredningens bedömning är att en lista med kriterier i kombination med en vägledning innebär ett tillräckligt stöd för kommuner, regioner och statliga myndigheter samt de idéburna aktörer som vill ingå idéburna offentliga partnerskap.

I avsnitt 7.2 har utredningen redogjort för vad som bedöms utmärkande för sådana partnerskap. Det handlar om samarbeten mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna aktörer i välfärden som syftar till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt mål. Vidare bygger partnerskapen på att såväl den offentliga och den idéburna aktören bidrar med resurser. Slutligen är en av förutsättningarna att det inte rör sig om tilldelning av offentliga kontrakt.

I avsnitt 7.3 har utredningen redogjort för relevanta statsstödsregler och hur dessa skulle kunna tillämpas. Detta kan sammantaget bilda en lista med kriterier som innehåller vad ett partnerskap är och vilka alternativ som finns när det gäller statsstödsregelverket. För att åskådliggöra hur kriterierna kan tillämpas kan en schematisk bild användas, se bilaga. De regelverk, alternativ och exempel som redogjorts för i detta kapitel finns sammanfattade i en vägledning till detta betänkande.

Det är utredningens uppfattning att det även ska lämnas ett uppdrag till Upphandlingsmyndigheten att arbeta med informationsinsatser för att med utgångspunkt i de kriterier för IOP som utredningen har tagit fram kunna bidra med vägledning till berörda aktörer. Utredningen anser att Upphandlingsmyndigheten är den mest lämpade myndigheten eftersom där finns kompetens rörande såväl regelverket för offentlig upphandling som statsstödsreglerna, vilka ett IOP måste förhålla sig till. Myndigheten kan därmed bistå med vägledning om IOP till myndigheter och aktörer så att IOP inte ingås i strid med dessa regler. I uppdraget bör ingå att förvalta den vägledning som utredningen tagit fram. Uppdraget bör genomföras i samverkan med berörda aktörer, som MUCF, SKL och företrädare för de idéburna aktörerna, vilka kan komplettera med viktiga erfarenheter av IOP och det civila samhället. Om Upphandlingsmyndigheten samverkar med dessa aktörer är det utredningens bedömning att det kommer att främja ingåendet av IOP så att samverkansformen kan bli det komplement till upphandling och bidragsgivning som syftet är.

8 Utredningens bedömningar och förslag rörande offentlig upphandling

Detta kapitel innehåller utredningens bedömningar och förslag rörande offentlig upphandling. Det är uppdelat på bedömningar och förslag rörande tillämpning respektive ändring av regelverket.

8.1 Bedömningar och förslag som rör tillämpningen av upphandlingslagstiftningen

Utredningens bedömning: Det finns flera möjligheter att inom ramen för gällande upphandlingsregelverk utforma upphandlingar på sätt som underlättar för idéburna aktörer och bättre tar tillvara de idéburna aktörernas särart och det mervärde de kan tillföra.

Utredningens förslag: Upphandlingsmyndigheten får i uppdrag att arbeta med riktade informationsinsatser gentemot idéburna aktörer och upphandlande myndigheter i syfte att öka idéburna aktörers deltagande i upphandlingar. Uppdraget ska genomföras i samverkan med relevanta aktörer, såsom företrädare för upphandlande myndigheter, t.ex. Sveriges Kommuner och Landsting samt för den idéburna sektorn. Även Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor ska inkluderas i uppdraget.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör om en tjänst ska upphandlas eller inte. Upphandlingslagstiftningen innehåller regler om hur ett inköp som omfattas av reglerna ska gå till men reglerar inte vad som ska upphandlas. Vilka kvalitetskrav som ska ställas på

en tjänst eller vilka kvalifikationer och erfarenheter som en leverantör behöver ha är något som den upphandlande myndigheten avgör så länge kraven är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna.[1] Sammantaget ger reglerna om offentlig upphandling myndigheter som omfattas av dem relativt stor flexibilitet. Vidare kan valfrihetssystem enligt LOV vara ett alternativ till upphandling enligt LOU.[2] För att upphandlingar ska bli bra krävs det att den upphandlande myndigheten har ett strategiskt synsätt och avsätter tillräckliga resurser för att genomföra dem samt att de följer upp upphandlade avtal kontinuerligt och utvärderar resultatet.

Upphandlande myndigheter kan vara alltifrån små kommuner med få anställda och som saknar upphandlings- och inköpsresurser till stora regioner och myndigheter med utvecklad kompetens på området. Upphandlande myndigheter som saknar möjligheter att upphandla på egen hand är ofta med på de större inköpscentralernas ramavtal, t.ex. Statens Inköpscentral, SKL Kommentus, HBV (allmännyttans inköpsfunktion) eller någon regional inköpscentral.

På anbudssidan varierar det också stort storleksmässigt och därmed resurs- och kompensmässigt. Även potentiella leverantörer har möjligheter att ta hjälp av varandra genom att gå ihop och lämna anbud tillsammans, åberopa varandras resurser eller kompetens samt ta hjälp av exempelvis en bransch- och intresseförening eller konsulter. Avsnitt 4.2.3 innehåller en beskrivning av problemen med offentlig upphandling som idéburna aktörer har fört fram. Det som nämns är framför allt kunskaps- och planeringsbrister, rädsla att göra fel och en önskan att undvika överprövningar. Kunskapsbrister anses finnas både på upphandlarsidan samt hos de idéburna aktörerna.

Av avgörande betydelse för i vilken utsträckning idéburna aktörer kan och vill delta i upphandlingar och i vilken grad de är framgångsrika är givetvis vad som upphandlas och vilka krav som ställs på tjänsten och leverantörerna. Om den tjänst som upphandlas är inom ett område där idéburna aktörer har kompetens och förmåga och de krav som ställs är sådana att den särart som en idéburen aktör har innebär en fördel ökar sannolikt såväl intresset för att delta som chanserna till framgång. Vilka de krav som får en sådan effekt är skiljer sig åt beroende på vilken typ av tjänst och vilken typ av idéburen aktör det rör sig om.

---

[1] Se avsnitt 6.4.
[2] LOV gäller dock endast för vissa tjänster, se kap. 9.

Det finns dock andra åtgärder inom ramen för gällande lagstiftning som mer generellt skulle underlätta för idéburna aktörer att delta i upphandlingar. Dessa är ofta sådana som är positiva för leverantörsmångfalden i stort då de t.ex. även underlättar för mindre företag.

Åtgärder som upphandlande myndigheter kan vidta

På upphandlarsidan finns det flera åtgärder som kan vidtas för att underlätta för idéburna aktörer att delta i upphandlingar och således förbättra mångfalden av leverantörer till förmån för brukarna av de tjänster som upphandlas.

För att nå framgång är det viktigt att informationen om kommande upphandlingar och hur den upphandlande myndigheten planerar sin verksamhet når de idéburna aktörerna. Informationen på den upphandlande myndighetens webbsida bör vara uppdaterad om pågående, kommande och avslutade upphandlingar. Det har framkommit att idéburna aktörer inte vet var de hittar upphandlingsannonserna och tydlig information på myndighetens hemsida kan råda bot på det.

Många kommuner och regioner har upparbetade kontaktytor med den idéburna sektorn.[3] Det kan vara nätverk eller andra konstellationer som träffas mer eller mindre regelbundet för att t.ex. diskutera stöd- och bidragssystem samt förutsättningarna att verka i civilsamhället eller andra frågor som rör idéburna aktörer. Många kommuner har också träffar för det lokala näringslivet. Information om den upphandlande myndighetens upphandlingar kan som komplement till hemsidan lämnas i dessa redan existerande nätverk. Ett annat alternativ är att skapa nya nätverk med fokus på offentlig upphandling där idéburna aktörer ingår.

Större upphandlande myndigheter genomför ibland egna mässor och seminarium eller deltar i andras i informationssyfte. Ytterligare sätt att ta tillvara vad idéburna aktörer kan bidra med är att låta dem och andra potentiella leverantörer lämna synpunkter på utkast till upphandlingsdokument genom s.k. extern remiss. Då kan de idéburna aktörerna och andra presumtiva anbudsgivare på ett tidigt stadium komma med synpunkter på krav och villkor samt ställa frågor. Den upphandlande myndigheten får då ett bättre underlag. Det finns

[3] Se avsnitt 7.1.4 om samverkan.

flera exempel på att externa remisser lett till goda resultat. Att presentera upphandlingsdokumenten på ett möte eller genom en film kan också fånga flera presumtiva anbudsgivare. När det handlar om upphandling av välfärdstjänster är det vidare viktigt att ha med brukarperspektivet. Det kan göras genom att den upphandlande myndigheten genomför dialog med organisationer som företräder brukarna av de aktuella tjänsterna.[4]

Det är möjligt att ha dialog med presumtiva leverantörer under samtliga delar av en upphandling.[5] Särskilt viktigt med dialog är det i de inledande delarna av ett förfarande. I den förberedande fasen då marknaden undersöks kan studiebesök hos idéburna aktörer genomföras. Vidare kan man i vissa fall låta anbudsgivarna presentera sina anbud muntligt. Det är också viktigt att informera anbudsgivarna om resultatet av en upphandling. Då finns det möjligheter för den upphandlande myndigheten att förklara varför ett anbud värderats högre än andra och svara på de frågor som finns. När resultatet från sådana möten tas om hand och förs in i nästa upphandling utvecklas verksamheten.

Under pågående kontraktstid ska den upphandlande myndigheten kontrollera att leverantören lever upp till de krav och villkor som ställs i upphandlingen. Upphandlingen ska naturligtvis också utvärderas för att säkerställa att det ställdes rätt eller tillräckliga krav. Det innebär dock inte att leverantören och den upphandlande myndigheten inte kan samverka i andra frågor.

För att underlätta för idéburna aktörer kan det även vara lämpligt att vara noggrann med att inte i onödan ställa krav som riskerar att försvåra för dessa. Ett exempel är krav på att leverantören ska ha en viss årlig omsättning, då många idéburna aktörer är relativt små. Att dela upp stora kontrakt i mindre är ett annat sätt att se till så att mindre anbudsgivare inte utestängs.[6]

Att i stället för att detaljreglera hur en tjänst ska utföras ställa funktionskrav på resultatet är ett annat sätt att upphandla på som skulle kunna underlätta för aktörer som arbetar på andra sätt och därmed bättre ta tillvara idéburna aktörers särart och mervärde. Med

[4] Se t.ex. Upphandlad – Forskarperspektiv på offentlig upphandling inom vård och omsorg, Idealistas, 2019, kap. 5 och Samverkan med brukare och patienter i upphandlingsprocessen, SKL 2014.
[5] De grundläggande principerna ska dock upprätthållas, se kap. 6, avsnitt 4.1.
[6] Enligt 4 kap. 14 § LOU ska en upphandlande myndighet motivera varför en uppdelning inte har skett. Detta gäller även tjänster som omfattas av kap. 19, se kap. 6, avsnitt 4.1.

krav kopplade till mål vilka mäts som önskade effekter och resultat låses inte utförandet till någon särskild teknik eller arbetsmetod utan ger möjlighet för leverantörer att bestämma hur en tjänst ska utföras. Möjligheterna till flexibilitet under avtalsperioden anses också öka när funktionskrav används. Samtidigt ställer denna typ av upphandling högre krav på såväl upphandlande myndigheter som anbudsgivare.

Sammanfattningsvis finns det alltså en mängd åtgärder som en upphandlande myndighet kan vidta för att få bättre och fler anbud bl.a. från idéburna aktörer.

Åtgärder som de idéburna aktörerna kan vidta

Det finns statistik som visar att när idéburna aktörer lämnar anbud så vinner de kontrakt i högre omfattning än andra anbudsgivare.[7]

Många upphandlande myndigheter ordnar regelbundet träffar med det lokala näringslivet i syfte att informera om kommande upphandlingar. Där kan idéburna aktörer som är intresserade delta. I de fall det finns ett lokalt nätverk för idéburen sektor kan aktörer föreslå att offentlig upphandling tas med på agendan där.

Upphandlingsmyndigheten har stöd på sin hemsida och anordnar t.ex. seminarier och andra aktiviteter som kan öka kunskaperna om hur offentlig upphandling går till.

En del upphandlingar är omfattande och svåra för mindre aktörer att vara med och tävla om. Då kan flera idéburna aktörer gå samman och lämna anbud tillsammans. Ett annat alternativ är att en idéburen aktör lämnar anbud men åberopar en annan aktörs kapacitet.

Under anbudstiden finns ofta funktionen frågor och svar. Genom att ta del av vad som skrivs där får anbudsgivare viktig information. Det är alltså betydelsefullt att ta del av vad som skrivs där och ta vara på tillfället att ställa frågor om underlaget om det är något som är oklart.

När eller om en idéburen aktör inte vunnit en upphandling kan också kontakt tas med den upphandlande myndigheten för att fråga vad som gick fel och därmed lära vad som kan göras bättre till nästa gång.

[7] 66 procent antas jämfört med 46 procent för övriga, Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 resp. Konkurrensverkets rapport 2018:9.

Vad kan Upphandlingsmyndigheten bistå med?

Av förordningen (2015:527) med instruktion för Upphandlingsmyndigheten framgår att myndigheten har det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter. Myndigheten ska verka för en rättssäker, effektiv och socialt och miljömässigt hållbar upphandling till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska främja innovativa lösningar inom upphandling. I 2 § instruktionen anges att det stöd som myndigheten ger bl.a. ska underlätta för idéburna organisationer att delta i upphandling.

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle föreslog att Upphandlingsmyndigheten skulle få i uppdrag att utarbeta vägledningar i syfte att öka civilsamhällets organisationers deltagande i offentliga upphandlingar.[8] Regeringen bedömde dock att det saknades behov av ett uppdrag eftersom det kunde genomföras inom ramen för Upphandlingsmyndighetens uppdrag. Även Välfärdsutredningen föreslog att Upphandlingsmyndigheten skulle få ett regeringsuppdrag med syfte att öka idéburna aktörers deltagande i offentliga upphandlingar genom informationsinsatser samt ett särskilt uppdrag att utarbeta en vägledning för samverkan mellan det offentliga och den idéburna sektorn. Inte heller dessa förslag har lett till regeringsuppdrag. Något särskilt riktat stöd till idéburna organisationer har ännu inte tagits fram av Upphandlingsmyndigheten. Ett antal andra åtgärder har dock vidtagits.

Tillsammans med NOD[9] har Upphandlingsmyndigheten drivit ett s.k. lärnätverk om konkurrens och upphandlingsfrågor med deltagare från idéburna aktörer. Ett lärnätverk är ett nätverk för erfarenhetsutbyte mellan offentliga aktörer och civilsamhället som rör ett särskilt tema.[10] En serie möten arrangeras i syfte att underlätta dialogen mellan deltagarna och nätverket pågår under en bestämd tid. Utfallet utvärderas och beslut fattas sedan om hur verksamheten eventuellt ska tas vidare. NOD:s kansli administrerar nätverket. Detta lärnätverk genomförde sex träffar mellan oktober 2018 och november 2019 och kommer att avslutas med en konferens och en skrift som sammanställer och tillgängliggör de lärdomar som kommit fram ur arbetet.

[8] SOU 2016:13.
[9] Nationellt organ för dialog och samråd mellan regeringen och det civila samhället.
[10] www.nodsverige.se/larnatverk

Upphandlingsmyndigheten har tagit fram en del vägledningar som rör olika tjänster, t.ex. ett webbaserat stöd för att upphandla eller utkontraktera (genom valfrihetssystem) vård- och omsorgstjänster.[11] Det finns dock ännu inget särskilt stöd eller vägledning som syftar till att underlätta de idéburna aktörernas anbudsgivning. Behovet av att öka antalet anbud i den offentliga upphandlingen är angeläget. Utredningen anser att Upphandlingsmyndigheten bör få ett särskilt uppdrag med syfte att öka idéburna aktörers deltagande i offentliga upphandlingar genom riktade informationsinsatser tillsammans med andra åtgärder som myndigheten finner lämpliga. Ett sådant uppdrag bör ges eftersom skrivningarna i instruktionen inte lett till tillräckliga åtgärder. I Upphandlingsmyndighetens arbete enligt det föreslagna uppdraget kan det ingå att undersöka vilka krav som anses vara särskilt besvärliga för idéburna aktörer och som utesluter deras deltagande. Det arbetet torde kunna bidra till att fler anbud kommer in även från små företag och därmed gynna leverantörsmångfalden. Uppdraget bör genomföras i samverkan med upphandlande myndigheter och idéburna aktörer. Det bör även genomföras i samråd med Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor (MUCF) eftersom där finns viktig kunskap om de idéburna organisationerna samt med SKL.

8.2 Bedömningar och förslag för upphandling av kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster

För upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster vilka understiger tröskelvärdet om 750 000 euro saknas förfarande-regler i LOU-direktivet. Detta tröskelvärde är högre än tröskelvärdet för varor och andra tjänster, vilket uppgår till 139 000 euro för statliga myndigheter och 214 000 euro för kommuner och regioner.[12] För sociala och andra särskilda tjänster som överstiger tröskelvärdet gäller att upphandlingarna ska annonseras och att rättsmedlen ska

[11] www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/vard-och-omsorg
[12] Enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/1828 av den 30 oktober 2019 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärdena för offentlig upphandling av varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten samt för projekttävlingar.

tillämpas. Däremot finns det inga detaljerade förfaranderegler för dessa upphandlingar i upphandlingsdirektiven.

Svensk upphandlingslagstiftning har sedan länge reglerat upphandlingar av tjänster som inte är, eller endast till viss del är, reglerade i upphandlingsdirektiven. Lagen om offentlig upphandling som trädde i kraft den 1 januari 1994 innehöll regler om upphandling av kontrakt med belopp som understeg EU:s tröskelvärden samt för B-tjänster[13] oavsett värde. Reglerna för upphandling under tröskelvärdena och för B-tjänster var dock inte lika detaljerade som de som gällde de direktivstyrda upphandlingarna. Denna ordning har behållits och nu gällande lag innehåller också bestämmelser för upphandlingar som understiger EU:s tröskelvärden i ett särskilt kapitel. En nationell beloppsgräns om 15 procent av EU:s tröskelvärde för varor och tjänster, cirka 287 000 kronor, infördes i LOU den 15 juli 2010.[14] Upphandlingar vilka understeg denna summa omfattades inte av bl.a. annonseringsplikten och kallades direktupphandlingar. Beloppsgränsen höjdes sedan till 28 procent av tröskelvärdet, i dag cirka 586 000 kronor, i juli 2014. Beloppet höjs till 615 312 kronor den 1 januari 2020.

Den 1 januari 2019 trädde nya bestämmelser i LOU i kraft som rör upphandling av vissa tjänster som benämns välfärdstjänster och vars värde beräknas understiga EU:s tröskelvärde om 750 000 euro. Bestämmelserna innebär att sådana upphandlingar omfattas av färre regler än vad som gällt tidigare. Det finns bestämmelser om att upphandlingarna ska annonseras, om information till leverantörer, dokumentation och rättsmedel. Om kontraktsvärdet beräknas understiga 2 156 469 kronor[15] eller om något undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt behöver upphandlingen inte annonseras. De tjänster som omfattas av lagändringen är tjänster inom hälsovård, socialtjänst och därmed närbesläktade tjänster. Här ingår tillhandahållande av hemtjänstpersonal, förmedling av vårdpersonal och läkare, arbetskraftstjänster för hushåll, bemanningstjänster för enskilda, tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, tillfällig personal för hushåll och hemtjänst. Även admini-

[13] B-tjänster oavsett värde ansågs ha ett begränsat gränsöverskridande syfte och omfattades endast av vissa artiklar, se kap. 6, avsnitt 4.1.
[14] Tidigare gällde att upphandlingar av ”lågt värde” kunde ske genom direktupphandling. Vad lågt värde uppgick till varierade mellan upphandlande myndigheter varför en fast beloppsgräns infördes, prop. 2009/10:180 s. 288 f.
[15] Nytt tröskelvärde från den 1 januari 2020.

stration inom socialtjänsten samt utbildningsadministration och hälsovårdsförvaltning ingår i begreppet välfärdstjänster. I dessa tjänster ingår tjänster inom offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster samt undervisnings- och utbildningstjänster. Samtidigt med dessa ändringar infördes möjligheten att reservera kontrakt för vissa tjänster enligt artikel 77 i LOU-direktivet.[16] Sedan tidigare finns också bestämmelserna om möjligheten att reservera kontrakt för arbetsintegrerande företag enligt artikel 20.1 infört i LOU.

8.2.1 Möjligheter att reservera kontrakt för upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro

Utredningens bedömning: Det finns ett rättsligt utrymme som gör det möjligt att reservera kontrakt till idéburna aktörer när det gäller sociala tjänster och övriga tjänster vilka omfattas av den enklare regimen i LOU-direktivet.

Utredningens förslag: En möjlighet att reservera kontrakt till idéburna aktörer ska införas i 19 kap. LOU.

Upphandlande myndigheter ska enligt bestämmelsen ges möjlighet att reservera rätten att delta i en upphandling av de välfärdstjänster som räknas upp i bilaga 2 a till idéburna aktörer, under förutsättning att det bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet.

I upphandlingsdirektiven finns detaljerade regler om hur upphandlingar ska genomföras men de innehåller också möjligheter för medlemsstaterna att anpassa sin lagstiftning efter nationella behov och önskemål. Vissa bestämmelser i direktiven är frivilliga att införa, under tröskelvärdena förfogar medlemsländerna till stor del över reglerna och en del tjänster är helt undantagna från tillämpningsområdet. Varje medlemsstat har i regel egna nationella bestämmelser om upphandlingar som understiger EU:s tröskelvärden vilka reglerar en stor del av den offentliga upphandlingen i varje land. Syftet med de nya upphandlingsdirektiven har inte varit att utöka dess tillämpningsområde jämfört med de tidigare gällande direktiven, det framgår av

[16] 19 kap. 6 a och b §§ LOU.

skälen till LOU-direktivet. De idéburna aktörerna är en viktig resurs i samhället men utför trots det en förhållandevis liten andel av välfärdstjänsterna. En möjlighet för upphandlande myndigheter att reservera kontrakt till idéburna aktörer skulle kunna innebära ökade möjligheter för dessa att få kontrakt. Det har, på bl.a. arbetsmarknadsområdet, anförts att en möjlighet att kunna reservera kontrakt till idéburna aktörer skulle innebära att kompetensen inom den idéburna sektorn bättre skulle kunna tillvaratas.[17] Nedan följer en redogörelse för vilket rättsligt utrymme som kan finnas för att reservera sådana kontrakt.

EU-domstolens rättspraxis

Sodemare[18]

Förhandsavgörandet rörde tre bolag som ansökt om att få ansluta sig till den italienska socialförsäkringen i syfte att få ersättning för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär men fått avslag. Det var enligt den aktuella lagen i medlemsstaten endast möjligt för bolag utan vinstsyfte att ingå avtal och erhålla ersättning. Bolagen uppfyllde inte detta villkor.

EU-domstolen påpekade att gemenskapsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem. Systemet var grundat på en solidaritetsprincip och var i första hand avsett att hjälpa personer som var behövande på grund av låg inkomst, vårdberoende eller risk för utslagning. Endast i andra hand och i mån av tillgängliga medel erbjöds hjälp till andra enligt en fastställd taxa vilken var beroende av familjeinkomst.

Den italienska regeringen menade att villkoret om avsaknad av vinstsyfte visat sig vara det lämpligaste medlet att uppnå de – uteslutande – sociala målsättningarna för systemet. EU-domstolen konstaterade att en medlemsstat inom ramen för sin behörighet att utforma ett socialtjänstsystem, kan kräva att de som verkar i det saknar vinstsyfte.

Domstolen påpekade också att bolag med vinstsyfte från andra medlemsstater inte försattes i en situation som var faktiskt och rätts-

[17] Vissa förutsättningar inför reformeringen av Arbetsförmedlingen Rapportering i enlighet med regeringsuppdrag, Arbetsförmedlingen 2019-11-01.
[18] C-70/95 Sodemare SA, Anni Azzuri Holding SpA, Anni Azzuri Rezzato Srl, och Regione Lombardi, ”Sodemare”.

ligt mindre gynnsam än för bolag med vinstsyfte från medlemsstaten. Någon diskriminering var det således inte fråga om. Domstolen menade vidare att bestämmelserna om rätten att fritt tillhandahålla tjänster inte omfattar den situationen att ett bolag driver hem, och utför tjänster för äldre personer som vistas permanent och på obestämd tid i dessa hem.

Spezzino[19]

I målet bedömde EU-domstolen om direkttilldelning av kontrakt till särskilda frivilligorganisationer, även kallade välgörenhetsorganisationer, var förenligt med unionsrätten. Kontraktet avsåg akuta och mycket akuta sjuktransporter och hade ingåtts mellan lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheter och frivilligorganisationer samt det italienska Röda korset.

I den italienska lagen (lag om inrättande av den nationella hälso- och sjukvårdstjänsten) som ramavtalet var en följd av angavs att frivilligorganisationer och andra ideella sammanslutningar har till syfte att bidra till förverkligandet av organisationsmålet för det nationella hälso- och sjukvårdssystemet. Det fanns också bestämmelser i lagen som definierade frivilligarbete och vilka intäkter som frivilligorganisationer fick ha. Det preciserades att organisationerna inte fick använda professionella medel, såsom marknadsföring, skyltar, varumärken och affärslokaler, för att säkerställa deras konkurrenskraft på marknaden och att avtal med myndigheter inte innebär att organisationer tar emot professionella medel. En regional lag om frivilligarbete förtydligade vad som gällde på denna nivå. I den regionala lagen angavs att sjuktransporttjänster är en verksamhet av allmänintresse som ska tillhandahållas internt och om det inte är möjligt ska i första hand frivilligorganisationer, Röda Korset och andra behöriga offentliga institutioner eller organ se till att tjänsten tillhandahålls under budgetmässiga omständigheter som innebär ekonomisk jämvikt. Det saknades krav om att avtalen skulle föregås av annonsering enligt upphandlingslagstiftningen.

Två företag klagade på beslutet att ingå avtal eftersom de hävdade att den italienska lagen utgjorde en diskriminering av organ som inte bedriver frivilligarbete men som är verksamma i samma sektor. Begä-

[19] C-113/13 Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino”.

ran om förhandsavgörande innehöll frågan om artiklarna om etableringsfrihet, fri rörlighet för tjänster samt principerna om likabehandling och icke-diskriminering utgjorde hinder för tilldelning om det sker genom avtal i vilka det föreskrivs att ersättning endast utgår för faktiska kostnader. Den andra frågan rörde om reglerna om offentlig upphandling hindrade nationell lagstiftning som tillät direkt tilldelning av kontrakt för tjänster som endast delvis omfattas av dem. Den sista frågan gällde om ramavtalet i fråga kunde anses innehålla ekonomiska villkor i upphandlingsrättslig mening.

EU-domstolen inledde med att klassificera avtalet som ett offentligt kontrakt som i princip omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18/EG. Domstolen påpekade att omständigheten att ersättningen endast avsåg kostnaderna för att tillhandahålla tjänsterna saknade betydelse. Domstolen påpekade sedan att det var fråga om ett blandat kontrakt som innehöll både A- och B-tjänster och att det kunde finnas ett gränsöverskridande intresse av hela eller delar av ramavtalet. För de delar av kontraktet som översteg tröskelvärdet och som till största delen ansågs röra A-tjänster utgjorde direktivet ett hinder mot att direkttilldela kontrakt till organisationerna. Vidare angav domstolen att om direktivets mer utförliga reglering som rör A-tjänster inte var tillämpligt skulle däremot endast de allmänna principerna om insyn och likabehandling tillämpas såvida kontraktet hade ett gränsöverskridande intresse.

När ett kontrakt direkttilldelas ett företag i samma medlemsstat som den upphandlande myndigheten innebär det en negativ särbehandling av företag från andra medlemsstater enligt domstolen. Det utgör indirekt diskriminering, vilken är förbjuden, om det inte föreligger sakliga skäl för särbehandlingen. Härefter utvecklade EU-domstolen om det förelåg sådana sakliga skäl.

EU-domstolen framhöll att den italienska lagen motiverades av principerna om universalitet, solidaritet, ekonomisk effektivitet och adekvans så att det kunde säkerställas att den allmännyttiga tjänsten tillhandahölls under budgetmässiga omständigheter i ekonomisk jämvikt. Domstolen poängterade också att bestämmelsen i lagen som gav möjlighet att tilldela avtalet var en del av de konstitutionella och rättsliga bestämmelserna om medborgarnas frivilligarbete beträffande tjänster av allmänintresse.

EU-domstolen förde härefter fram att unionsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina system för

hälso- och sjukvård och social trygghet. Medlemsstaterna får dock inte införa eller bibehålla obefogade inskränkningar av de grundläggande friheterna. Människors liv och hälsa har högsta prioritet bland de värden och intressen som skyddas genom fördraget och det ankommer på medlemsstaterna att fastställa på vilken nivå de vill säkerställa skyddet för folkhälsa och på vilket sätt nivån ska uppnås. EU-domstolen lyfte i målet fram att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende. EU-domstolen angav också att det inte bara är risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas som kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse utan även att upprätthålla en väl avvägd läkar- och sjukhusvård som är tillgänglig för alla.

EU-domstolen hänvisade vidare till Sodemare-målet[20] och erinrade om att en medlemsstat kan anse att ett socialtjänstsystem för äldre kräver att endast aktörer utan vinstsyfte får anslutas till systemet. Organisationerna, de icke-vinstsyftande, måste faktiskt bidra till förverkligandet av den sociala målsättningen och till att uppfylla målen beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som systemet vilar på. EU-domstolen angav att det krävs att frivilligorganisationerna inte eftersträvar andra målsättningar än de som har angetts, att deras tjänster inte genererar någon vinst för dem bortsett från den ersättning som är nödvändig för att tillhandahålla tjänsterna och att det inte genereras någon vinst för organisationernas medlemmar.

EU-domstolen besvarade tolkningsfrågorna som så att artiklarna i fördraget om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att tillhandahållandet av akuta och mycket akuta sjuktransporttjänster i första hand sker genom direkt tilldelning till frivilligorganisationer som ingått avtal med en myndighet. Det gäller dock under förutsättning att den rättsliga och avtalsrättsliga ram inom vilken organisationerna utövar sin verksamhet bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen och till att uppfylla de mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som lagstiftningen vilar på.[21]

[20] C-70/95 Sodemare punkt 32.
[21] Generaladvokat Wahls förslag till avgörande innehåller ett annat slut: då gällande upphandlingsdirektiv utgör enligt förslaget hinder för en dylik bestämmelse.

CASTA[22]

Förhandsavgörandet rör en lokal hälso- och sjukvårdsmyndighets tilldelning av kontrakt avseende vissa sjukvårdstransporter till en sammanslutning av frivilligorganisationer. Transporterna avsåg bl.a. transport av dialyspatienter till olika sjukvårdsinrättningar. Två företag klagade på beslutet. Företagen ansåg att unionsrätten åsidosatts vid tilldelningen av kontraktet.

Domstolen angav inledningsvis att förfarandet inte var tillåtet för det fall direktiv 2004/18/EG var fullt tillämpligt. Därefter redogjorde domstolen för hur förfarandet förhöll sig till artiklarna 49 och 56 FEUF (etableringsfrihet och fri rörlighet för tjänster). Domstolen konstaterade att om ett kontrakt tilldelas ett företag i samma medlemsstat som den upphandlande myndigheten utgör det en negativ särbehandling av företag som finns i andra medlemsstater. Det är inte tillåtet om det inte finns sakliga skäl. EU-domstolen fastställde härefter principerna från avgörandet i Spezzino-målet.

EU-domstolen upprepade att unionsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas befogenhet att utforma sina system för hälso- och sjukvård och social trygghet. Domstolen slog vidare fast att det under vissa omständigheter är möjligt att anförtro utförandet av sjuktransporter åt frivilligorganisationer genom direkt tilldelning i den mån organisationernas verksamhet faktiskt bidrar till att förverkliga en social målsättning och till att uppfylla mål om solidaritet och budgetmässig effektivitet utan att det strider mot unionsrätten. De frivilligorganisationer som anlitas får inte eftersträva andra målsättningar än de som har angetts, deras tjänster får inte generera någon vinst för organisationer bortsett från ersättning för rörliga, fast och löpande kostnader som är nödvändiga för att tillhandahålla tjänsterna och någon vinst för organisationens medlemmar får inte utgå.[23]

Den hänskjutande domstolen hade också ställt en fråga om den offentliga myndigheten är skyldig att jämföra anbud från flera frivilligorganisationer innan tilldelningen. Något sådan skyldighet ansåg EU-domstolen inte finnas i unionsrätten.

När en medlemsstat tillåter direkttilldelning av kontrakt till frivilligorganisationer för utförandet av vissa uppdrag och tillåter att de

[22] C-50/14 Consorzio Artgiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) m.fl.
[23] Punkt 77 i domen.

bedriver affärsverksamhet ankommer det vidare på medlemsstaten att fastställa gränserna för affärsverksamheten.[24] Gränserna måste enligt domstolen säkerställa att affärsverksamheten är marginell i förhållande till övrig verksamhet så att inte frivillorganisationerna förlorar sina grundläggande egenskaper.

Summering

EU-domstolen kom i de ovan refererade avgörandena fram till att förutsättningar fanns för att tilldela kontrakt direkt till organisationerna, dvs. utan att det skett något offentliggörande av upphandlingen genom en annons. Det finns undantag från de grundläggande principerna om etableringsrätt och fri rörlighet för tjänster som domstolen tillämpar här.

I samtliga avgöranden påpekar EU-domstolen att unionsrätten inte omfattar medlemsstaternas befogenhet att utforma sina system för hälso- och sjukvård och social trygghet. Domstolen hänvisar till den speciella karaktär som såväl hälso- och socialtjänster som organisationer som saknar vinstintresse har. Att icke-vinstsyftande organisationer varit mest lämpade för att uppnå de sociala målsättningarna har t.ex. inte ifrågasatts. Vidare anger domstolen att en medlemsstat har ett utrymme för skönsmässig bedömning när det handlar om att fastställa målen för sitt system för social trygghet.

Samtliga mål har avgjorts innan de nya upphandlingsdirektiven trädde i kraft men de två senaste domarna kom efter att de antagits och under tiden som medlemsstaterna arbetade med att genomföra dem i sin nationella lagstiftning.

Finns det ett rättsligt utrymme att reservera upphandling av kontrakt som avser sociala tjänster vilka överstiger EU:s tröskelvärden för sådana tjänster till idéburna aktörer?

Av EU-domstolens praxis i Sodemare och Spezzino, vilken sedan fastställdes i CASTA, följer att medlemsstaterna har befogenhet att själva utforma sina system för hälso- och sjukvård samt social trygghet. I samtliga dessa avgöranden kom domstolen fram till att det på grund

[24] C-50/14 CASTA, punkt 79.

av såväl tjänsternas som de icke-vinstdrivande organisationernas karaktär var möjligt att direkttilldela kontrakt till organisationerna.

Det har invänts att undantaget som EU-domstolen ger i t.ex. Spezzino hade ett begränsat tillämpningsområde och att det inte längre är aktuellt.[25] Det äldre LOU-direktivet hade endast ett fåtal bestämmelser om upphandling av vad som då benämndes B-tjänster medan sådana tjänster numer omfattas av bestämmelser i direktiven (artiklarna 74–76).

Tjänster inom hälso- och sjukvård samt sociala tjänster har dock fortsatt en särställning inom unionsrätten. I nu gällande LOU-direktiv anges att vid upphandling av sådana tjänster är det särskilt viktigt att beakta behovet av tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriers specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov och deltagande.[26] I direktivet anges även att sådana tjänster, benämnda som personliga tjänster, är särskilt känsliga och att det kulturella sammanhanget är betydelsefullt.[27]

Det enklare systemet i artiklarna 74 till 76 i LOU-direktivet om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster innehåller få förfarandebestämmelser. I artikel 75 föreskrivs att upphandlingar av kontrakt som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro ska föregås av en annons[28] och ska efterannonseras när upphandlingen är klar. Enligt artikel 76 gäller principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna har dock befogenhet att själva fastställa vilka förfaranderegler som ska gälla så länge de gör det möjligt att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna.

Det enklare systemet i LOU-direktivet anses ta hänsyn till medlemsstaternas särart eftersom det är möjligt för medlemsstaterna att utforma förfarandena på ett lämpligt sätt. Vidare förtydligar tröskelvärdet när det finns ett gränsöverskridande intresse för de tjänster som omfattas av det enklare systemet.

---

[25] Yttrande av Carina Risvig Hamer till Välfärdsutredningen angående domen, Dnr Komm2016/00026. Professor Peter Kunzlik University of East Anglia och professor Roberto Caranta, Universitetet i Turin har kommenterat Risvig Hamers yttrande och bägge anfört att de delar hennes bedömning. Välfärdsutredningen följde denna linje och angav att utrymme för att reservera kontrakt saknas SOU 2016:78, avsnitt 18.1.1.s. 551.

[26] Artikel 76.2 i LOU-direktivet.

[27] Skäl 114 i LOU-direktivet.

[28] Med innehåll enligt bilaga V till LOU-direktivet eller genom ett förhandsmeddelande enligt samma bilaga.

Utredningens förslag om en möjlighet att reservera upphandlingar för idéburna aktörer är en tillämpning av reglerna i det enklare systemet. Upphandlingarna kommer enligt förslaget att föregås av en annons i enlighet med artikel 75. 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. Särbehandling av vissa företag utgör enligt EU-domstolen visserligen indirekt diskriminering som är förbjuden enligt artiklarna 49 FEUF (etableringsfrihet) och 56 FEUF (fri rörlighet för tjänster) vilka de allmänna principerna om insyn och likabehandling följer av, men särbehandling kan vara motiverad av sakliga skäl.[29]

De grundläggande principerna som gäller för offentlig upphandling kommer ur EUF-fördraget och har inte förändrats i och med antagandet av det nya LOU-direktivet. Det gäller även likabehandlingsprincipen. Avgörandena i Spezzino m.fl. rör hur unionsrätten, t.ex. likabehandlingsprincipen, påverkar möjligheten att träffa kontrakt med icke-vinstdrivande organisationer. Domstolen kom alltså fram till att det var tillåtet att direkttilldela kontrakt under förutsättning att tjänsten bidrog till att förverkliga en social målsättning och ledde till budgetmässig effektivitet.

Det framgår vidare i de inledande skälen till LOU-direktivet att avsikten inte har varit att utvidga tillämpningsområdet i jämförelse med det tidigare direktivet.[30] I ett annat skäl anges att ingenting i direktivet bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, hälsa, skydda människors och djurs liv eller bevara växter eller andra miljöåtgärder, i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med EUF-fördraget.[31] Skälen till ett direktiv är av upplysningskaraktär och inte rättsligt bindande, men tas likväl ofta i beaktande vid domstolens tolkningar. Skälen kan dock inte användas som grund för att tolka direktivet mot dess ordalydelse. Någon sådan situation föreligger dock inte i detta fall. Nu gäller sålunda att vissa tjänster, en del av de som tidigare benämndes B-tjänster, har ansetts ha ett gräns-

[29] Spezzino punkt 52 med hänvisningar.
[30] Skäl 4 i LOU-direktivet
[31] Skäl 41 i LOU-direktivet.

överskridande intresse när kontraktsvärdet överstiger 750 000 euro. De rättsfall som redovisats ovan gäller dock också tjänster som enligt domstolens bedömning hade ett gränsöverskridande intresse.

En annan invändning mot möjligheten att reservera kontrakt till idéburna aktörer är att numera omfattas civilförsvarstjänster, brandkårs- och räddningstjänster, tjänster för förebyggande av fara och ambulanstjänster (dock ej ambulanstjänster för transport av patienter)[32] som tillhandahålls av icke-vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar av ett särskilt undantag (artikel 10 h i LOU-direktivet) och således har EU-domstolens praxis från Spezzino kodifierats. Enligt undantaget i artikel 10 h omfattas inte tjänsterna av direktivets förfaranderegler om de utförs av icke-vinstdrivande organisationer. Å andra sidan har unionsrätten genom införandet av detta undantag än en gång bekräftat att icke-vinstdrivande organisationer har en särställning och medgett undantag för dem.

Beträffande artikel 77 och möjligheten att reservera kontrakt avseende vissa angivna tjänster till organisationer som uppfyller förutsättningarna har det förts fram att detta torde innebära att andra reservationsmöjligheter inom ramen för den enklare regimen är uteslutna.[33]

Tillämpningsområdet för artikel 77 är dock smalt. Det rimmar även illa med det enklare systemet för sociala tjänster eftersom direktivet tydligt anger att vid utförandet av sådana tjänster är det viktigt att beakta kontinuitet. Det gör inte artikel 77 eftersom det endast är möjligt att träffa avtal i tre år. Sedan får samma leverantör inte vara med i en reserverad upphandling enligt artikeln igen. Vidare kan det anföras att det finns flera andra exempel att hämta ur EU-rätten där lagstiftaren valt att ge legalitet åt en situation utan att klargöra alla andra möjliga fall. Dessa måste i stället undersökas individuellt i förhållande till relevant förordning eller direktiv utan ytterligare vägledning. Det gäller t.ex. beträffande statsstöd[34], andra konkurrensregler[35] och regler för tjänster[36]. Att LOU-direktivet kom att endast inne-

[32] Dessutom brandsläcknings- och brandskyddstjänster, bekämpning av skogsbränder och nukleära säkerhetstjänster.
[33] Se de nämnda yttrandena från Risvig Hamer, Kunzlik och Caranta.
[34] Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget.
[35] Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden.
[36] Tjänstedirektivet 2006/123/EU.

hålla denna specifika reservationsmöjlighet inom tillämpningsområdet för det enklare systemet kan ha flera orsaker. Artikel 77 kan läsas som att just detta sätt att upphandla i denna situation är tillåtet men att den inte är uttömmande eller utesluter andra sätt inom ramen för det enklare systemet.

Tidigare rättspraxis har alltså i flera fall medgett direkttilldelning, dvs. utan annonsering, till icke-vinstdrivande organisationer under vissa förutsättningar. Det nya enklare systemet kräver annonsering. Utredningens förslag innebär en annonsering i enlighet med det nya direktivet. Att det under vissa förutsättningar trots likabehandlingsprincipen är motiverat att tilldela kontrakt till icke-vinstdrivande aktörer har slagits fast av EU-domstolen i bl.a. Spezzino-målet.

Ytterligare en invändning som förts fram mot att föra in en bestämmelse i upphandlingslagstiftningen är att i de fall EU-domstolen accepterat direkt tilldelning till icke-vinstdrivande organisationer har detta följt av bestämmelser i nationell lagstiftning som reglerat en viss verksamhet. Det har därmed inte handlat om att låta de upphandlande myndigheterna själva besluta om att begränsa deltagandet i ett upphandlingsförfarande till enbart tjänsteleverantörer utan vinstsyfte.[37]

Vilka tjänster en myndighet är skyldiga eller har möjlighet att tillhandahålla medborgarna framgår i svensk kontext av olika lagar, t.ex. av kommunallagen, socialtjänstlagen (SoL), hälso- och sjukvårdslagen (HSL) och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). Av dessa lagar framgår däremot inte vilken aktör som ska tillhandahålla tjänsterna. Lagarna reglerar i stället vilken aktör som är ansvarig för att tjänsterna finns att tillgå för medborgarna. Den ansvariga myndigheten kan sedan välja att tillhandahålla tjänsterna i egen regi eller låta någon annan utföra dem (se t.ex. av 2 kap. 5 § SoL och 15 kap. 1 § HSL).[38] När de ansvariga aktörerna (exempelvis kommuner och regioner) låter andra utföra sådana tjänster använder de sig framför allt av offentlig upphandling och valfrihetssystem. Dessa val gör den ansvariga aktören. Det kommunala självstyret är centralt i det svenska systemet. Enligt regeringsformen förverkligas den svenska folkstyrelsen genom ett representativt och parlamentariskt stats-

[37] SOU 2013:12, bilaga 20.
[38] Möjlighet för tjänster som omfattas av LOV och skyldighet för regioner inom primärvården enligt 7 kap. 3 § HSL.

skick och genom kommunal självstyrelse.[39] Kommunerna sköter lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund.[40] Även statliga myndigheter väljer i regel om tjänster ska tillhandahållas i egen regi eller av annan och i så fall på vilket sätt.

Sodemare, Spezzino och CASTA är alla förhandsavgöranden gällande Italien. För att bedöma frågan vilka krav EU-rätten ställer på nationell lagstiftning som möjliggöra reservation av kontrakt till idéburna organisationer är det därför av intresse att jämföra den italienska lagstiftningens uppbyggnad med den svenska. I den italienska konstitutionens artikel 118 föreskrivs att ansvaret för vissa samhällsfunktioner i enlighet med subsidiaritetsprincipen i första hand är ålagda kommunerna om inte en högre nivå som provinserna, regionerna eller staten behövs för att tillse likvärdighet. Av samma artikel framgår också att staten, regioner, städer, provinser och kommuner ska gynna självständiga initiativ från medborgarna, enskilda eller i sammanslutningar för genomförande av aktiviteter av allmänt intresse i enlighet med subsidiaritetsprincipen. Vilka tjänster som de olika organen har ansvaret för framgår däremot inte av konstitutionen utan av annan lagstiftning. I detta avseende finns därför betydande likheter med den svenska regleringen.

I inget av de tre förhandsavgörandena var lagstiftningen på nationell nivå utformad på ett sätt som tvingade de upphandlande myndigheterna att endast använda sig av icke-vinstutdelande aktörer för de aktuella tjänsterna. De i Spezzino aktuella bestämmelserna som angav att man vid situationer där det inte vara möjligt att använda egna resurser i första hand anförtro sjukvårdstransporter åt idéburna aktörer, och först därefter vända sig till vinstutdelande aktörer, var antagna på regional nivå. I CASTA angav varken den nationella eller den regionala lagstiftningen att tjänsterna skulle utföras av idéburna organisationer utan reglerade bara vad som gäller om så skulle vara fallet. I stället rörde det sig om ett beslut om tilldelning fattat av generaldirektören för den berörda myndigheten

Om motsvarande möjlighet att begränsa tillgången till vissa tjänster till förmån för organisationer utan vinstsyfte ska införas i det svenska systemet för att organisera välfärdstjänster är det naturligt att denna införs i upphandlingslagstiftningen respektive den lagstift-

[39] 1 kap. 1 § regeringsformen.
[40] 14 kap. 2 § regeringsformen.

ning som gäller för valfrihetssystem. Att det enligt det tidigare gällande direktivet var möjligt med sådana bestämmelser i upphandlingslagstiftningen framgår av ett beslut av Efta Surveillance Authority, ESA, från 2017.[41] I beslutet godkändes en norsk bestämmelse i upphandlingsregelverket som gjorde det möjligt för den upphandlande myndigheten att tilldela kontrakt direkt till ideella organisationer. Det saknas ännu nyare praxis som kan förtydliga rättsläget beträffande det nya LOU-direktivet.

Av redogörelsen ovan framgår att det finns en viss rättslig osäkerhet beträffande möjligheten att reservera upphandlingar för idéburna aktörer. Utredningen bedömer dock sammantaget att det under vissa förutsättningar finns ett rättsligt utrymme införa en möjlighet att reservera upphandlingar för idéburna aktörer. EU-rättens konstruktion på detta område, med det utrymme som medlemsstaterna har att själva utforma sina system för hälso- och sjukvård och social trygghet, innebär dock att fullständig rättslig klarhet bara kan uppnås efter en prövning i EU-domstolen av den specifika lagstiftningen. Det är något som bara kan ske efter att den aktuella lagstiftningen har införts.

Bestämmelsens utformning

Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår utredningen att en bestämmelse ska införas i 19 kap. LOU som innebär en möjlighet för upphandlande myndigheter att i vissa fall reservera kontrakt till idéburna aktörer för kontrakt som avser vissa tjänster. Eftersom bestämmelsen föreslås införas i kap. 19 kommer den att omfatta upphandlingar vars värde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling för välfärdstjänster som från och med den 1 januari 2020 uppgår till 2 156 469 kronor. Kontrakt ska får reserveras för idéburna aktörer om följande förutsättningar är uppfyllda:

1. *Upphandlande myndigheter får reservera deltagandet i en upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a till idéburna aktörer under förutsättning att det bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet.*

[41] Case No: 77606.

2. *En idéburen aktör är*
   - *en juridisk person som inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region.*
   - *har ett syfte som är oegennyttigt, och*
   - *inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.*

Möjligheten att reservera kontrakt ska omfatta de tjänster som räknas upp i bilaga 2 a till LOU och som där benämns välfärdstjänster. Upphandlingen ska vara ett led i att förverkliga en social målsättning. Det följer av den praxis från EU-domstolen som den föreslagna bestämmelsen bygger på.[42] Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för att tillämpa bestämmelsen är uppfyllda. En värdering av möjligheten att reservera upphandling måste göras i varje enskilt fall.

Tjänster som omfattas av bestämmelsen

De tjänster som utredningen föreslår ska omfattas av bestämmelsen är som angivits ovan de som räknas upp i bilaga 2 a till LOU och som där benämns ”välfärdstjänster”. I bilagan hänvisas till de CPV-koder som gäller för tjänsterna. Tjänsterna ingår bland de tjänsterna som anses ha en särställning EU-rättsligt.[43]

De tjänsterna som ingår sorteras under två breda rubriker:

- Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster.
- Administration inom socialtjänsten samt utbildningsadministration och hälsovårdsförvaltning.

I den första punkten ingår exempelvis tillhandahållande av hemtjänstpersonal, förmedling av vårdpersonal och läkare, arbetskraftstjänster för hushåll, bemanningstjänster för enskilda, tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, tillfällig personal för hushåll och hemtjänst. Med socialtjänst avses exempelvis social omsorg och vård (med eller utan inkvartering), äldreomsorg

[42] Se avgörandena Sodemare, Spezzino och CASTA refererade ovan.
[43] Se artikel 76.2 och skäl 114 LOU-direktivet.

(med eller utan inkvartering), social omsorg för funktionsnedsatta, barn- och ungdomsomsorg, ledsagartjänster, tjänster för dagcenter för äldre men också dagvård för funktionsnedsatta barn och ungdomar samt vägledning och rådgivning. Andra exempel på tjänster som ingår är rehabiliteringstjänster och kommunala åtgärdsprogram. Inom hälsovård ingår såväl tjänster i öppenvård som specialiserad sjukvård av olika slag.

Den andra punkten innehåller rubriken till trots inte bara administration och förvaltning utan även själva tjänsterna inom offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster samt undervisnings- och utbildningstjänster. Exempel på de senare är bl.a. undervisning på grund- och gymnasienivå, högre utbildning, yrkesutbildning, säkerhetsutbildning, vuxenutbildning och undervisning i ungdomsskola.

Flertalet av de tjänster som utredningen anser ingår i begreppet välfärd omfattas således av bilagan. Beträffande inkluderings- eller integrationstjänster utgår de från syftet med tjänsterna och inte deras innehåll. Det innebär att vissa tjänster med sådana syften kan omfattas av bilaga 2 a medan andra inte kommer att göra det.

Bidra till förverkligandet av den sociala målsättningen med tjänsten

Av vad som framgår i skälen till LOU-direktivet och slutsatser som kan dras ur EU-domstolens rättspraxis måste upphandlingen, för att den föreslagna reservationsmöjligheten ska vara förenlig med EU-rätten, bidra till att förverkliga den sociala målsättningen bakom den aktuella tjänsten.

Vilken en viss tjänst sociala målsättning är kan i vissa fall utläsas ur den lagstiftning som styr den aktuella tjänsten, t.ex. hälso- och sjukvårdslagen. I många fall rör dock en upphandling en viss del av en verksamhet och kan i sig vara utformad för att uppnå en mer specifik social målsättning. Upphandling enligt den föreslagna bestämmelsen ska således innebära att förutsättningarna ökar för att nå målen för den aktuella tjänsten. Ett önskemål eller målsättning som enbart avser att en viss andel av den upphandlande myndighetens leverantörer ska vara idéburna aktörer är således inte ett syfte som omfattas av bestämmelsen.

Då den föreslagna reservationsmöjligheten bygger på den särställning som sociala tjänster har givits i LOU-direktivet har det som

sägs i artikel 76.2 om att beakta behovet av tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriers specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov och deltagande betydelse. Om en reservation till idéburna aktörer bidrar till att den sociala målsättningen förverkligas genom högre uppfyllelse av något av ovanstående talar det för att reservationen är tillåten.

Vad gäller tjänstens kvalitet så finns det flera sätt på vilka det faktum att leverantörerna är idéburna kan bidra till högre kvalitet. Organisationernas oegennyttiga syfte kan, om det har en koppling till den aktuella tjänsten, i sig vara en indikation på att kvalitet överordnas andra hänsyn då tjänsten utförs. Kvaliteten i tjänsten kan även främjas av att idéburna aktörer arbetar med och för en specifik målgrupp ur ett helhetsperspektiv och inte bara ser till det som gäller den aktuella tjänsten. Många idéburna aktörer har sin grund och sitt syfte i de särskilda behov som finns hos en specifik målgrupp.

Vad gäller kontinuitet kan det faktum att idéburna aktörer har ett oegennyttigt syfte, ofta formulerat i termer av samhällsnytta, göra att de mer naturligt ser såväl till målgruppernas behov som till de långsiktiga effekterna av de tjänster de utför. Dessutom utmärks många idéburna organisationer av en långsiktighet som kan vara mindre framträdande hos kommersiella aktörer med avkastningskrav.

Som nämnts har många idéburna aktörer en ofta nära koppling till brukarna av tjänsten. Det innebär att organisationens mål med verksamheten kan överensstämma bättre med brukarnas och bättre ta tillvara olika användarkategoriers specifika behov och säkra utsatta gruppers behov och deltagande. Det ger verksamheten en särart, ett särskilt värde i jämförelse med verksamhet som bedrivs i offentlig regi eller av kommersiella företag.

För vissa typer av tjänster är det även en fördel att de inte genomförs i offentlig regi eftersom brukarna av sådana ibland kan sakna förtroende för, eller har en misstänksamhet mot såväl offentlig som privat vinstdrivande verksamhet. Det kan gälla viss missbruksvård eller insatser för hemlösa där kontakten och förtroendet är centralt för att nå goda resultat. Andra exempel är verksamhet som rör brottsoffer. Vidare har flera idéburna aktörer ett starkt lokalt engagemang som kan var en förutsättning för att nå framgång beträffande tjänster som har integrations- och/eller inkluderingssyfte.

Bidra till budgetmässig effektivitet

Ytterligare en förutsättning som ställts upp i EU-domstolens praxis är att sådana kontrakt med idéburna aktörer ska innebära ekonomisk alternativt budgetmässig effektivitet. Idéburna aktörer kan bidra med mervärden till välfärdstjänster eftersom de inte har fokus på att generera vinst till ägare utan till att utveckla tjänsterna till nytta för samhället. Enligt EU-domstolen kan avsaknad av mål om att dela ut medel till ägare, innebära budgetmässig effektivitet eftersom ett eventuellt överskott investeras tillbaka i verksamheten och således kommer samhället och brukarna till godo.[44]

Vilka aktörer ska omfattas?

Begreppet idéburen aktör bygger på kriterierna för den av utredningen föreslagna definitionen. Kriteriet att den juridiska personen bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet har dock inte tagits med eftersom det är uppfyllt i och med att anbud lämnas. Beträffande innehållet i och hur de övriga kriterierna ska bedömas hänvisas till avsnitt 5.4.3.

Enligt förslaget krävs det inte att anbudsgivarna är registrerade aktörer i registret. En prövning av om en aktuell organisation är en idéburen aktör måste göras i varje enskild upphandling. En registrering talar dock starkt för att kriterierna är uppfyllda men något krav på att anbudsgivare ska vara registrerade för att få delta ställs alltså inte. Det finns även andra sätt att visa att en organisation är en idéburen aktör.

Bestämmelsen utesluter inte idéburna aktörer från att andra medlemsstater.

[44] Se t.ex. C-475/99 Firma Ambulanz Glöckner punkt 61, C-113/13 Spezzino punkt 59 och 61 samt C-50/14 CASTA, punkt 57 och 64.

8.2.2 Möjligheter beträffande upphandlingar av sociala och andra tjänster vilka understiger EU:s tröskelvärden för sådana tjänster

Utredningens bedömning: Det finns ett EU-rättsligt utrymme att reservera kontrakt som avser sociala och andra särskilda tjänster till idéburna aktörer för upphandlingar som understiger EU:s tröskelvärden. Det kräver dock en ändring av LOU i enlighet med de förslag som har presenterats i SOU 2018:44.

För upphandlingar som inte uppgår till EU:s tröskelvärden har medlemsstaterna större utrymme än vad som gäller ovan dessa. I nu gällande LOU regleras sociala tjänster och övriga tjänster oavsett värde i kap. 19. Där finns bl.a. bestämmelser om förfaranden, annonsering, dokumentation, hur kontraktsvärde ska beräknas, kommunikation, kontroll och uteslutning av leverantörer. Rättsmedlen gäller även sådana upphandlingar. Det innebär att om det ska bli möjligt att reservera kontrakt som inte uppgår till EU:s tröskelvärde för sociala tjänster och andra särskilda tjänster behöver LOU ändras och öppna för en sådan möjlighet.

Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler, Förenklingsutredningen, hade i uppdrag att lämna förslag till hur icke-direktivstyrd upphandling och upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan göras enklare och mer flexibla.[45] Därutöver skulle utredningen även lämna förslag som rör överprövningar i syfte att minska dem. Förslagen överlämnades i juni 2018.[46]

Förenklingsutredningen föreslog bl.a. följande:

- Det nationella gränsbeloppet för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster föreslås vara detsamma som EU:s tröskelvärde (750 000 euro).
- Bestämmelser föreslås om dialog i upphandling för att underlätta möjligheterna att rätta och komplettera brister i anbud.
- Möjligheter att göra s.k. täckningsköp i samband med överprövningar.

[45] Dir. 2017:69.
[46] SOU 2018:44.

Nu gällande direktupphandlingsgräns för vissa av tjänsterna, de som benämns välfärdstjänster i LOU, är 2 156 469 kronor medan det för övriga sociala och andra tjänster uppgår till 615 313 kronor.[47] Förenklingsutredningens förslag innebär därmed en betydande höjning och kan innebära ökade möjligheter för idéburna aktörer att få kontrakt med upphandlande myndigheter.

Om Förenklingsutredningens förslag genomförs kan upphandlande myndigheter således direkttilldela kontrakt som avser sociala tjänster till idéburna aktörer för värden som understiger drygt 7 miljoner kronor. Upphandlande myndigheter kan då också konkurrensutsätta sådana upphandlingar mellan idéburna aktörer, dvs. reservera kontrakten till dem. Med direkttilldelning avses endast att det inte är något krav på att annonsera upphandlingarna men det innebär inte att den upphandlande myndigheten inte kan tillfråga flera aktörer som får lämna anbud. Enligt praxis har upphandlande myndigheter stor handlingsfrihet när det gäller hur direktupphandlingar ska genomföras.[48] Utredningen bedömer att idéburna aktörer kan komma att få fler kontrakt avseende välfärdstjänster om gränsen för direktupphandling höjs.

Den av Förenklingsutredningen föreslagna bestämmelsen om dialog i upphandlingar syftar till att komma till rätta med brister i anbud och de begränsade möjligheterna som finns att rätta och komplettera dem. En upphandlande myndighet ska enligt förslaget få ha en dialog, som huvudregel skriftligt men även muntligt under vissa förutsättningar, med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Dialogen ska få omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantörer har gett in. Även upphandlingsdokumenten får omfattas av dialogen, dock inte minimikrav eller tilldelningskriterier. Om det blir enklare och mer vanligt att kunna komplettera anbud kan det innebära att fler idéburna aktörer vågar lämna anbud. Regelverket upplevs vara mycket stelbent och det är lätt att förbise något. Ett förtydligande av möjligheterna att föra dialog och en ökad acceptans för det kan innebära att fler idéburna aktörer lämnar anbud och i förlängningen vinner kontrakt.

En bestämmelse om att direktupphandling ska få göras genom s.k. täckningsköp i samband med en överprövning föreslås. Täcknings-

[47] Beloppen gäller från 1 januari 2020.
[48] HFD 2018 ref. 60.

köp ska kunna lösa akuta behov av inköp vilka har uppstått till följd av att en upphandling blivit överprövad i domstol och därför stoppad. När upphandlingar stoppas leder det till stora bekymmer för dem som drabbas och möjlighet till täckningsköp kan leda till att fler idéburna aktörer dels vågar lämnar anbud, dels kan komma i fråga för själva täckningsköpen.

Förenklingsutredningen föreslog inte några särskilda förfaranden eller metoder för upphandling över EU:s tröskelvärde för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Den upphandlande myndigheten ska enligt förslaget vara fri att välja det förfarande som passar bäst. Sådan flexibilitet torde innebära fördelar för idéburna aktörer.

Flertalet remissinstanser, däribland idéburna aktörer är positivt inställda till Förenklingsutredningens förslag och de tillstyrks överlag. Förslagen har dock ännu inte lett till lagstiftning. Utredningen bedömer att ett genomförande av nu nämnda förslag från Förenklingsutredningen kommer att främja idéburet deltagande i välfärden.

9 Utredningens bedömningar och förslag rörande valfrihetssystem

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, är en förfarandelagstiftning som reglerar hur en upphandlande myndighet ska gå tillväga vid inrättande av valfrihetssystem för tjänster inom hälsovård och socialtjänster med angivna CPV-koder[1]. Därutöver finns lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Den lagen omfattar tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet och leverantörer ansluts till systemen på samma sätt som enligt LOV. Att inrätta valfrihetssystem enligt LOV är ett alternativ till upphandling enligt LOU. Valfrihetssystem bygger på att det är brukarna av tjänsterna inom systemen som väljer mellan leverantörerna i systemet.[2] Valfrihetssystem som ingås enligt LOV omfattas inte av upphandlingsdirektiven.[3] Bestämmelserna om de grundläggande friheterna och de allmänna rättsprinciperna i EUF-fördraget kan dock vara tillämpliga för valfrihetssystem.

[1] Common Procurement Vocabulary, EU:s klassificeringssystem för varor och tjänster.
[2] Den upphandlande myndigheten gör således inget val och därmed är det inte fråga om ett upphandlingskontrakt, se avsnitt 6.4.2.
[3] Skäl 4 i LOU-direktivet 2014/24/EU respektive skäl 13 i LUK-direktivet 2014/23/EU.

9.1 Möjligheter att begränsa deltagande i valfrihetssystem

Utredningens bedömning: Det är rättsligt möjligt att reservera ett valfrihetssystem för idéburna aktörer.

Utredningens förslag: Lagen om valfrihetssystem föreslås ändras så att det dels framgår att de grundläggande principer som följer av EUF-fördraget inte gäller för valfrihetssystem som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse, dels att det är möjligt att reservera rätten att ansöka om att få delta i ett valfrihetssystem för idéburna aktörer, under förutsättning att det föreligger särskilda skäl.

Grundläggande principer i LOV och primärrätten

Enligt 1 kap. 2 § LOV ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska vidare iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem. Principerna känns igen från EU-rätten och de har hämtats därifrån.[4]

Enligt förarbetena till LOV innebär principen om icke-diskriminering att geografisk diskriminering i form av krav på att leverantören ska ha sitt hemvist eller säte inom ett visst område inte är tillåten.[5] Kravet på likabehandling och icke-diskriminering medför enligt förarbetena att alla ansökningar från leverantörer om att delta i valfrihetssystemet ska behandlas lika i alla skeden av förfarandet. I förarbetena anges att den upphandlande myndigheten i största möjliga utsträckning ska ge sin egenregiverksamhet samma förutsättningar och ställa samma krav på den som ställs på externa leverantörer.[6] Någon total konkurrensneutralitet kan dock vara svår att uppnå eftersom den upphandlande myndigheten alltid har det yttersta ansvaret för att t.ex. biståndsbehövande får den hjälp de har rätt till. De

[4] Prop. 2008/09:29, s. 61 f och 137 samt prop. 2008/09:74 s. 27 f.
[5] Prop. 2008/09 :29, s. 61.
[6] Prop. 2008/09:29, s. 138.

krav som ställs i förfrågningsunderlaget får inte gynna någon som kommer från orten eller visst geografiskt område.[7]

Principen om öppenhet innebär en skyldighet att offentliggöra en inbjudan att lämna ansökningar och att uppgifter som gäller valfrihetssystemet är offentliga. Det sker genom att en annons publiceras på valfrihetswebben[8]. Öppenhetsprincipen innebär också att de som ansökt om att få delta i förfarandet ska informeras om resultatet och att alla handlingar i princip är offentliga. Proportionalitetsprincipen förutsätter att alla krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska vara rimliga i förhållande till de mål som eftersträvas. Eftersom tjänstens art och omfattning kan variera från ett valfrihetsystem till ett annat kan därför också kraven som ställs variera. Exempelvis kan högre krav ställas avseende ekonomisk kapacitet och omvårdnadskompetens på en leverantör som tillhandahåller ett särskilt boende än på en som tillhandahåller hemtjänstinsatser. Kraven som ställs på leverantörerna bör dock enligt förarbetena inte vara högre i ett valfrihetssystem än vid en upphandling enligt LOU.[9] Ett av syftena med valfrihetssystemet är enligt förarbetena att skapa en mångfald av utförare som den enskilde kan välja mellan, vilket i sin tur väntas leda till konkurrens och därmed till förbättrad kvalitet som är till nytta för den enskilde. Det anges även i förarbetena att det är viktigt att små och nystartade företag inte missgynnas. Regeringen framhöll vidare att kommuner och landsting därför bör utforma sina förfrågningsunderlag så att även mindre företag kan uppfylla kraven. I förarbetena påpekas vidare att det inte finns något som hindrar att leverantörer tillhandahåller tjänster med högre kvalitet än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Att tillhandahålla högre kvalitet än vad som har avtalats kan vara ett sätt att attrahera brukare påpekar regeringen.[10]

Det saknas praxis från svenska domstolar som kan klargöra hur de grundläggande principerna ska tillämpas i valfrihetssystem. Jämfört med LOU tillämpas möjligheterna att ansöka om rättelse av beslut och om skadestånd i LOV i mycket ringa omfattning. Ett kammarrättsavgörande från sommaren 2019 rörde bestämmelserna om ute-

[7] I förarbetena hänvisas här till EU-domstolens domar i målen 31/87 Beentjes BV och 243-89 Stora-bält.
[8] Upphandlingsmyndigheten ansvarar för valfrihetswebben.
[9] Prop. 2008/09:29 s. 62.
[10] Prop. 2008/09:29, s. 62.

slutning av en ansluten leverantör på grund av att leverantören ansågs ha gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.[11] Vidare har Kammarrätten i Göteborg avgjort ett mål 2014 som rör hur LOV förhåller sig till andra ersättningssystem inom hälso- och sjukvården.[12] Inte något av dessa rör de grundläggande principerna. Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet, har i ett beslut angivit att ett krav som förhindrade vårdgivare i ett valfrihetssystem avseende rehabiliteringsinsatser att samlokalisera med vårdgivare enligt lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi inte var förenligt med proportionalitetsprincipen.[13] I ett annat beslut angav Konkurrensverket att ett villkor som begränsade leverantörer att anlita underleverantörer inte var förenligt med proportionalitetsprincipen.[14]

Valfrihetssystem som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse ska inte omfattas av de grundläggande principerna

Avsnitt 6.4.2 innehåller en redogörelse för hur EU-domstolen bedömt auktorisationssystem. Eftersom det inte är fråga om någon selektivitet, utan samtliga leverantörer som uppfyller kraven för systemet får delta om kan bli valda, omfattas valfrihetssystem inte av upphandlingsdirektiven. Det innebär dock inte att primärrätten inte är tillämplig på sådana system. Om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse, dvs. ett intresse från leverantörer i andra medlemsstater, gäller de allmänna rättsprinciperna i fördraget: etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn. Principer som alltså finns angivna i LOV. Motsatsvis gäller att principerna inte gäller för valfrihetssystem som saknar ett gränsöverskridande intresse.

Det är i EU-domstolens avgöranden som rör offentlig upphandling som frågor om ett bestämt gränsöverskridande intresse har bedömts. Av avgörandena framgår att värdet av det aktuella avtalet i kombination med platsen där tjänsten ska utföras eller tekniska aspekter kan vara sådana objektiva kriterier som indikerar om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte.[15] Det kan även beak-

[11] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4983-18.
[12] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 138-14.
[13] Konkurrensverkets beslut 2014-12-12 Dnr 333/2014.
[14] Konkurrensverkets beslut 2015-08-26 Dnr 53/2015.
[15] C-221/12 Belgacom, punkt 29.

tas om det finns klagomål som har ingetts av aktörer i andra medlemsstater, under förutsättning att det inte är fråga om fiktiva klagomål. Är värdet på avtalet lågt saknar det i regel ett gränsöverskridande intresse för ett företag i en annan medlemsstat. Vidare har domstolen ansett att det är nödvändigt att ta hänsyn till att landsgränser ibland går genom tättbebyggda områden som ligger i olika medlemsstater.[16] I sådana områden kan även låga värden innebära att det föreligger ett gränsöverskridande intresse. Det bör noteras att det mål där EU-domstolen uttryckte detta rörde byggentreprenadkontrakt. Det har förts fram att Öresundsregionen skulle kunna vara ett exempel på ett sådant tättbebyggt område.[17]

Om principen att lämna insyn har trätts förnär framgår av praxis att omständigheten att något företag inte har visat intresse för avtalet saknar betydelse för om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte.[18] Då har företag inte givits möjlighet att visa intresse.

EU-domstolen har också slagit fast att bedömningen av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse inte ska göras genom hypotetiska bedömningar. Det ska klart framgå vid en konkret bedömning av omständigheterna kring det aktuella kontraktet om det finns ett sådant intresse eller inte.[19]

Det har i doktrinen förts fram att varukontrakt oftare har ett bestämt gränsöverskridande intresse än tjänstekontrakt.[20] Mot bakgrund av tillgänglig praxis anförs att det är mer vanligt förekommande att varor säljs över medlemsstaters gränser än att tjänster gör det. Det är vidare ofta så att en tjänsteleverantör ska kunna tillhandahålla en tjänst på ett visst språk och denna omständighet kan leda till att det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse är något som förts fram i detta sammanhang.

Ovanstående innebär enligt utredningen att det finns fog för att anse att många valfrihetssystem som i dag är i kraft i Sverige saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Flera av de tjänster som ingår i kommunernas och regionernas valfrihetssystem ställer höga krav på kund- eller brukarnärhet vilket innebär att leverantörerna av tjänsterna behöver finnas nära brukarna. Värdet av dessa valfrihets-

[16] C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, punkt 31.
[17] SOU 2018:44, s. 259.
[18] C-91/08 Wall, punkt 36.
[19] C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl, punkt 22.
[20] Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure 2012, s. 145.

system torde även vara ringa i många fall. I flera valfrihetssystem är det också viktigt att utföraren kan kommunicera på svenska eller något minoritetsspråk. Flertalet kommuner och regioner finns inte i områden som kan anses vara ett tättbebyggt gränsnära område.

Utredningen bedömer att valfrihetssystem som gäller exempelvis boendestöd, hemkörning av varor, fotsjukvård i särskilt boende, sysselsättning inom socialpsykiatrin och daglig verksamhet torde vara sådana tjänster som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detsamma kan gälla för regionernas valfrihetssystem med avgränsade personliga tjänster som t.ex. beroendevård, hygienvård och hemsjukvård. Även för Arbetsförmedlingens valfrihetssystem kan det finnas tjänster som har sådan karaktär och omfattning att det saknas ett gränsöverskridande intresse EU-rättsligt. Det kan t.ex. gälla vissa matchningstjänster. Utredningen utesluter inte att även andra tjänster som inte räknas upp här kan sakna ett bestämt gränsöverskridande intresse. Att sociala och hälsovårdsrelaterade tjänster har särskild karaktär är erkänt inom EU-rätten.[21]

Utredningen föreslår att LOV ändras så att det framgår att principerna inte ska tillämpas på valfrihetssystem som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. En sådan ändring kan leda till att upphandlande myndigheter ges större möjligheter att beakta särarten hos idéburna aktörer. 1 kap. 2 § LOV föreslås ändras till följande:

När föremålet för ett valfrihetsystem har ett gränsöverskridande intresse ska den upphandlande myndigheten iaktta de unionsrättsliga principerna om förbud mot diskriminering och om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Kan deltagandet i valfrihetssystem begränsas?

Välfärdsutredningen lämnade förslag till en ny lag om valfrihetssystem.[22] Terminologin och strukturen i den nya lagen föreslogs tydligare anpassas till att valfrihetssystem är en nationell reglering och inte en upphandlingslagstiftning. Det föreslogs vidare att det skulle framgå av lagen att de grundläggande principerna bara gäller för valfrihetssystem med gränsöverskridande intresse.[23] För valfrihetssystem

[21] Se exempelvis Sociala tjänster av allmänt intresse i Europeiska unionen (KOM(2006) 177 slutlig, 26.4.2006) och Arbetsdokument Bryssel 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2.
[22] SOU 2016:78, avsnitt 20.2.
[23] 5 § i den föreslagna lagen.

som saknar ett sådant gränsöverskridande intresse ansåg Välfärdsutredningen det vara möjligt att enbart godkänna icke-vinstsyftande aktörer. Möjligheterna att begränsa deltagande i valfrihetssystem med ett gränsöverskridande intresse ansåg utredningen vara mer inskränkta men finnas även där. Enligt Välfärdsutredningen är det möjligt för medlemsstaterna att enligt EU-domstolens praxis både införa och bibehålla nationella åtgärder som skulle kunna skapa hinder för den fria rörligheten om avsikten är att skydda folkhälsan, dvs. ett av de intressen som ingår i begreppet tvingande skäl av allmänintresse.[24] En väl avvägd läkar- och sjukhusvård tillgänglig för alla omfattas t.ex. enligt EU-domstolen av undantaget om hänsyn till folkhälsan.[25] Det får dock inte vara fråga om någon diskriminering av företag från andra medlemsstater. Välfärdsutredningen menade att en bedömning får göras i varje enskilt fall om det finns utrymme att begränsa deltagandet till icke-vinstsyftande aktörer i ett valfrihetssystem. Välfärdsutredningen synes anse att det är möjligt att göra sådan anpassning genom tillämpning av nu gällande LOV. Den föreslagna nya lagen om valfrihetssystem innehåller inget förtydligande om möjligheter att begränsa deltagandet till icke-vinstsyftande aktörer i valfrihetssystem med ett bestämt gränsöverskridande intresse.[26]

Det har förts fram att grundprincipen för valfrihetssystem är att alla leverantörer som uppfyller kraven för det och som inte ska uteslutas enligt 7 kap. 1 § LOV, ska godkännas. Av praxis från EU-domstolen följer dock att medlemsstaterna förfogar över ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de vidtar åtgärder som är ägnade att säkerställa att likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn iakttas, även när det står klart att föremålet för förfarandet har ett gränsöverskridande intresse.[27] EU-domstolen har efter det att Välfärdsutredningen överlämnade sina förslag i ett mål som rörde ett slags valfrihetssystem förtydligat sin inställning avseende sådana system.[28] Domstolen poängterar där än en gång att dylika system inte omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven. Omständigheterna i detta mål var att systemet endast var öppet en

[24] Välfärdsutredningen hänvisar till generaladvokat Wahls förslag till avgörande i målet Spezzino EU:C:2014:291 punkt 33 och 34.
[25] C-1410/07 Kommissionen mot Tyskland, punkt 60 och C-444/05 Stalemaki, punkt 31.
[26] SOU 2016:78 avsnitt 1.1 samt 20.2.
[27] C-410/14 Dr. Falk Pharma GmbH, punkt 44.
[28] C-9/17 Maria Tirkkonen.

viss tid för anslutning av leverantörer, därefter kunde inga nya kandidater ansöka om att få ansluta sig under systemets giltighetstid. Eftersom den upphandlande myndigheten inte angav något tilldelningskriterium för att jämföra och rangordna anbuden så ansågs systemet inte utgöra ett offentligt kontrakt i den mening som avses i upphandlingsdirektiven.[29] Att systemet endast var öppet för anslutning under en viss given tid och inte under hela giltighetstiden föranledde inte domstolen att göra någon annan bedömning. Sammantaget har alltså medlemsstaterna möjligheter att inom ramen för ett godkännandesystem, som valfrihetssystem betecknas som av EU-domstolen, utforma systemet på ett för medlemsstaten anpassat sätt.

Mot bakgrund av vad som framförs ovan bedömer utredningen att det finns rättsliga möjligheter att reservera valfrihetsystem för idéburna aktörer. Beträffande valfrihetssystem utan ett gränsöverskridande intresse omfattas de inte av de EU-rättsliga principerna och för system som har ett sådant intresse finns det EU-rättsliga undantag som kan bli tillämpliga.

Definitionen av idéburna aktörer kan här vara till hjälp beträffande vilken grupp av aktörer som ett valfrihetssystem ska vara begränsat till.

Samtidigt är det viktigt påminna om att valfrihetssystem bygger på att det finns tillräckligt många utförare så att det blir möjligt för enskilda att välja. Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste göra en noggrann analys av om det är lämpligt att reservera ett valfrihetssystem för idéburna aktörer och då ta denna aspekt i beaktande. Samtidigt har det också förts fram kritik mot vissa valfrihetssystem som innehållit väldigt många utförare vilket har lett till svårigheter för enskilda att välja.

Något om vilka valfrihetssystem som finns på valfrihetswebben

Möjligheterna för brukare att välja utförare av tjänster inom hälso- och sjukvården som regionerna ansvarar för skiljer sig åt mellan olika delar av landet. I Region Stockholm fanns det t.ex. 39 annonserade valfrihetssystem med 27 olika tjänstekategorier i juli 2019 medan det i Region Blekinge och Region Dalarna fanns varsitt valfrihetssystem

[29] C-9/17 Maria Tirkkonen, punkt 35.

med en tjänstekategori i varje.[30] Med tjänstekategori avses typ av tjänst/er som ingår i valfrihetssystemet. I Region Västerbotten fanns det ett annonserat valfrihetssystem med sex tjänstekategorier. För kommunerna gällde under samma tid 317 annonserade valfrihetssystem som omfattade 1 539 tjänstekategorier annonserade av 160 kommuner. Den vanligaste kategorin är hemtjänst och därefter tjänster som omfattas av LSS. Det innebär att det saknas möjligheter för brukare att välja utförare i kommunal vård- och omsorg i 130 kommuner. I de större kommunerna finns det flera valfrihetsystem medan det i mindre i regel finns ett. Antalet anslutna leverantörer till systemen saknas det information om men det kan vara alltifrån en leverantör till 200 leverantörer. Variationerna är stora över landet. Enligt en utvärdering som Socialstyrelsen avrapporterade 2015 anses marknaden för privata utförare vara begränsad i glesbygdskommuner med lågt befolkningsunderlag.[31]

En möjlighet att kunna begränsa deltagarna i ett valfrihetssystem till idéburna aktörer skulle kunna leda till valfrihet för fler eftersom det kan komma att leda till att kommuner som nu saknar valfrihetssystem inrättar sådana.

När och hur kan valfrihetssystem reserveras för idéburna aktörer – exempel

Välfärdsutredningen bedömde redan 2016 att det är möjligt att reservera deltagande i valfrihetssystem för idéburna aktörer. Enligt vad utredningens känner till har emellertid inte någon upphandlande myndighet inrättat ett sådant valfrihetssystem. Skälet till det uppges vara att den rättsliga osäkerheten kvarstår. Välfärdsutredningen beskrev i mer allmänna ordalag att det är möjligt att begränsa deltagare i valfrihetssystem men exemplifierade inte vilka skäl eller syften som kan motivera detta. Vidare angav Välfärdsutredningen att valfrihetssystem i de flesta fall sannolikt har ett gränsöverskridande intresse. Denna utredning har gjort en annan bedömning i den frågan vilket redogörs för ovan.

Avsaknaden av en definition av vilka organisationer som en möjlig reservation skulle rikta sig till har också ansetts vara problema-

[30] Enligt valfrihetswebben.
[31] Stimulansbidrag LOV – Slutrapport 2011–2014, Socialstyrelsen, rapport från juni 2015.

tisk.[32] Den definition av idéburna aktörer som utredningen föreslår kan underlätta beträffande kretsen av vilka organisationer en reservation kan begränsas till. Kriterierna som ingår i definitionen utesluter inte organisationer eller aktörer från andra medlemsstater. Det innebär att den inte är diskriminerande i EU-rättslig mening.

Sedan Välfärdsutredningen överlämnade sina förslag har alltså EU-domstolen kommit med ett nytt avgörande som innebär att det finns möjlighet att utforma valfrihetssystem på fler sätt än vad som tidigare ansetts godtagbart. Utredningen bedömer att det leder till att möjligheterna för medlemsstaterna att göra en del skönsmässiga bedömningar är större än vad som tidigare antagits.

Avsnitt 8.2.1 innehåller skäl för när det kan vara möjligt att reservera upphandlingar inom ramen för LOU. Dessa skäl är även giltiga vid inrättande av ett reserverat valfrihetssystem. I den lag, föreskrift eller annat dokument som reglerar eller är avsett att styra den aktuella tjänsten finns ofta målet angivet och när ett valfrihetssystem reserveras för idéburna aktörer ska det alltså vara en åtgärd som syftar till att uppnå detta. Som exempel kan nämnas 5 och 6 §§ i LSS där det framgår att verksamhet enligt lagen ska främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet, att den ska vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet vilket innebär att den enskilda ska så långt det går ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges. För valfrihetssystem inom primärvården finns det särskilda regler i 7 kap. 3 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL, att beakta.[33] Den nedan föreslagna ändringen av LOV kommer även att omfatta valfrihetssystem som Arbetsförmedlingen inrättar. Brukarperspektivet, att det verkligen blir ett val mellan olika utförare för enskilda, ska även genomsyra ett reserverat valfrihetssystem.

[32] Se t.ex. KF 2017-06-15 § 6, Stadsledningskontoret, Göteborgs kommun.
[33] Prop. 2008/09:74, s. 39 f.

Förslag till bestämmelse i LOV om att begränsa möjligheterna att deltaga i valfrihetssystem till idéburna aktörer

Mot bakgrund av vad som anförs ovan föreslås att en bestämmelse ska införas i LOV som innebär en möjlighet för upphandlande myndigheter att i vissa fall reservera deltagandet i valfrihetssystem för idéburna aktörer. Valfrihetssystem ska kunna reserveras för idéburna aktörer om följande förutsättningar är uppfyllda:

En upphandlande myndighet kan reservera rätten att delta i ett valfrihetssystem till idéburna aktörer under förutsättning att det finns särskilda skäl.

Till skillnad från upphandlingslagstiftningen är lagen om valfrihetssystem en lag som inte utgår från någon unionsrättslig lagstiftningsakt. Det saknas därför enligt utredningens mening anledning att använda ett unionsrättsligt begrepp i LOV. Utredningen anser att det i svensk lagstiftning ofta använda begreppet särskilda skäl väl belyser att det är fråga om att införa ett undantag i LOV.

Vad kan vara särskilda skäl som innebär att deltagandet i ett valfrihetssystem kan begränsas till idéburna aktörer?

Valfrihetssystem är ett alternativ till upphandling enligt LOU. Avsnitt 8.2.1 innehåller utredningens bedömning att det är möjligt att reservera kontrakt för upphandlingar av välfärdstjänster. Där framgår att det i den enskilda upphandlingen ska finnas ett samband mellan upphandlingen och den faktiska, konkreta sociala målsättningen med upphandlingen. Förutsättningarna för att målet uppnås ska öka genom att tjänsten som upphandlingen avser genomförs av en idéburen aktör. Detsamma gäller för möjligheten att reservera valfrihetssystem för idéburna aktörer. Det måste finnas ett samband mellan tjänsten eller tjänsterna som valfrihetssystemet omfattar och det mervärde eller särart som idéburna aktörer bidrar med. Det kan handla om att tjänsterna tillhandahålls brukare, patienter eller enskilda med en högre grad av kontinuitet, att de tillhandahålls på ett mer individanpassat sätt när de utförs av idéburna aktörer. Även i valfrihetssystem kan det vara så att det är en fördel för vissa tjänster, att de finns att tillgå i en annan regi än den offentliga.

Beträffande valfrihetssystem inom primärvården finns det som ovan angivits särskilda bestämmelser HSL som innebär att regio-

nerna är skyldiga att erbjuda enskilda möjligheter att välja utförare samt en fast läkarkontakt inom primärvården. Valfrihetssystem inom detta område kräver således särskilda överväganden.

Det måste, för att det ska vara fråga om valfrihet, finnas valmöjligheter för brukare. Inför inrättande av ett valfrihetssystem kan undersökningar behöva göras för att utröna om det finns tillräckligt många idéburna aktörer som kan och vill ansluta sig så att det blir ett val mellan utförare, här mellan olika idéburna aktörer. För brukare som inte vill, har svårt att välja eller vill avvakta med val till senare ska det finnas ett icke-valsalternativ. Ett icke-valsalternativ skulle i ett begränsat valfrihetssystem kunna bestå av en utsedd idéburen aktör eller av den upphandlande myndighetens egen-regiverksamhet.

Vilka aktörer ska omfattas?

Begreppet idéburen aktör bygger på kriterierna för den av utredningen föreslagna definitionen. Kriteriet att den juridiska personen bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet har dock inte tagits med eftersom det är uppfyllt i och med att aktören ansöker om att få delta i valfrihetssystemet. Beträffande innehållet i och hur de övriga kriterierna ska bedömas hänvisas till avsnitt 5.4.3.

För att få delta i ett reserverat valfrihetssystem krävs det inte att organisationen som ansöker är registrerad i registret över idéburna aktörer. Den upphandlande myndigheten behöver därför göra en prövning av om en aktuell organisation omfattas av kriterierna för definitionen av idéburen aktör för varje ansökan om att få bli ansluten till valfrihetssystemet. En registrering talar starkt för att kriterierna är uppfyllda men den föreslagna bestämmelsen i LOV ställer inte krav på att aktörerna som omfattas ska vara registrerade. Det kan, förutom ett bevis om registrering, finnas även andra sätt att visa att en organisation är en idéburen aktör, t.ex. genom stadgar och årsredovisning. Registreringen underlättar den upphandlande myndighetens kontroller och uppföljning av valfrihetssystemet. Den föreslagna bestämmelsen i LOV utesluter inte idéburna aktörer från andra medlemsstater. Definitionen av idéburen aktör medger att aktörer med säte i andra EU/EES-länder registrerar sig i det särskilda registret, se avsnitt 5.4.5.

9.2 Information till enskilda

Utredningens bedömning: Det är möjligt och även lämpligt att vid information till enskilda om leverantörer i ett valfrihetssystem lämna information om att en leverantör är en registrerad idéburen aktör.

Den upphandlande myndigheten ska enligt 9 kap. 1 § LOV till enskilda lämna information om samtliga leverantörer som myndigheten tecknat kontrakt med inom ramen för valfrihetssystemet. Informationen ska vara saklig, relevant, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig. I förarbetena anges följande:

> En förutsättning för att ett valfrihetssystem ska få positiva effekter på kvalitet, brukarinflytande och kostnadseffektivitet är att brukaren ges en reell möjlighet att välja utförare. För att kunna välja krävs att brukaren ges möjlighet att göra rationella val utifrån egna behov och preferenser. Detta kräver tillgänglig och jämförbar information om valalternativen.[34]

Socialstyrelsen hade tidigare ett uppdrag att följa upp stimulansbidrag avseende valfrihetssystem och följa kommunernas utveckling av sådana inom äldreomsorgen och omsorgen om personer med funktionsnedsättning. I uppdragets slutrapport anförde Socialstyrelsen synpunkter på kommunernas information om utförare till dem som ska välja leverantörer och påpekade att den är alltför likartad och svår att ta till sig.[35] Myndigheten för vård- och omsorgsanalys genomförde en studie under 2013/2014 vari de bl.a. anger att de flesta hittar information vid val av vårdcentral, men informationen möter inte deras behov och önskemål. Väntetider i en vårdsökandesituation samt information om kontinuitet är exempel på information som önskas men som upplevs svår att hitta.[36] Det anges att driftsform värderas lågt som grund för valet av vårdcentral men med driftsform avses här endast om det är fråga om privat eller offentlig regi. Myndigheten för vård- och omsorgsanalys rekommenderade regeringen att noga följa att utvecklingen går mot en förbättrad vårdvalsinfor-

[34] Prop. 2008/09:29, s. 90.
[35] Stimulansbidrag LOV – Slutrapport 2011–2014, Socialstyrelsen juni 2015.
[36] Vad vill patienten veta för att välja, rapport Myndigheten för vård och omsorgsanalys, rapport 2013:4.

mation. Utredningen Styrning för en mer jämlik vård bekräftar i sitt slutbetänkande bilden av svårigheter för patienter att hitta relevant information om utförare.[37]

De idéburna aktörerna menar att det i många valfrihetssystem är svårt att få fram information till brukare om de idéburna organisationernas särart. Det är inte ovanligt att det i informationen till brukare saknas upplysning om vilken driftsform som företagen har. I regel delas utförarna upp i ”privat regi” och ”offentlig regi” utan att det framgår att med privat regi avses även idéburen vård eller omsorg. Med en definition av idéburna aktörer finns en möjlighet att erbjuda brukare utökad information om en tredje utförarform: idéburen aktör. Det ger enskilda i en valsituation ytterligare relevant information. Att ge information om att en utförare i ett valfrihetssystem är en registrerad idéburen aktör bedömer utredningen vara sådan saklig och relevant information som kan och bör lämnas enligt 9 kap. 1 § LOV.

[37] SOU 2019:42, avsnitt 5.5.2 och 6.4.2.

10 Andra områden där definitionen av idéburna aktörer kan användas

Detta kapitel innehåller exempel på några andra områden där definitionen av idéburna aktörer kan användas. När definitionen av idéburna aktörer väl är på plats finns det möjligheter att därutöver utforma undantag från krav som inte är ändamålsenliga för idéburna aktörer på områden där det bedöms lämpligt.

10.1 Bidragsgivning

Utredningens bedömning: Definitionen av idéburna aktörer kan användas vid bidragsgivning från staten, kommuner och regioner när detta anses lämpligt.

Utredningen har i avsnitt 4.2.1 redogjort för de bidragsformer som finns. En del förordningar om statsbidrag är riktade till vissa associationsformer och utesluter därmed idéburna aktörer som är organiserade i andra former. Avsikten med dessa begränsningar kan ha olika orsaker men med en definition av idéburna aktörer kan bidrag ges till alla de organisationer som omfattas av den, oavsett associationsform.

Ett exempel är förordningen (2018:119) om statsbidrag till ideella föreningar och stiftelser för att minska och motverka segregation. Enligt denna kan inte exempelvis ekonomiska föreningar eller registrerade trossamfund ansöka om medel. Ett annat är förordningen (2016:1364) om statsbidrag till verksamheter för asylsökande m.fl. enligt vilken bidrag inte kan lämnas till exempelvis stiftelser. I andra förordningar används begreppet ideella organisationer som saknar

definition och därför kan vara problematiskt att tillämpa för ansvariga myndigheter. I förordningen (2011:1062) om statsbidrag till vissa organisationer inom det sociala området m.m. finns bestämmelser om statsbidrag till ideella organisationer som bedriver frivilligt arbete inom några utpekade områden. Här skulle begreppet ideella organisationer kunna bytas ut mot idéburna aktörer och stödet kunna omfatta en bredare krets.

Ett annat exempel där definitionen skulle kunna användas är förordningen (2018:596) om statsbidrag till regionala och lokala ideella organisationer vars verksamhet är inriktad mot hiv/aids och vissa andra smittsamma sjukdomar, som kan lämnas till en juridisk person med ett allmännyttigt ideellt ändamål. Bidraget administreras av Folkhälsomyndigheten.

Vidare administrerar Socialstyrelsen flera andra statsbidrag än det ovan nämnda där definitionen skulle kunna ha ett möjligt tillämpningsområde. Det gäller t.ex. förordningen (2009:955) om statsbidrag till vissa juridiska personer som tillhandahåller meningsfull sysselsättning till personer med psykisk funktionsnedsättning och förordningen (2015:454) om statsbidrag till kvinno- och tjejjourer m.fl. När det gäller den senare finns det ett remitterat förslag om att ersätta bl.a. denna förordning med en ny.

Definitionen kan också användas när nya förordningar om statlig bidragsgivning tas fram. Även kommuner och regioner kan, när de finner det lämpligt, använda definitionen vid sin bidragsgivning.

10.2 Statistik

Utredningens bedömning: Definitionen kommer att innebära förbättrade möjligheter att ta fram statistik om idéburna aktörer som exempelvis kan användas för att undersöka om regler gett de effekter som avsetts. Sådan statistik kan också användas för olika sorters jämförelser mellan idéburna aktörer och andra aktörer, offentliga eller privata.

Med en definition och ett register över idéburna aktörer kommer det bli möjligt att ta fram statistik om den idéburna sektorn. Då kan denna sektor jämföras med andra sektorer och regler utvärderas.

Statistiska centralbyrån (SCB) har i dag ett allmänt företagsregister. Detta register är offentligt och sökbart. Informationen i registret kommer från Skatteverket. Skatteverkets information kommer i sin tur från bl.a. Bolagsverket och länsstyrelserna. SCB arbetar även med egna sektorskoder där statistiken kategoriseras utifrån exempelvis associationsform och ägande. Om de idéburna aktörerna i välfärden finns registrerade med organisationsnummer kan SCB ta fram olika sorters statistik kopplad till dessa aktörer.

SCB har även ett utförarregister där alla aktörer som utför tjänster åt stat, kommun eller regioner finns med. Även ur detta register vore det möjligt att ta fram särskild statistik om det finns ett register över idéburna aktörer i välfärden.

Inom t.ex. vårdvalssystemet görs i dag endast jämförelser mellan privat och offentlig produktion. De idéburna aktörerna som ingår i vårdvalssystem ingår då i den privata produktionen. När det blir möjligt att differentiera utförarna kan jämförelser på ytterligare en nivå göras.

10.3 Ytterligare områden

Utredningen har i kapitel 4 beskrivit den idéburna sektorns roll i välfärden inklusive vilka olika former av offentlig finansiering som de idéburna aktörerna har. Det framgår där att idéburna aktörer har vissa problem på en del av områdena. Emellertid har dessa områden, exempelvis regler om tillståndsprövning och avgifter, nyligen varit föremål för olika förändringar vilka det ännu återstår att undersöka effekterna av. I vissa fall kan problematiken ha med tillämpning av bestämmelser att göra.

Det har även framkommit att de problem som anförs i många fall förefaller vara förenade med aktörens storlek och inte med att aktören är idéburen. Det har mot bakgrund av utredningens uppdrag, de nyligen genomförda förändringarna och vad som i övrigt framkommit under utredningens arbete inte framkommit något som innebär att utredningen särskilt kan peka ut något ytterligare område där definitionen kan användas. Detta innebär dock inte att definitionen inte kan ha fler användningsområden. När definitionen finns på plats finns det, om det befinns lämpligt, möjligheter att besluta om särregler för idéburna aktörer.

Det bör också noteras att det inte inom ramen för utredningens uppdrag ingår att lämna förslag inom skatteområdet.

11 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Utredningens förslag: Den nya lagen om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska träda i kraft den 1 juli 2021.

Även ändringarna i lagen om offentlig upphandling och lagen om valfrihetssystem ska träda i kraft vid samma tidpunkt.

Utredningen bedömer att samtliga lagförslag kan träda i kraft den 1 juli 2021. Utgångspunkten för bedömningen är att förslagen remissbehandlas med en sedvanlig remisstid om tre månader. En proposition bör då kunna överlämnas till riksdagen under hösten 2020. Under förutsättning att riksdagen har möjlighet att behandla denna före årsskiftet 2020/2021 är det lämpligt att lagändringarna träder i kraft den 1 juli 2021. Länsstyrelserna har till utredningens uppgett att sex månader efter ett riksdagsbeslut bör vara tillräcklig tid för att bygga upp it-infrastruktur för det nya registret och rekrytera nödvändig personal. Denna tid ger också Upphandlingsmyndigheten möjlighet att förbereda information och vägledning om de föreslagna ändringarna i lagen om offentlig upphandling.

I kapitel 7 och 8 lämnas förslag på regeringsuppdrag till Upphandlingsmyndigheten. Uppdragen innebär att myndigheten ska arbeta med olika riktade informationsinsatser till bland annat idéburna aktörer. Utöver detta bedömer inte utredningen att det finns behov av några ytterligare speciella informationsinsatser.

Det finns inget behov av några övergångsbestämmelser.

12 Konsekvenser av förslagen

Kapitlet innehåller utredningens konsekvensbeskrivning. Enligt kommittéförordningen ska den innehålla finansiella och samhällsekonomiska effekter samt andra positiva och negativa konsekvenser för enskilda personer, organisationer, företag och det allmänna av förslagen. Om utredningen lämnar förslag till nya eller ändrade regler ska förslagens kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges. Utredaren ska också analysera och ta ställning till eventuell marknads- och konkurrenspåverkan av förslagen.

Utredningen har tagit viss hjälp av konsulter i arbetet med förslagens konsekvenser.

12.1 Utgångspunkter

Utredningen har haft i uppdrag att ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet med syftet att kunna särskilja sådana verksamheter och att främja ett ökat deltagande av idéburna organisationer i välfärden. För att uppnå det sistnämnda har utredningen även haft i uppdrag att analysera och lämna förslag på hur det utrymme som finns inom EU-rätten kan utnyttjas för att underlätta samverkan med den idéburna sektorn. Vidare har utredningen haft i uppdrag att föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av idéburet offentligt partnerskap (IOP).

Som framgår i betänkandet finns det i dag en mängd olika begrepp som används för att bedriva de organisationer som står i fokus för utredningens arbete. En del begrepp, som det civila samhället, är bredare medan andra bara fångar en delmängd. Även associationsformerna varierar. Den statistik som finns över sektorn är därför ofta bristfällig och svårtolkad, vilket bör hållas i minnet vid läsningen av

beskrivningen av förslagens konsekvenser. För en redogörelse av begrepp och dess definitioner, se avsnitt 4.1.1.

De idéburna aktörernas andel av välfärdssektorn är liten i Sverige jämfört med de andra nordiska länderna, men även jämfört med andra länder i Europa. De idéburna aktörernas andel av välfärdssektorn har varit i stort sett oförändrad under en längre tid. De kommersiella aktörerna har däremot ökat sin andel medan statens, kommunernas och regionernas andel minskat i takt med att allt fler verksamheter upphandlas i konkurrens eller genom valfrihetssystem. Det har funnits en politisk vilja att få in fler aktörer i välfärden, men det har i praktiken främst kommit att handla om kommersiella aktörer.

I en rapport från Institutet för social forskning i Norge[1] beräknades den ideella sektorns andel, räknat som andel av de sysselsatta inom kommunernas och regionernas verksamhetsområden ha minskat från 3,5 till 3,2 procent under perioden 2000–2013 medan de kommersiella aktörerna ökat från 8,7 till 19,2 procent. Denna statistik avser dock enbart förvärvsarbetande i ideella organisationer och stiftelser inom kommunernas och regionernas verksamhet, medan idéburna aktörer även kan avse aktiebolag och ekonomiska föreningar samt bedriva verksamhet finansierat av statliga myndigheter. 2017 hade samma organisationers andel av sysselsättningen minskat ytterligare något till 3,1 procent medan de övriga privata utförarna ökat något till 19,9 procent.[2] Som jämförelse beräknades den ideella sektorn 2013 motsvara 7,5 procent i Norge och 13,8 procent i Danmark medan den kommersiella sektorn var mindre.[3] Den offentliga sektorn var samtidigt ungefär lika stor i samtliga länder, runt 78 procent. I statistiken från Statistiska Centralbyrån (SCB) avseende kommuners och regioners köp av verksamhet verkar det heller inte finnas något som tyder på någon förändring i trenden. Under perioden 2013 till 2018 har ideella föreningar och stiftelser (vilka utgör ungefär hälften av utförarna det civila samhället) motsvarat en ganska stabil andel av kommunerna och regionernas kostnader, runt 1,6–1,7 procent, medan de övriga privata utförarna ökat sin andel från 11,7 till 12,5 procent.[4]

[1] Mot en ny Skandinavisk velferdsmodel? Konsekvenser av ideell, kommersiell og offentlig tjenesteyting for aktivt medborgerskap. Institutt for samfunnsforskning, red. Karl Henrik Sivesind, rapport 2016:01.
[2] SCB, Tabeller för finansiärer och utförare inom vården, skolan och omsorgen.
[3] Sivesind.
[4] SCB, Landstingens och kommunernas köp av verksamhet. Se även Köp av verksamhet 2016 kommuner, landstings och regioner 2006–2016, Sveriges Kommuner och Landsting, april 2018.

Gemensamt för utredningens förslag är att de ökar möjligheterna för idéburna aktörer att delta i utförandet av offentligt finansierade välfärdstjänster och för kommuner och statliga myndigheter att dra nytta av de idéburna aktörernas kompetens, erfarenhet och andra resurser. Gemensamt är också att alla förslag är frivilliga. Idéburna aktörer väljer själva om de ska registrera sig som idéburna aktörer i välfärden och om de ska delta i idéburet offentligt partnerskap, upphandling eller valfrihetssystem. På samma sätt står det fritt för kommuner, regioner och statliga myndigheter att välja om de vill använda de instrument som utredningen föreslår.

12.2 Samhällsekonomiska konsekvenser

Utredningens förslag syftar till att underlätta samarbete mellan offentliga myndigheter och idéburna aktörer. Det förbättrar möjligheterna att dra nytta av de resurser och den potential som finns i den idéburna sektorn. Dessa resurser kan avse frivilligarbete och lokaler, men även till exempel expertis, förtroende, eller innovationskraft. Offentlig finansiering av idéburna aktörers aktiviteter inom välfärden kan frigöra denna kraft, med positiva samhällsekonomiska effekter som resultat. Som beskrivits ovan är de idéburna aktörernas andel av välfärden liten i Sverige. Givet att de idéburna aktörerna ges bättre förutsättningar genom att utredningens förslag tillämpas så kommer mångfalden av aktörer öka inom välfärden.

Införandet av en lag om registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet kommer att underlätta för idéburna aktörer att verka inom välfärden vilket bör kunna leda till att dessa i högre grad kan bidra till välfärdens utveckling.

De riktlinjer och den vägledning för idéburet offentligt partnerskap (IOP) som utredningen har tagit fram, tillsammans med det föreslagna uppdraget till Upphandlingsmyndigheten, har förutsättningar att skapa nya och mer innovativa samarbeten mellan offentliga myndigheter och idéburna aktörer. Dessa lösningar kan vara samhällsekonomiskt lönsamma såväl i termer av kostnadseffektivitet som genom att de kan ta sig an samhällsutmaningar som är svårare att hantera i egenregi, genom upphandling i konkurrens eller genom mer traditionella former av bidrag.

Liknande överväganden har gjorts vad gäller förslagen att införa möjligheter att reservera deltagande i upphandlingar respektive valfrihetssystem till idéburna aktörer. Upphandlande myndigheter förses därmed med ytterligare möjligheter att utnyttja de idéburna aktörernas kompetens och resurser även i situationer där IOP eller bidragsgivning av traditionellt slag inte är den bästa samarbetsformen.

12.2.1 Konsekvenser för staten

I utredningens uppdrag ligger att ta fram en tydlig definition av idéburna aktörer. Definitionen ska kunna användas av staten, kommuner och regioner vid såväl bidragsgivning och ömsesidig samverkan, som köp av verksamhet. Den ska göra det möjligt att identifiera idéburna aktörer inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Definitionen ska vara långsiktig, hållbar och uppföljningsbar. Utredningen har därför föreslagit en rättslig definition i lag samt ett förfarande för att särskilja de idéburna aktörerna från andra. Övervägandena finns i kap. 5, avsnitt 4.3 och 4.6.

Alternativa lösningar har övervägts. Om det vore upp till den myndighet som ska använda definitionen att i det enskilda fallet göra en egen bedömning av om kriterierna är uppfyllda skulle det finnas risk för att definitionen tillämpades olika. Om definitionen slås fast i lag med ett särskilt förfarande för bedömning av kriterierna blir det i stället en likartad bedömning. Vidare blir den administrativa bördan mindre för de kommuner och statliga myndigheter som annars skulle behöva kontrollera om förutsättningarna är uppfyllda i varje enskilt fall. Detsamma gäller för de idéburna aktörerna som skulle behöva visa att de uppfyller kriterierna var gång definitionen ska tillämpas.

Utredningen föreslår att idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska kunna registrera sig i ett särskilt register. För att bli registrerad ska den idéburna aktören uppfylla kriterierna i definitionen av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Utredningen föreslår att en myndighet får i uppdrag att upprätta och ajourhålla ett register över idéburna aktörer i välfärden. Ansvar för kontroll av efterlevnad av kriterierna, framför allt med avseende på värdeöverföringar, och ansvar för registreringen föreslås ligga på en och samma myndighet. Utredningen har

övervägt om tillstånds- eller godkännandeförfarande kunde vara lämpligt men har bedömt att dessa typiskt sett är kopplat till viss verksamhet och därför inte föreslagit sådana. Även certifiering har övervägts. En certifiering är ofta en relativt omfattande process som innefattar en bedömning av de processer och rutiner som styr en organisations verksamhet. Certifiering har därför inte bedömts vara lämpligt.

Utredningens bedömning är att såväl uppgiften att kontrollera efterlevnaden av kriterierna i definitionen som ansvaret för själva registret bör ligga på länsstyrelserna, vilka redan har ansvar för tillsyn och register över stiftelserna samt ansvar för frågor om bl.a. penningtvätt. Utredningen menar att samma länsstyrelser som är tillsyns- och registreringsmyndigheter för stiftelserna bör vara ansvariga för registret.

Registreringen är frivillig vilket i sig bedöms innebära vissa förenklingar för länsstyrelserna jämfört med deras arbete med nuvarande register för stiftelserna. Registreringen behöver heller inte vara heltäckande eftersom aktörerna även kommer att vara registrerade i andra register såsom föreningsregistret eller aktiebolagsregistret. Uppgifterna som rapporteras in ska avse information som behövs för att kunna bedöma om kriterierna för en idéburen aktör inom välfärden uppfylls.

Arbetet med länsstyrelsernas stiftelseregister omfattar ungefär 25 helårsanställda, och till detta tillkommer även viss tid för driften av it-system. Det finns ungefär 19 500 stiftelser registrerade i dag. Detta innebär således att den genomsnittliga arbetstiden per registrerad stiftelse, inklusive nyregistreringar och registerunderhåll samt tillsyn, motsvarar ungefär 2,5 arbetstimmar. Registret över idéburna aktörer bedöms inte vara lika tidskrävande att upprätthålla som stiftelseregistret. Det har varit svårt att uppskatta antalet idéburna aktörer som kommer att registrera sig. Om det skulle vara 3 000 idéburna aktörer som väljer att registrera sig, vilket inte är ett orimligt antal baserat på de uppgifter som finns om antalet icke-vinstdrivande aktörer på välfärdsområdet, och genomsnittlig tidsåtgång per registrerad aktör uppgår till två timmar, så skulle det innebära en total tidsåtgång motsvarande 3,5 helårsanställda. Givet att en helårsanställd har en kostnad om ungefär 0,7 miljoner kronor så skulle det innebära en årlig kostnad på cirka 2,5 miljoner kronor. Om den genomsnittliga intäkten från årliga registerhållningsavgifter skulle motsvara ungefär 850 kronor per registrerad aktör så skulle hela kostnaden kunna

finansieras via avgiftsintäkter, dvs. full kostnadstäckning enligt avgiftsförordningen (1992:191). Om antalet aktörer skulle bli fler än 3 000 så bedöms även kostnaden för den ökade administrationen kunna finansieras av avgifter och inte kräva ytterligare finansiering.

Bedömningen är att nuvarande system för stiftelser kan användas som förlaga till det nya registret. I början kommer det tillkomma kostnader för att anpassa it-systemen för det nya registret. Kostnaden för detta arbete bedöms motsvara ungefär en heltidsanställd, eller totalt uppemot en miljon kronor. Till en början, när registret ska upprättas och börja användas, kommer det även ta tid att rekrytera, sätta rutiner och göra uppföljningar på hur arbetet fungerar. Nyregistreringar bedöms även vara något mer tidskrävande jämfört med den löpande administrationen. Bedömningen är därför att kostnaden kommer att vara något högre initialt jämfört med när registret är på plats.

Upprättande av ett register över idéburna aktörer medför förbättrade möjligheter att ta fram statistik över den idéburna sektorn. Utredningen föreslår inte att SCB ska få ett särskilt uppdrag eftersom det ingår i myndighetens uppdrag att ta fram och säkerställa statistik avseende det civila samhällets organisationer. Upprättandet av ett register med organisationsnummer kan dock innebära vissa förenklingar för SCB:s statistikproduktion.

Utredningens övriga förslag om att i vissa fall reservera upphandlingar och valfrihetssystem till idéburna aktörer innebär att statliga myndigheter ges möjligheter att kontraktera idéburna aktörer i högre grad än vad som gäller nu. Det finns som beskrivits i kapitel 8 redan i dag möjligheter att inom ramen för gällande regelverk bättre ta tillvara de idéburna aktörernas särart. Det föreslagna uppdraget om riktade informationsinsatsertill Upphandlingsmyndigheten kan också underlätta för statliga myndigheter vid tillämpningen av upphandlingsregelverket.

Utredningen bedömer att den framtagna vägledningen om IOP ger bättre förutsättningar för samverkan mellan idéburna aktörer och statliga myndigheter. Hur många IOP som kan komma att ingås och vilken omfattning dessa kommer att ha har utredningen inte kunnat uppskatta. Utredningen bedömer dock att definitionen, vägledningen och uppdraget till Upphandlingsmyndigheten sammantaget kan komma att leda till att fler IOP ingås även med statliga myndigheter som part.

Utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska få två särskilda uppdrag. Ett om riktade informationsinsatser om offentlig upphandling i syfte att öka idéburna aktörers deltagande i upphandlingar och ett om informationsinsatser med utgångspunkt i de kriterier för IOP som utredningen tagit fram. I det sist nämnda ska också ingå att förvalta och utveckla den vägledning om IOP som utredningen tagit fram. Bägge uppdragen ska genomföras i samverkan med relevanta aktörer såsom företrädare för upphandlande myndigheter, t.ex. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) samt för den idéburna sektorn. Även Myndigheten för ungdoms och civilsamhällesfrågor (MUCF) ska inkluderas i uppdraget. Uppdraget bedöms inte leda till ökade kostnader för Upphandlingsmyndigheten eller MUCF.

12.2.2 Konsekvenser för kommuner och regioner

Utredningen bedömer att förslagen innebär en del direkta positiva effekter som följd av förenkling och ökad tydlighet med avseende på vad som räknas som en idéburen aktör samt hur LOU, LOV och IOP kan användas för kommuner och regioner. Den ökade tydligheten bedöms alltså underlätta vid samarbeten, upphandling och utformning av valfrihetssystem.

Om upphandlande myndigheter inom välfärden, exempelvis kommuner, väljer att använda möjligheten att reservera upphandlingar till idéburna aktörer så är det en förutsättning att det ska bidra till att förverkliga en social målsättning och leda till budgetmässig effektivitet. Detsamma gäller vid begränsning av valfrihetssystem. Detta innebär att idéburna aktörers eventuellt ökade deltagande inte får vara kostnadsdrivande. Om möjligheterna används bedömer utredningen att de ökar möjligheterna för kommuner och regioner att nå de aktuella sociala målsägningarna.

Förslagen om ändring av LOU och LOV innebär att upphandlande myndigheter ges ökad flexibilitet och därmed fler verktyg för att nå sitt uppdrag men det är frivilligt för kommunerna att tillämpa dem.

Utredningen bedömer att den framtagna vägledningen om IOP kan komma att leda till ökad samverkan mellan idéburna aktörer och kommuner och regioner. Hur många IOP som kan komma att ingås och vilken omfattning dessa kommer att ha har utredningen inte

kunnat uppskatta. Det beror på att det saknas information om hur många partnerskap som finns i dag och även om de som finns omfattas av utredningens definition av samverkansformen. De som finns skiftar också både till omfattning och innehåll. Utredningen bedömer dock att definitionen, vägledningen och uppdraget till Upphandlingsmyndigheten sammantaget kommer att leda till att fler kommuner och regioner ingår samverkan i form av IOP.

Konsekvenser för det kommunala självstyret

Betänkandet innehåller endast frivilliga förslag som det står kommuner och regioner fritt att tillämpa. Förslagen påverkar därmed inte det kommunala självstyret.

12.2.3 Konsekvenser för de idéburna aktörerna

Utredningens syfte är att skapa bättre förutsättningar för de idéburna aktörerna. Konsekvenserna för aktörerna bedöms därmed som huvudsakligen positiva men kan i vissa fall komma att innebära kostnader för dem.

Antalet idéburna aktörer som påverkas av utredningens förslag har varit svårt att uppskatta. En möjlig användning av det register som föreslås är just att ta fram bättre och mer tillförlitlig statistik. I kapitel 4 finns ytterligare statistikuppgifter.

Antalet icke-vinstdrivande organisationer i det civila samhället år 2016 med ekonomisk aktivitet innefattade 216 organisationer inom området hälsa, 4 199 inom utbildning och forskning samt 3 643 inom social trygghet. Det genomsnittliga antalet förvärvsarbetande per organisation var 23 inom hälsa, 9 inom utbildning och forskning samt 7 inom social trygghet. Statistik saknas avseende organisationernas storleksklass, exempelvis fördelning på små och medelstora organisationer. Den tillgängliga statistiken avseende antal förvärvsarbetande visar dock på att organisationerna i genomsnitt är förhållandevis små i storlek.

Enligt utförarregistret[5], ett register över privata utförare av kommunal och landstingskommunal verksamhet, fanns det 2 446 utförare i det civila samhället år 2016. Av dessa var 1 538 utförare verksamma inom utbildning och forskning, 57 stycken inom hälsa och 353 inom social trygghet. Det genomsnittliga antalet förvärvsarbetande per utförare inom verksamhetsområdet utbildning och hälsa var 18 personer, inom hälsa 80 och inom social trygghet 54 personer. Det genomsnittliga antalet förvärvsarbetande per utförare bland dessa 2 446 utförare var totalt sett 27 personer. Av de 2 446 utförarna i det civila samhället var 100 aktiebolag medan resterande utförare var ekonomiska föreningar (1061), ideella föreningar (884), registrerade trossamfund (103) samt stiftelser och fonder (298). Totalt fanns det i utförarregistret 11 443 unika utförare som utförde verksamhet åt regioner och kommuner år 2016. Den redovisade statistiken från utförarraregistret saknar uppgifter om organisationernas storlek och fördelning mellan exempelvis små och medelstora utförare. Statistiken visar dock att det på totalnivå inte är någon skillnad mellan utförare i det civila samhället och övriga privata utförare avseende genomsnittligt antal förvärvsarbetande per utförare, vilket för båda grupperna motsvarar ungefär 27 förvärvsarbetande per utförare.

Av kommunernas och regionernas totala kostnader för 2018 avsåg 17,5 miljarder eller 1,6 procent ersättning till föreningar och stiftelser.[6] Dessa uppgifter kan jämföras med de privatägda företagen vars andel uppgick till 12,5 procent eller 132,4 miljarder, av kommunerna och regionernas totala kostnader samma år. Det bör dock observeras att det även förekommer aktiebolag och ekonomiska föreningar bland de idéburna aktörerna. Dessa är inkluderade i gruppen privatägda företag i statistiken avseende kommunernas och regionernas köp av verksamhet. Enligt uppgifter i SCB:s satelliträkenskaper var nästan hälften av utförarna i det civila samhället ekonomiska föreningar och aktiebolag (1 161 av 2 446 utförare).[7] Antalet för-

[5] I utförarregistret ska uppgiftslämnarna (kommuner och regioner) ange från vilka utförare (privata, ideella föreningar/stiftelser samt region- och kommunägda företag) de har köpt verksamhet ifrån inom verksamhetsområdena vård, skola, omsorg och flyktingmottagande. Det finns ett tröskelvärde, vilket innebär att om en kommun köpt verksamhet från en utförare under ett år för mindre än 100 000 kronor behöver den utföraren inte redovisas. Motsvarande för regionerna är 250 000 kronor.

[6] SCB, Landstingens och kommunernas köp av verksamhet.

[7] Det civila samhället 2016 – satelliträkenskaper, SCB Avdelningen för ekonomisk statistik, rapport, december 2018.

värvsarbetande inom områdena utbildning, hälsa och social trygghet var totalt sett 51 900 år 2016 medan antalet förvärvsarbetande totalt sett inom vård, skola och omsorg var knappt 1,3 miljoner. De idéburna aktörernas andel av den välfärd som kommuner och regioner i huvudsak ansvarar för bedöms därför motsvara ungefär 4 procent.

Enligt statistik från Upphandlingsmyndigheten kan drygt 198 organisationer som lämnade anbud i en upphandling under 2017 anses tillhöra kategorin idéburna organisationer.[8] Det bör dock observeras att med idéburna organisationer avses här organisationer inom det civila samhället, se kapitel 4 om olika begrepp och hur de används. Tillsammans mottog de idéburna organisationer 21,7 miljarder kronor, vilket motsvarar 3 procent av utbetalade belopp 2017 enligt rapporten. I detta belopp ingår dock även andra transfereringar såsom bidrag.

Famna, riksorganisation för välfärd i Sverige, hade år 2018 ungefär 80 medlemmar som bedriver verksamhet inom välfärden. En del av medlemmarna är uppdelade i flera juridiska personer. Famnas medlemmar omsatte år 2017 ungefär 7,7 miljarder kronor, varav 6,2 miljarder kronor avsåg ersättning från offentlig sektor för utförda tjänster. Enligt uppgifter från Idéburna skolors riksförbund finns det ungefär 370 huvudmän inom grundskolan och gymnasiet (exklusive aktiebolag).

Uppgifterna tyder på att det kan vara uppemot några tusen organisationer som kan vara aktuella för att registrera sig i det föreslagna registret över idéburna aktörer i välfärden. Den största osäkerhetsfaktorn i statistiken är antalet aktörer inom välfärdsområden finansierat av statliga myndigheter, exempelvis inom arbetsmarknadsområdet. Inom kommuner och regioner var det knappt 52 000 förvärvsarbetande (1 948 utförare) inom utbildning, hälsa och social trygghet. I hela det civila samhället var det totalt nästan 66 900 förvärvsarbetande (8 058 organisationer med ekonomisk aktivitet) inom samma verksamhetsområden. De flesta aktörer inom hälsoområdet är utförare till kommuner och regioner. Räknat i antal förvärvsarbetande är kommuner och regioner även dominerande inom utbildning och social trygghet – ungefär 75–80 procent av de förvärvsarbetande i det civila samhället arbetar i en organisation som år 2016 var registrerad utförare till kommuner och regioner. Räknat i antal organisationer blir bilden en annan – det var exempelvis 353 utförare till kommuner

[8] Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2, Konkurrensverkets rapport 2018:9.

och regioner i det civila samhället inom social trygghet år 2016 medan antalet ekonomiskt aktiva organisationer inom social trygghet i hela det civila samhället var 3 643 stycken.[9]

De flesta organisationer som betraktar sig som idéburna bedöms inrymmas inom den definition som föreslås. Utredningen föreslår att idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad välfärdsverksamhet ska kunna ansöka om att finnas i ett särskilt register. Registreringen ska underlätta för offentliga aktörer att identifiera idéburna aktörer samtidigt som det för en idéburen aktör kan användas som ett bevismedel. Registreringen är som nämnts frivillig. Om myndigheter väljer att använda sig av definitionen, och därmed även registret, är bedömningen att idéburna aktörer kommer vilja och behöva registrera sig. För de idéburna aktörerna kommer detta därmed innebära administration och kostnader för registrering och viss administration för rapportering under registreringstiden.

Det är viktigt att kostnaderna för att registrera en organisation inte blir för höga. Många idéburna aktörer är små och har därför begränsade resurser vilket medför att registreringskostnader och administration för registrering och annan rapportering måste hållas nere. Detta behöver beaktas när principerna för avgifter bestäms. Det finns annars en risk för att idéburna aktörer inte väljer att registrera sig. Låg registreringsgrad kommer även medföra att det inte går att ta fram rättvisande statistik för sektorn baserat på det upprättade registret för idéburna aktörer inom välfärden. Utredningen bedömer att vid tillämpning av principen om full kostnadstäckning i avgiftsförordningen (1992:191) kommer avgifterna att hamna på ungefär 850 kronor per organisation. Denna summa bedöms rimlig även för små idéburna aktörer.

Det har varit svårt att bedöma hur mycket tid som kan behövas för de idéburna aktörerna för administration. De uppgifter som utredningen föreslår ska skickas in är sådana som borde vara lättillgängliga, såsom årsredovisningar och stadgar. Beroende på hur handlingarna ska skickas in, om det ska ske elektroniskt eller på annat sätt handlar det inte om mer än högst någon timme. Eftersom utredningen inte föreslår något datum när en idéburen aktör bör vara registrerad kan organisationerna välja när i tiden det passar bäst. Utredningen bedömer inte heller att det kommer att kräva någon omfattande administration att rapportera in eventuella värdeöverföringar. Även sådana

[9] Beräkningar baserade på uppgifter ur rapporten Det civila samhället 2016, SCB.

uppgifter kommer finnas lättillgängliga i årsredovisningar och i sammanträdesprotokoll eller dylikt.

Utredningens övriga förslag om att i vissa fall reservera upphandlingar och valfrihetssystem till idéburna aktörer kommer att kunna leda till att aktörerna ges ökade möjligheter att utföra välfärdsverksamhet. Vidare finns det som beskrivits i kapitel 8 redan i dag möjligheter att inom ramen för gällande regelverk bättre ta tillvara de idéburna aktörernas särart. Uppdraget om riktade informationsinsatser som utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska få kan också få positiva effekter för idéburna aktörer.

Utredningen bedömer att den framtagna vägledningen om IOP kommer att leda till ökad samverkan mellan idéburna aktörer och offentliga myndigheter. Hur många IOP som kan komma att ingås och vilken omfattning dessa kommer att ha har utredningen inte kunnat uppskatta. Det beror på att det saknas information om hur många partnerskap som finns i dag och även om de som finns omfattas av utredningens definition av samverkansformen. De som finns är även väldigt olika till omfattning och innehåll. Utredningen bedömer dock att definitionen, vägledningen och uppdraget till Upphandlingsmyndigheten sammantaget kommer att leda till att fler IOP ingås.

Utredningens bedömning är att det är möjligt och även lämpligt att vid information till enskilda om leverantörer i ett valfrihetssystem lämna information om att en leverantör är en registrerad idéburen aktör. Denna bedömning, tillsammans med den föreslagna definitionen av idéburna aktörer, medför att brukare får utökad information och kan göra medvetna val. Det innebär att idéburna aktörer kan visa på sin särart och marknadsföra sig som idéburen aktör inom valfrihetssystemen, samtidigt som det underlättar för brukare att göra mer medvetna val.

Sammanfattningsvis har utredningen tagit hänsyn till små idéburna aktörer vid framtagandet av förslagen och bedömningen är att förslagen inte kommer att påverka den administrativa bördan mer än i en begränsad omfattning. Förslagen bedöms inte heller kräva förändringar av de idéburna aktörernas verksamhet.

12.2.4 Konsekvenser för andra företag

Utredningens förslag om att Upphandlingsmyndigheten ska få i uppdrag att arbeta med riktade informationsinsatser till idéburna aktörer bedöms i huvudsak öka konkurrensen då ett ökad deltagande av idéburna aktörer förhoppningsvis leder till att fler anbud lämnas in. De flesta idéburna aktörer är små, vilket gör att detta får anses gynna mindre aktörer.

Möjligheten att reservera kontrakt för upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som överstiger tröskelvärdet om 750 000 euro innebär en begränsning av konkurrensen inom den aktuella upphandlingen till enbart idéburna aktörer i de fall denna möjlighet används. Denna möjlighet är dock frivillig att använda och får endast göras under vissa särskilt angivna förutsättningar. Det krävs att upphandlingen bidrar till att förverkliga en social målsättning och leder till budgetmässig effektivitet. Förslaget kommer således enbart innebära en begränsning av konkurrensen i de fall där dessa krav uppfylls. Enligt statistik från Upphandlingsmyndigheten kan drygt 198 organisationer som lämnade anbud i en upphandling anses tillhöra kategorin idéburna organisationer och dessa organisationer lämnade tillsammans in 421 anbud, vilket motsvarar strax under 1 procent av alla anbud som inkom under år 2017. Det var 283 anbud, nära sju av tio inlämnade anbud, som kontrakterades. Om det antas att upphandlande myndigheter under ett år reserverar 30 upphandlingar till idéburna aktörer så skulle det innebära att dessa skulle öka sin andel av antalet kontrakterade anbud från 1,1 procent till 1,2 procent baserat på marknadsläget år 2017. Det går emellertid inte att slå fast att en sådan ökning i motsvarande mån skulle minska de privata vinstdrivande företagens andel eftersom upphandlingarna kan omfatta sådana tjänster som annars hade genomförts i egen regi.

Även möjligheten att reservera rätten att ansöka om att få delta i ett valfrihetssystem för idéburna aktörer innebär en begränsning av konkurrensen i de fall denna möjlighet används. Att reservera deltagandet får dock enbart göras om det föreligger särskilda skäl. Samtliga regioner har valfrihetssystem inom primärvården och i vissa fall även på andra områden. Av kommunerna har över hälften infört valfrihetssystem, varav de flesta inom hemtjänst. Arbetsförmedlingen har också haft valfrihetssystem för olika insatser, bland annat stöd och matchning. Det finns dessvärre ingen statistik avseende de idéburna

aktörernas deltagande i valfrihetssystem. Sådan statistik saknas också beträffande övriga privata leverantörer. Den statistik som finns gör som beskrivits tidigare inte skillnad på upphandling, valfrihetssystem eller bidrag. Det är även svårt att bedöma i hur många fall det kan vara aktuellt att reservera ett valfrihetsystem. Om det antas att t.ex. ett valfrihetssystem reserveras för idéburna aktörer inom LSS, daglig verksamhet i en genomsnittlig svensk kommun så skulle det kunna innebära att de idéburna aktörerna ökade sin marknadsandel med 0,3 procentenheter inom just daglig verksamhet, givet att det inte fanns några idéburna aktörer som bedrev daglig verksamhet i kommunen tidigare. år 2018 fanns det 32 kommuner som hade daglig verksamhet inom LOV. I de fall denna möjlighet används så behöver det inte nödvändigtvis innebära att privata utförares andel minskar då det även kan innebära att kommuner som nu saknar valfrihetssystem inrättar sådana. Det kan således leda till att de offentliga aktörernas andel minskar medan de idéburna aktörernas andel ökar och de privata leverantörernas andel blir oförändrad.

Utredningens förslag innebär inte några kostnader för företagen.

12.3 Förslagens förhållande till EU-rätten

Aktuell EU-lagstiftning är framför allt reglerna om statligt stöd och om offentlig upphandling. Beträffande förslagens förhållande till EU-rätten hänvisas till kapitel 6 som innehåller en redogörelse för denna och för det nationella handlingsutrymmet. Samtliga förslagskapitel (7, 8 och 9) innehåller redogörelser för EU-rätt och förslagens förenlighet med den. Utredningen bedömer således att förslagen är förenliga med gällande EU-rätt relevant för förslagen. I övrigt kan följande framhållas.

I utredningens uppdrag har ingått att kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES. Det har även omfattat att kartlägga i vilken utsträckning och på vilket sätt idéburna aktörer definieras och avgränsas i andra länder och hur eventuella sådana system används. Utredningen har valt ut ett antal särskilt intressanta länder för detta arbete. Utredningen har även till viss del undersökt om och i så fall hur dessa EES-länder har särlagstiftning för idéburna aktörer eller motsvarande. Vidare har även ekonomiska tjänster av allmänt intresse i viss mån

ingått i undersökningen. Redogörelse för detta arbete finns i avsnitt 4.3, 5.2.5 och 6.2.4. Beträffande urvalet se kap. 2.

12.4 Särskilda hänsyn beträffande tidpunkt för ikraftträdande och om behov av speciella informationsinsatser

Utredningen bedömer att samtliga förslag kan träda ikraft den 1 juli 2021, se kap. 11. Utredningen menar att tidpunkten är rimlig under förutsättning att förslagen remissbehandlas med en remisstid om tre månader och en proposition överlämnas till riksdagen under hösten 2020. Länsstyrelsen i Västra Götalands län har uppgett att sex månader efter ett riksdagsbeslut är tillräcklig för dem att bygga upp it-infrastruktur för ett register och rekrytera eventuell personal. Eftersom uppgifterna som krävs för registrering är sådana uppgifter som redan finns hos de idéburna aktörerna och registreringen inte behöver göras under en viss tid bedömer utredningen att tidpunkten är rimlig även i förhållande till dem.

Några särskilda informationsinsatser bedöms inte behövas förutom de uppdrag som Upphandlingsmyndigheten föreslås få och som bägge rör informationsinsatser om utredningens förslag, se avsnitt 12.2.1 om konsekvenser för staten ovan. Information om definitionen och möjligheten till registrering kan länsstyrelserna tillhandahålla inom ramen för uppdraget. Vidare kan de bransch- och intresseorganisationer som finns inom den idéburna sektorn bistå.

12.5 Övriga konsekvenser

Utredningen bedömer att förslagen inte får några konsekvenser för den personliga integriteten, för jämställdheten mellan kvinnor och män eller för brottsligheten. Utredningen bedömer inte heller att förslagen påverkar företagen i andra hänseenden än vad som beskrivits ovan. Utredningens förslag om IOP och om möjligheter att reservera upphandlingar för idéburna aktörer kan komma att få positiva effekter för möjligheterna att nå de integrationspoliska målen. Flera idéburna aktörer arbetar med integrationsinsatser på olika sätt, se kap. 4. Utredningens förslag syftar sammantaget till att främja idéburna

aktörers deltagande i välfärden vilket innebär ökade möjligheter att nå målen på det området.

13 Författningskommentar

13.1 Förslaget till lag om registrering av idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet

Idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet

1 §

Med idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdverksamhet avses i denna lag en juridisk person som

1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,

2. har ett syfte som är oegennyttigt,

3. bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet, och

4. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Paragrafen innehåller en definition av vad som avses med en idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Överväganden finns i avsnitt 5.4.3.

Definitionen innebär att varje juridisk person som vill omfattas av definitionen måste uppfylla kriterierna. Det krävs inte att det är fråga om en svensk juridisk person. Att den juridiska personen mottar en majoritet av sina medel från det offentliga hindrar inte att den anses uppfylla *punkten 1*. Det är heller inte ett hinder om den har grundats av en offentlig aktör. Avgörande är i stället att den inte är ägd eller styrd av det offentliga på så sätt att det offentliga kontrollerar den.

Enligt *punkten 2* ska aktören ha ett oegennyttigt syfte. Begreppet används bland annat i propositionen En politik för det civila samhället (prop. 2009/10:55, s. 30) som en beskrivning av det civila sam-

hällets organisationer: ”Med det civila samhällets organisationer avses här alla organisationer som är organiserade utanför offentlig sektor och näringsliv, som inte är vinstdrivande och som har någon form av oegennyttigt uppdrag.” Begreppet är avsett att ha ett vidare tillämpningsområde än begreppet allmännyttigt ändamål i inkomstskattelagens regler om inskränkt skattskyldighet. För att kravet på oegennyttigt syfte ska vara uppfyllt ska den juridiska personen som helhet omfattas av det.

Enligt *punkten 3* ska aktören bedriva eller ha för avsikt att bedriva offentligt finansierad välfärdsverksamhet. Definitionen kan alltså inte användas i andra sammanhang än just när en idéburen organisation bedriver eller har för avsikt att bedriva offentligt finansierad verksamhet inom välfärden. Det krävs inte att det är någon viss andel av organisationens verksamhet som utgörs av offentligt finansierad välfärdsverksamhet för att detta kriterium ska vara uppfyllt. Avgränsningen av vad som avses med välfärdsverksamhet finns i avsnitt 3.2.

Enligt paragrafens *fjärde punkt* får aktören inte göra några värdeöverföringar till någon annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning. Vad som menas med forskning anges i avsnitt 5.4.3 p. 4. Vad som avses med värdöverföringar anges i lagens 5 §.

Registrering

2 §

En idéburen aktör får ansöka om att registreras i ett register över idéburna aktörer inom offentligt finansierad välfärdverksamhet.

Den idéburna aktören ska registreras om aktören uppfyller förutsättningarna i 1 §. Att 1 § 2 är uppfylld ska framgå av aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling.

Den myndighet som regeringen bestämmer (registermyndigheten) ska besluta om registrering av idéburna aktörer.

I paragrafen anges under vilka förutsättningar en idéburen aktör inom offentligt finansierad välfärdsverksamhet har rätt att bli registrerad i registret över sådana aktörer. Överväganden finns i avsnitt 5.4.3 och 5.4.5. Registreringen är frivillig för sådana aktörer som önskar bli registrerade. För att bli registrerad ska aktören uppfylla de kriterier som anges i lagens första paragraf. Att den idéburna aktören har

ett syfte som är oegennyttigt ska framgå av aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling. Registreringen ska göras av den myndighet som regeringen utser till registermyndighet.

3 §

Registreringen ska omfatta

1. den idéburna aktörens namn och postadress,

2. den idéburna aktörens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling, och

3. en kontaktperson som är behörig att företräda den idéburna aktören i frågor om registrering samt kontaktpersonens namn, postadress och personnummer eller samordningsnummer.

Ändringar i något av dessa förhållanden ska genast anmälas till registermyndigheten.

I paragrafens *första stycke* anges vilka uppgifter registreringen ska omfatta. Överväganden finns i avsnitt 5.4.5. Paragrafens *andra stycke* innehåller ett krav på att genast anmäla ändringar av dessa förhållanden.

Avgifter

4 §

Registermyndigheten får ta ut en avgift för registerhållning.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om avgiftens storlek.

I paragrafens *första stycke* anges att registermyndigheten får ta ut en avgift för registerhållning. Överväganden finns i avsnitt 5.4.5. Paragrafens *andra stycke* innehåller ett bemyndigande för regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela föreskrifter om avgiftens storlek.

Värdeöverföringar

5 §

Med värdeöverföring avses i denna lag:

1. vinstutdelning

2. förvärv av egna aktier, dock inte förvärv enligt 19 kap. 5 § aktiebolagslagen (2005:551),

3. minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna,

4. minskning av reservfonden för återbetalning till medlemmarna,

5. gottgörelse,

6. avhändande av egendom till underpris,

7. förvärv av egendom till överpris,

8. lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen,

9. utlåning av medel till en i förhållande till marknadsräntan lägre ränta eller upptagande av lån till högre ränta än marknadsräntan,

10. avskrivning av fordringar eller att låta fordringar preskriberas, eller

11. annan affärshändelse som medför att den idéburna aktörens förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för denna aktör.

I paragrafen tydliggörs vad som enligt denna lag avses med värdeöverföringar. Överväganden finns i avsnitt 5.4.4. I paragrafens uppräkning återfinns dels den definition av värdeöverföringar som gäller för aktiebolag och som finns i 17 kap. 1 § aktiebolagslagen (2005:551), dels den som finns i 12 kap. 1 § punkterna 1–3 i lagen (2018:672) om ekonomiska föreningar, samt även vad som enligt förarbetena till dessa lagar omfattas av begreppet. Bestämmelsen om vad som betraktas som värdeöverföring i *punkten 11* är annorlunda utformad än den som gäller för ekonomiska föreningar. Enligt lagen om ekonomiska föreningar undantas affärshändelser som är en naturlig del i föreningens ekonomiska relation med medlemmarna. Något sådant undantag finns inte i denna lag. Vissa typer av utbetalningar ska dock ses som en del av utförandet av själva välfärdsverksamheten och inte som en värdeöverföring till enskild, se avsnitt 5.4.4.

Några av punkterna i paragrafen gäller bara för vissa associationsformer. Detta gäller exempelvis *punkterna 2 och 3* som bara gäller för

aktiebolag, vilket framgår av ordalydelsen. De flesta av punkterna kan dock tillämpas oavsett associationsform.

6 §

En registrerad idéburen aktör ska skriftligen varje år till registermyndigheten lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar.

Första stycket gäller även en aktör som omfattas av 9 §.

Av bestämmelsens *första stycke* framgår att de registrerade idéburna aktörerna årligen ska lämna skriftliga uppgifter till registermyndigheten om beslutade värdeöverföringar. Överväganden finns i avsnitt 5.4.4. Av bestämmelsens *andra stycke* framgår att detta ska gälla även sådana aktörer som inte längre är registrerade men som enligt 9 § under en period om fem år efter avregistrering är skyldiga att följa begränsningen beträffande värdeöverföringar.

Uppgifterna ska lämnas oavsett om några värdeöverföringar har beslutats eller inte.

7 §

En registrerad idéburen aktör ska ha en bestämmelse i aktörens stadgar, bolagsordning eller motsvarande handling som anger att kvarvarande tillgångar vid aktörens upplösning ska skiftas på ett sätt som inte bryter mot begränsningen beträffande värdeöverföringar i 1 § 4.

Första stycket gäller även en aktör som omfattas av 9 §.

För stiftelser gäller i stället vad som anges i 7 kap. 11 § stiftelselagen (1994:1220).

Bestämmelsen om begränsning av värdeöverföringar gäller även om den registrerade idéburna aktören upplöses genom konkurs eller likvidation. I paragrafens *första stycke* anges att en registrerad idéburen aktör ska ha en bestämmelse i aktörens stadgar, bolagsordning eller motsvarande handling som anger att kvarvarande tillgångar vid aktörens upplösning ska skiftas på ett sätt som inte bryter mot begränsningen beträffande värdeöverföringar. Överväganden finns i avsnitt 5.4.6. Av bestämmelsens *andra stycke* framgår att detta ska gälla även sådana aktörer som inte längre är registrerade men som enligt 9 § under en

period om fem år efter avregistrering är skyldiga att följa begränsningen beträffande värdeöverföringar. Av bestämmelsens *tredje stycke* framgår att det för stiftelser i stället gäller särskilda regler. För stiftelser finns bestämmelser om vad som gäller vid likvidation i 7 kap. 11 § stiftelselagen. Enligt denna bestämmelse ska likvidatorerna, när alla skulder blivit betalda, använda återstående tillgångar för det ändamål vartill de är bestämda eller för ett ändamål som så nära som möjligt motsvarar detta. Om det inte är möjligt att använda tillgångarna på detta sätt, ska de överlämnas till Allmänna arvsfonden.

Avregistrering

8 §

Registermyndigheten ska besluta att den idéburna aktören ska avregistreras om de krav som gäller för registrering enligt 2 § inte längre är uppfyllda.

Registermyndigheten får även besluta att en idéburen aktör ska avregistreras om aktören inte har följt ett föreläggande enligt 11 § första stycket.

En idéburen aktör ska på egen begäran avregistreras av registermyndigheten även om kraven i 2 § fortfarande är uppfyllda.

Paragrafen innehåller bestämmelser om avregistrering. Överväganden finns i avsnitt 5.4.6. Paragrafens *första stycke* innehåller en bestämmelse om att registermyndigheten ska avregistrera den idéburna aktören ur registret om förutsättningarna för registrering inte längre är uppfyllda. I paragrafens *andra stycke* anges att registermyndigheten även får besluta att en idéburen aktör ska avregistreras om aktören inte har följt ett föreläggande som registermyndigheten har meddelat. Det kan exempelvis handla om ett föreläggande om att betala registerhållningsavgift. Enligt paragrafens *tredje stycke* har en idéburen aktör rätt att på egen begäran avregistreras även om förutsättningarna för att vara registrerad fortfarande är uppfyllda. Detta följer av att det handlar om en frivillig registrering.

9 §

Under en tidsperiod om fem år efter ett beslut om avregistrering ska begränsningen beträffande värdeöverföringar i 1 § 4 fortfarande gälla.

I paragrafen anges att den begränsning vad gäller värdeöverföringar som finns i 1 § punkten 4 fortfarande ska gälla under en tidsperiod om fem år efter ett beslut om avregistrering. Överväganden finns i avsnitt 5.4.6. Bestämmelsens syfte är att motverka missbruk av definitionen.

Tillsyn

10 §

Registermyndigheten ska utöva tillsyn över registret över idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet.

En registrerad idéburen aktör är skyldig att på registermyndighetens begäran lämna sådana uppgifter som är nödvändiga för tillsynsverksamheten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om registermyndighetens tillsyn över registret. Överväganden finns i avsnitt 5.4.5. Enligt bestämmelsens *första stycke* ska registermyndigheten utöva tillsyn över registret. Det innebär, förutom den kontroll som sker vid registreringstillfället, att myndigheten även löpande ska följa upp efterlevnaden av kriterierna i lagen. När det gäller kriteriet om värdeöverföringar finns det i lagen en särskild bestämmelse i 6 § om att aktören är skyldig att årligen lämna upplysningar om sådana. Utöver detta är enligt bestämmelsens *andra stycke* en registrerad idéburen aktör skyldig att på registermyndighetens begäran lämna sådana uppgifter som är nödvändiga för tillsynsverksamheten.

11 §

Registermyndigheten får meddela de förelägganden som behövs för att denna lag eller de föreskrifter som har meddelats i anslutning till lagen ska följas.

Förelägganden enligt första stycket får förenas med vite.

Paragrafens *första stycke* innehåller ett bemyndigande för registermyndigheten att meddela de förelägganden som behövs för att denna lag eller de föreskrifter som har meddelats i anslutning till lagen ska följas. Överväganden finns i avsnitt 5.4.5. Paragrafens *andra stycke* innehåller en möjlighet för registermyndigheten att förena sådana förelägganden med vite. Allmänna bestämmelser om vite finns i lagen (1985:206) om viten. I 8 § finns även en bestämmelse om att registermyndigheten får besluta att en idéburen aktör ska avregistreras om aktören inte har följt ett föreläggande enligt denna paragraf. När det gäller förelägganden om att inkomma med uppgifter inför själva registreringen finns ingen möjlighet att förena dessa med vite eftersom registreringen är frivillig. Om ett sådant föreläggande inte följs kan konsekvensen i stället bli att aktören inte blir registrerad i registret utan att ärendet avskrivs.

Straff

12 §

Till böter döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör värdeöverföringar från en registrerad idéburen aktör eller en aktör som omfattas av 9 § till annan än en registrerad idéburen aktör eller till forskning.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om straff för den som bryter mot begränsningen när det gäller värdeöverföringar. Överväganden finns i avsnitt 5.4.8. Den som bryter mot dessa bestämmelser kan dömas till böter. För att dömas enligt bestämmelsen krävs att gärningen har skett med uppsåt eller av oaktsamhet. Kriminaliseringen innebär även att det blir möjligt att besluta om företagsbot, i de fall övriga förutsättningar för detta är uppfyllda.

Överklagande

13 §

Registermyndighetens beslut får överklagas till allmän förvaltningsdomstol om myndigheten har beslutat att

1. skriva av eller avslå en ansökan om registrering enligt 2 §,
2. avregistrera en idéburen aktör enligt 8 §, eller

3. meddela ett föreläggande enligt 11 §.

Ett överklagande av ett beslut enligt första stycket 1 eller 2 ska ha kommit in till registermyndigheten inom två månader från dagen för beslutet.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om möjlighet att överklaga vissa beslut. Överväganden finns i avsnitt 5.4.9. De beslut som enligt bestämmelsens *första stycke* får överklagas är beslut om att skriva av eller avslå en ansökan om registrering, att avregistrera en idéburen aktör, eller att meddela förelägganden. Dessa beslut får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Beslut om att skriva av eller avslå en ansökan om registrering och beslut om att avregistrera en idéburen aktör får enligt bestämmelsens *andra stycke* överklagas inom två månader från beslutets dag. Överklagandefristen följer vad som gäller för denna typ av beslut i aktiebolagslagen (2005:551), lagen (2018:672) om ekonomiska föreningar och lagen (1998:1593) om trossamfund. För beslut om att meddela förelägganden gäller dock den vanliga överklagandefristen enligt förvaltningslagen om tre veckor från den dag då den som överklagar fick del av beslutet. Enligt bestämmelsens *tredje stycke* krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Ikraftträdande

Lagen träder i kraft den 1 juli 2021.

13.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem

1 kap.

2 §

När föremålet för ett valfrihetssystem har ett gränsöverskridande intresse ska den upphandlande myndigheten iaktta de unionsrättsliga principerna om förbud mot diskriminering och om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Paragrafen innebär en ändring av bestämmelsen på så sätt att de unionsrättsliga principerna om förbud mot diskriminering och om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande endast ska iakttas när föremålet för ett valfrihetssystem har ett gränsöverskridande intresse. Överväganden finns i avsnitt 9.1. Exempel på tjänster som ofta kan sakna ett gränsöverskridande intresse är boendestöd, hemkörning av varor, fotsjukvård i särskilt boende, sysselsättning inom socialpsykiatrin, daglig verksamhet, beroendevård, hygienvård och hemsjukvård. Att en tjänst saknar ett gränsöverskridande intresse innebär att den upphandlande myndigheten har större möjligheter att exempelvis beakta särarten hos idéburna aktörer vid inrättandet av valfrihetssystem.

2 a §

En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i ett valfrihetssystem för sådana organisationer som är idéburna aktörer om det finns särskilda skäl.

Med idéburen aktör avses en juridisk person som

1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,

2. har ett syfte som är oegennyttigt, och

3. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Paragrafen är ny. Den innebär att den upphandlande myndigheten får reservera deltagandet i ett valfrihetssystem för idéburna aktörer om det finns särskilda skäl. Detta gäller även om tjänsten har ett gränsöverskridande intresse. Överväganden finns i avsnitt 9.1. Kriterierna för vad som utgör en idéburen aktör är desamma som i lagen om registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet förutom kravet på offentlig finansiering. Detta eftersom kravet på offentlig finansiering alltid är uppfyllt i dessa sammanhang. Det krävs inte att aktören finns i det särskilda registret över sådana aktörer. För att det ska vara fråga om särskilda skäl måste det finnas ett samband mellan den tjänst som valfrihetssystemet omfattar och det mervärde eller särart som idéburna aktörer bidrar med. Det kan handla om att tjänsterna tillhandahålls brukare, patienter eller enskilda

med en högre grad av kontinuitet eller att de tillhandahålls på ett mer individanpassat sätt när de utförs av idéburna aktörer.

Ikraftträdande

Lagändringen träder i kraft den 1 juli 2021.

13.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

19 kap.

6 b §

En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a för sådana organisationer som är idéburna aktörer, under förutsättning att det bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet.

Med idéburen aktör avses en juridisk person som

1. inte är direkt eller indirekt ägd eller kontrollerad av staten, en kommun eller en region,

2. har ett syfte som är oegennyttigt, och

3. inte gör några värdeöverföringar till annan än registrerade idéburna aktörer eller till forskning.

Paragrafen är ny och ersätter den paragraf som i stället betecknas 19 kap. 6 c §. Enligt bestämmelsen får en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar reservera deltagandet i en upphandling av sådana tjänster som räknas upp i bilaga 2 a till idéburna aktörer. Överväganden finns i avsnitt 8.2.1. Kriterierna för vad som utgör en idéburen aktör är desamma som i lagen om registrering av idéburna aktörer i offentligt finansierad välfärdsverksamhet förutom kravet på offentlig finansiering. Detta eftersom kravet på offentlig finansiering alltid är uppfyllt i dessa sammanhang. Det krävs inte att aktören finns i det särskilda registret över sådana aktörer utan den upphandlande myndigheten får i varje upphandling ta ställning till om de som lämnar anbud uppfyller kriterierna i bestämmelsen. För att bestämmelsen ska vara tillämplig ska det finnas ett samband mellan

den aktuella upphandlingen och den faktiska, konkreta sociala målsättningen. Upphandling enligt bestämmelsen ska således innebära att förutsättningarna ökar för att nå målen för den aktuella tjänsten enligt den lagstiftning som gäller för denna tjänst. Ett önskemål eller målsättning som enbart avser ökad leverantörsmångfald är inte ett syfte som omfattas av bestämmelsen.

Ikraftträdande

Lagändringen träder i kraft den 1 juli 2021.

Kommittédirektiv 2018:46

En tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden

Beslut vid regeringssammanträde den 7 juni 2018.

Sammanfattning

En särskild utredare ska ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer som kan användas för att identifiera och avgränsa dessa från andra aktörer i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Syftet med en definition av idéburna aktörer är att främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden genom att underlätta vid bl.a. bidragsgivning, lagstiftning, köp av verksamhet och samverkan. Utredaren ska därför också ta fram exempel och beskriva tänkbara tillämpningsområden inom välfärden och angränsande områden där en definition av idéburna aktörer skulle kunna användas.

Utredaren ska bl.a.

- föreslå en definition av idéburna aktörer,
- kartlägga och analysera olika förfaranden för att utifrån den föreslagna definitionen identifiera idéburna aktörer inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter,
- kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES,
- föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av idéburet offentligt partnerskap (IOP), i syfte att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

I uppdraget ingår inte att lämna förslag inom skatteområdet.

Uppdraget ska redovisas senast den 14 december 2019.

Idéburna organisationer är viktiga aktörer inom framtidens välfärd

Idéburna organisationer bidrar till samhällsnytta och mångfald i välfärden

Sedan mars 2010 gäller som mål för politiken för det civila samhället att förbättra villkoren för det civila samhället att bidra till samhällsutvecklingen och välfärden både som röstbärare och opinionsbildare och med en mångfald verksamheter (prop. 2009/10:55 s. 44). Till det civila samhället hör bl.a. idéburna organisationer som verkar som aktörer inom välfärden. Begreppet ”idéburna aktörer” inkluderar fortsättningsvis idéburna organisationer som väljer att vara aktörer inom välfärden. Kännetecknande för dessa aktörer är att de frivilligt valt att gå samman kring en idé och värdegrund, att allmännytta eller medlemsnytta är deras främsta drivkraft samt att eventuella överskott går tillbaka till verksamheten och därmed kommer samhället till godo (se Överenskommelsen mellan regeringen, idéburna organisationer inom det sociala området och Sveriges Kommuner och Landsting, SKL, skr. 2008/09:207). Flera utredningar har framhållit att idéburna organisationer utgör betydelsefulla aktörer inom välfärdssystemen som utförare av offentligt finansierad välfärd (SOU 2016:13, SOU 2016:78 och SOU 2017:38).

I betänkandet Kvalitet i välfärden anges att de idéburna verksamheterna kan öka mångfalden och valfriheten för brukarna samt tillhandahålla tjänster som kanske annars inte skulle erbjudas (SOU 2017:38). De idéburna aktörerna har också historiskt bidragit till innovation inom området genom att tillhandahålla nya former av välfärdstjänster innan de kommit att i större skala utföras av det offentliga. De har också visat förmåga att bedriva mer specialiserad verksamhet – exempelvis har idéburna organisationer bedrivit pedagogisk verksamhet med alternativa metoder eller riktat omsorgsverksamhet mot grupper med specifika behov – som varit svår för det offentliga att erbjuda och inte tillräckligt kommersiellt intressant för en vinstsyftande privat aktör att bedriva.

Regeringens målsättning är att få fler idéburna organisationer att verka som aktörer i välfärden samt att öka den andel av offentligt finansierad eller subventionerad välfärdsverksamhet som bedrivs av idéburna aktörer. Betänkandet Palett för ett stärkt civilsamhälle pekar på att idéburna aktörers mindre känslighet för finansiella incitament gör att vissa idéburna aktörer förefaller påverkas mindre av ekonomiska förändringar än andra aktörer. Idéburna aktörer tar ofta ett större ansvar och skapar ett mervärde för brukare eller mottagare av tjänster (SOU 2016:13).

Internationella erfarenheter visar också att idéburen verksamhet, inom EU ofta benämnd social ekonomi, i mindre utsträckning än privat vinstsyftande företagsamhet påverkas av konjunktursvängningar och därmed fungerar konjunkturutjämnande och stabiliserande i tider av ekonomisk instabilitet (The resilience of the cooperative model – How worker cooperatives, social cooperatives and other worker-owned enterprises respond to the crisis and its consequences, CECOP – CICOPA Europé, 2012 och Resilience of the cooperative business model in times of crisis, ILO, Sustainable Enterprise Programme, 2009).

I betänkandet Ordning och reda i välfärden framhålls att idéburna organisationer, genom att vara utförare åt det offentliga, kan trygga sin fortlevnad vilket betyder att förutsättningarna ökar för att organisationen finns kvar och tidigt kan se problem i samhället och föreslå åtgärder. De idéburna organisationerna bygger i stor utsträckning sin verksamhet på ideellt engagemang som sker lokalt, exempelvis vid flyktingmottagande eller integrationsinsatser (SOU 2016:78). För idéburna organisationer är den samhällsnytta som verksamheten syftar till själva målet, medan ekonomin är ett medel för att kunna bedriva verksamheten. Innebörden av detta är att idéburen verksamhet måste kunna generera överskott och över tid balansera sin ekonomi för att säkerställa fortsatt verksamhet. Däremot har den inte som syfte att ge möjlighet till vinstuttag (Promemorian Vissa ändringar i regleringen om tillstånd att ta emot offentlig finansiering, Fi2018/00130/K). Respektive organisations syfte framgår av dess stadgar.

Andelen idéburna aktörer minskar inom välfärden

Trots att det finns många argument för idéburna aktörer inom välfärden är dessa aktörers ställning relativt svag i Sverige jämfört med andra länder (Varför är det så få idéburna organisationer i välfärden? Tillväxtverket, 2012). Generellt har trenden varit att de idéburna aktörernas position relativt sett har försvagats bland enskilda utförare av välfärdstjänster, även om de inte minskat i absoluta tal. Det beror på att de kommersiella aktörerna har vuxit kraftigt i antal, medan de idéburna inte har blivit fler i samma takt.

Mätt i andel sysselsatta inom välfärden har de ideella aktörernas andel i Sverige 2000–2013 minskat från 3,5 till 3,2 procent medan de kommersiella aktörerna ökat från 8,7 till 19,2 procent under samma period (Mot en ny skandinavisk velferdsmodell? Intstitutt för samfunnsforskning, 2016, s. 20 och 26). Enbart 2,0 procent av kommunernas verksamhet 2006–2015 utfördes av andra än kommunala eller kommersiella aktörer, främst stiftelser och ideella föreningar (SKL:s rapport Köp av verksamhet, Kommuner, landsting och regioner 2006–2015).

Knappt 18 procent av alla organisationer som tog emot offentliga utbetalningar 2016 tillhörde kategorin idéburna organisationer. De idéburna tog emot cirka 3 procent av de utbetalda beloppen 2016, vilket innefattade inköp från det offentliga, men även bidrag och transfereringar som föreningsbidrag, medlemsavgifter och bidrag till fristående skolor. Idéburna organisationer stod för en mindre andel av det totala antalet kontrakterade anbud under 2016. Regeringen ser en stark potential i att få fler idéburna aktörer i välfärden. Statistik från 2016 visar att en klar majoritet (64 procent) av de idéburna organisationer som lämnar anbud i offentliga upphandlingar slutligen får kontrakt (Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport Statistik om offentlig upphandling 2017, 2017:5 och 2017:11).

Under de senaste åren har idéburna organisationer framhållit att ökningen av regleringar och juridiska krav på utförarna har inverkat negativt på deras förutsättningar att bidra till välfärden. Många har därför efterlyst lättnader i ett antal regelverk för att idéburna organisationers möjligheter som välfärdsaktörer ska stärkas. Flertalet organisationer har dessutom önskat bättre förutsättningar för relationer mellan det offentliga och det idéburna. Enligt deras uppfattning

passar allmänna regler för privata företag mindre väl för idéburna organisationer.

SKL har efterlyst att staten bör möjliggöra för kommuner och landsting att utveckla fler samarbetsmodeller med civilsamhällets ideella och idéburna organisationer på annat sätt än genom upphandling. SKL framhåller att staten genom relevanta myndigheter bör uppmuntra och underlätta tillkomsten av överenskommelser om partnerskapssamverkan som t.ex. IOP (en samverkansform som ger utrymme för samarbete mellan det offentliga och idéburen sektor i syfte att utveckla nya arbetsmetoder), liksom att utveckla praxis också för statliga myndigheter att ingå i sådan samverkan tillsammans med kommuner respektive landsting och det civila samhällets aktörer (SKL:s positionspapper den 7 april 2017 Civilsamhället som utvecklingskraft, demokratiaktör och samverkanspartner).

I regeringens nationella upphandlingsstrategi (Fi2016/00833/OU) som beslutades i juni 2016, framhålls vikten av att underlätta för idéburna aktörer och sociala företag att verka i välfärden liksom vikten av ökad dialog. Utifrån hur upphandlingsregelverket är utformat finns möjlighet att specifikt ta till vara de mervärden som idéburna aktörer kan erbjuda i samband med en upphandling. Ett annat sätt att ta del av dessa mervärden är att inrätta IOP. I upphandlingsstrategin anges att idéburna organisationers möjlighet att vara leverantörer till den offentliga sektorn kan främjas genom IOP, med beaktande av de juridiska förutsättningar som finns.

Uppdraget att föreslå en tydlig definition av idéburna aktörer inom välfärden

Svårigheten att definiera vilka utförare av välfärdstjänster som ska anses vara idéburna aktörer

I betänkandet Kvalitet i välfärden framhålls att en viktig anledning till att det har varit svårt att undanta idéburna aktörer när nya regler införts är att de idéburna inte lätt går att identifiera. De idéburna aktörerna är en mångfasetterad skara. En del har hundratals anställda och har varit verksamma i årtionden, medan andra har mycket få anställda och är nyetablerade. Vissa har stora ekonomiska resurser och en bredd av inkomster vilket skapar stor självständighet och god uthållighet medan andra är mer beroende av en enda stödgivare, ofta

offentlig sektor genom bidrag eller köpta tjänster. Idéburna aktörer i Sverige bedriver också sin verksamhet i olika juridiska former och i vissa fall i komplicerade koncernliknande strukturer. Det finns t.ex. aktiebolag som ägs av stiftelser eller som har inskrivet i bolagsordningen att alla medel ska återinvesteras i verksamheten. Det finns dessutom föräldrakooperativ som bedrivs som ekonomiska föreningar och som investerar alla medel i verksamheten (SOU 2017:38).

I propositionen En ny lag om ekonomiska föreningar har regeringen inte funnit skäl att införa lagregler för ekonomiska föreningar som liknar regleringen för aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning, s.k. SVB. Inte heller har det ansetts att en särskild kategori eller särskilda regler för sådana föreningar som har ett huvudsakligen ideellt eller allmännyttigt ändamål ska införas (prop. 2017/18:185 s. 210 f.).

Hur kan idéburna aktörer inom välfärden definieras?

FN:s satelliträkenskaper (FN:s statistiksystem), som används för icke-vinstdrivande organisationer (begreppet icke-vinstdrivande organisation stämmer i hög grad överens med vad som i svensk kontext avses med idéburen aktör) i nationalräkenskaperna, utgår från att ett antal kriterier ska uppfyllas för att en institutionell enhet ska ses som en icke-vinstdrivande organisation. I rekommendationerna för arbetet med satelliträkenskaper har man med hjälp av fem punkter ställt upp en operationell definition, i syfte att avgränsa icke-vinstdrivande organisationer från andra typer av organisationer som antingen kan vara vinstdrivande eller offentliga. Icke-vinstdrivande organisationer består enligt denna definition av institutionella enheter som är

- formella organisationer, dvs. åtminstone till viss grad institutionaliserade även om de inte alltid i strikt juridisk mening är organisationer,
- icke vinstutdelande, dvs. eventuellt ekonomiskt överskott ska inte ges tillbaka till någon form av ägare eller huvudman,
- privata, dvs. institutionellt skilda från staten och den övriga offentliga sektorn,
- självstyrande, dvs. att enheten är förmögen att själv kontrollera den egna verksamheten, och

– icke tvångsmässiga, dvs. medlemskap och deltagande i form av tid eller pengar är inte tvingande genom lagstiftning eller liknande.

Regeringen bedömer att ovanstående eller liknande kriterier skulle kunna användas för att definiera idéburna aktörer i syfte att förbättra förutsättningarna för ett ökat idéburet deltagande i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Det är därför viktigt att hitta ett långsiktigt, hållbart och uppföljningsbart sätt att rättsligt definiera idéburna aktörer inom välfärdssektorn. Det finns behov att formulera grundläggande kriterier som ska vara möjliga att skärpa och förtydliga inom specifika områden.

I arbetet med att ta fram förslag till hur idéburna aktörer kan identifieras är det angeläget att överväga olika alternativa förfaranden i syfte att tydliggöra att idéburna aktörer har drivkrafter som skiljer sig från vinstdrivande företag. Det kan exempelvis vara fråga om att ta fram en modell för tillståndsprövning, registrering eller certifiering. Ytterligare en möjlighet som lyfts fram i betänkandet Kvalitet i välfärden är att man skulle kunna kräva att verksamheten bedrivs i en viss juridisk form (t.ex. särskild vinstutdelningsbegränsning) som i sig medför ett antal krav. Att organisationerna uppfyller kraven skulle då kunna kontrolleras av bl.a. företagets revisorer.

Vidare behandlar betänkandet möjligheten att skapa en ny juridisk form som utformas enbart för idéburna aktörer och som är avsedd att säkerställa att tillämpliga kriterier för idéburna aktörer uppfylls. Det finns därför ett behov av att kartlägga och analysera hur befintliga associationsformer som valt ett annat syfte än vinst eller har ett begränsat vinstsyfte används inom välfärden och om de är ändamålsenliga för syftet. I analysen ska det ingå att bedöma om det finns specifika associationsrättsliga regler som utgör ett särskilt hinder för idéburna aktörer i välfärden. Det är viktigt att överväga tänkbara lösningar på de eventuella associationsrättsliga hindren och redovisa de för- och nackdelar som är förenade med olika alternativ. Det är vidare angeläget att se över om det finns behov att vidta särskilda åtgärder för att göra sådana associationsformer mer användbara och attraktiva. Att lämna författningsförslag ingår inte i denna del av uppdraget.

Det finns i detta sammanhang anledning att utreda vilka risker det finns för att en definition av idéburna aktörer i välfärden miss-

brukas av oseriösa aktörer och hur ett sådant missbruk kan motverkas. Det är dessutom viktigt att analysera och kartlägga om det i andra länder finns liknande modeller för att definiera idéburna aktörer och i så fall hur dessa tillämpas.

Utredaren ska därför

- kartlägga i vilken utsträckning och på vilket sätt idéburna aktörer definieras och avgränsas i andra länder och hur eventuella sådana system används,
- föreslå en definition av idéburna aktörer,
- kartlägga och analysera olika förfaranden för att utifrån den föreslagna definitionen identifiera idéburna aktörer inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter,
- analysera befintliga associationsformer inom välfärdssektorn samt identifiera eventuella brister i nuvarande reglering av sådana associationsformer,
- analysera om det finns behov att vidta särskilda åtgärder för att göra befintliga eller delar av befintliga associationsformer mer användbara och attraktiva för idéburen verksamhet inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter,
- identifiera risker för missbruk som kan följa av att införa en definition av en idéburen aktör, och
- lämna nödvändiga författningsförslag, i enlighet med det som anges ovan.

Uppdraget i denna del omfattar inte att lämna förslag inom skatteområdet.

Uppdraget att föreslå möjliga tillämpningsområden för en definition av idéburna aktörer i välfärden

Strukturella hinder för idéburet deltagande i välfärden

I betänkandet Palett för ett stärkt civilsamhälle framhålls ett flertal strukturella hinder för det civila samhällets aktörer som påverkar deras handlingsutrymme i relation till offentliga aktörer. Förutom svårigheter att finansiera verksamheten och en ökande administrativ börda, var en av de slutsatser som drogs att det inte tas tillräcklig hänsyn till det civila samhällets särart i samband med regelgivning. En möjlig orsak till detta är enligt utredningen att delar av civilsamhället har professionaliserats kraftigt under senare år, vilket gör att skillnaderna mot näringslivet är mindre i dag än tidigare. Civilsamhällets aktörer upplever att de drabbas av regelverk som inte är anpassade efter deras förutsättningar. Utredningen menar att det krävs en helhetssyn och medvetenhet kring olika aspekter av det civila samhället för att nå de politiska målen. Det är bl.a. angeläget att uppmärksamma de förändringar som det civila samhället genomgår, avseende såväl dess sammansättning och former som dess roll i förhållande till samhället i stort.

Inom ramen för remissförfarandet av Välfärdsutredningens betänkanden Ordning och reda i välfärden och Kvalitet i välfärden framhöll många idéburna aktörer följande. Vinstreglering av den idéburna sektorn är ett onödigt och för sektorn negativt förslag. Idéburna aktörer kännetecknas i grunden av att de saknar vinstintresse och återför därmed eventuella överskott till verksamheten. Antaganden om att det skulle finnas en negativ drivkraft att exempelvis öka vinsten genom att dra ner på kvaliteten är därmed inte relevant för dessa aktörer.

Idéburna aktörer har vidare angett att de skulle kunna främjas i större utsträckning inom offentlig upphandling, exempelvis genom riktade upphandlingar. Vid remissbehandlingen av promemorian Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Välfärdsutredningens förslag framkom att många idéburna aktörer ansåg att promemorians förslag inte gick tillräckligt långt. Samtliga representanter för den idéburna sektorn var däremot positiva till Välfärdsutredningens förslag om ett undantag från lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) vid upphandlingar av välfärds-

tjänster som understiger tillämpligt tröskelvärde och som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Regeringen har, utifrån vad som lyfts fram, föreslagit förenklade och mer flexibla regler för upphandling av vissa tjänster för att förbättra förutsättningarna för den idéburna sektorn i välfärden. I propositionen Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden (prop. 2017/18:158) föreslås ändringar i LOU avseende vissa sociala tjänster och välfärdstjänster vars värde beräknas understiga tillämpligt EU-tröskelvärde på 750 000 euro. För upphandling av sådana tjänster föreslås att endast ett fåtal regler i LOU ska gälla om bl.a. annonsering, information till leverantörerna, dokumentation och rättsmedel. I propositionen föreslås också bestämmelser om att upphandlande myndigheter ska få reservera deltagandet i upphandlingar av vissa välfärdstjänster för aktörer som uppfyller angivna krav i lagen. Ytterligare regelförenklingar i upphandlingslagstiftningen utreds för närvarande av Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler (Fi 2017:05). Utredningens huvuduppdrag är att ta fram ett förslag till enklare och flexiblare regler för upphandling under EU:s tröskelvärden och upphandling av sociala tjänster samt andra särskilda tjänster. Utredningen ska beakta idéburna aktörers intressen utifrån upphandlingsreglerna.

Möjliga vägar framåt för ett ökat deltagande av idéburna aktörer i välfärden

I såväl Välfärdsutredningens betänkanden som i Palett för ett stärkt civilsamhälle har möjliga alternativ att ge idéburna aktörer en mer framskjuten roll inom välfärden analyserats. Regeringen anser att fler idéburna aktörer bör ges utrymme att delta i välfärden på ett enklare och flexiblare sätt. Det finns därför ett behov av att ta fram exempel och beskriva hur en definition av idéburna aktörer skulle kunna användas exempelvis vid bidragsgivning från staten och kommunsektorn, vid ömsesidig samverkan mellan idéburen och offentlig sektor, vid köp av verksamhet eller när idéburna aktörer på annat sätt tar del av offentliga medel eller vid utformning av undantag från krav som inte är ändamålsenliga för dem. Inom ramen för en analys av hur en definition av idéburna aktörer i välfärden skulle kunna användas bör ställning tas till på vilket sätt förslaget påverkar konkurrensen samt förutsättningarna för företagen och dess ägare på en marknad.

Regeringen anser att det därutöver finns anledning att utreda vilka möjligheter och vilka begränsningar som finns för förändringar av regleringar som avser svenska välfärdstjänster i förhållande till EU-rätten. Av skäl (6) i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG framgår att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse eller som en blandning av dessa. Det klargörs att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av direktivets tillämpningsområde.

EU-rättens regler om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ger uttryck för en balans mellan konkurrensreglerna och medlemsstaternas behov av att kunna utforma sina välfärds- och andra offentliga tjänster på olika sätt. Regeringen anser att det utifrån det EU-rättsliga utrymmet finns ett behov av att ta fram förslag på hur detta utrymme kan tillämpas i en svensk välfärdskontext. Hur andra EU-länder hanterat detta utrymme behöver också kartläggas och analyseras. Det är i sammanhanget viktigt att särskilt beakta hur förslaget förhåller sig till det statsstödsrättsliga regelverket.

En närliggande fråga är hur idéburna aktörer kan medverka till välfärden i samverkan med det offentliga genom IOP. Frågan har belysts bl.a. i Palett för ett stärkt civilsamhälle och av Välfärdsutredningen. IOP anses underlätta för idéburna aktörer att utvecklas och att möjliggöra en mer framskjuten roll för dessa aktörer som utförare av tjänster inom det sociala området. IOP bedöms vara en samarbetsform som ligger mellan upphandling och bidrag. När en kommun eller ett landsting anskaffar tjänster omfattas anskaffningen normalt av upphandlingsrätten. Bidragsgivning omfattas inte av upphandlingsreglerna. I en bidragssituation måste kommunen eller landstinget beakta EU:s statsstödsregler, så att stödet inte kan snedvrida konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Förutsättningarna varierar i varje enskilt fall avseende såväl samarbetsformer som verksamheter och därför är det enligt Välfärdsutredningens bedömning inte möjligt att generellt ange om modellen är förenlig med bl.a. upphandlingsrätten. En sådan bedömning måste ske i det enskilda fallet, utifrån vilken verksamhet som avses och de specifika förutsättningarna som gäller i varje partnerskap. Bedömningen blir också beroende av hur parterna valt att reglera frågor om

bl.a. utförandet av tjänsten, ansvarsfördelning samt kontroll och uppföljning (SOU 2016:78).

I regeringens strategi för sociala företag – ett hållbart samhälle genom socialt företagande och social innovation (N2018/00710/FF) som beslutades den 1 februari 2018 anges ambitionen att förtydliga det legala utrymmet för att offentliga aktörer enklare ska kunna ingå partnerskap med eller köpa tjänster från sociala företag. I sammanhanget anges att alternativa former för samverkan har till syfte att, utifrån gemensamma mål, åstadkomma sociala effekter i samhället, exempelvis genom IOP. Regeringen anser mot denna bakgrund att det finns behov av att ta fram förslag på hur IOP kan utnyttjas i större utsträckning för att samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga ska främjas, exempelvis genom riktlinjer, en nationell standard, kriterier eller något annat tillämpbart instrument för ingående av IOP.

Utredaren ska därför

- analysera och ta fram exempel på när definitionen och förfarandet skulle kunna användas, exempelvis vid ömsesidig samverkan mellan idéburen och offentlig sektor, vid bidragsgivning från staten och kommunsektorn, vid köp av verksamhet eller vid utformning av undantag från krav som inte är ändamålsenliga för idéburna aktörer,
- kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES,
- analysera och lämna förslag på hur det utrymme som finns inom EU-rätten för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse kan tillämpas i en svensk välfärdskontext, exempelvis för att underlätta samverkan med idéburna aktörer,
- föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av IOP, i syfte att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga,
- analysera och ta ställning till eventuell marknads- och konkurrenspåverkan av förslagen,
- analysera hur förslagen förhåller sig till det statsstödsrättsliga regelverket, bl.a. hur företagsbegreppet förhåller sig till det konkurrens- och statsstödsrättsliga företagsbegreppet,

- för det fall verksamheter består av en idéburen och en vinstdrivande del analysera möjligheterna till särredovisning av den idéburna verksamheten, och
- analysera om förslagen omfattas av och är förenliga med EU-rättens normer om etableringsfrihet och fri rörlighet för tjänster, särskilt tjänstedirektivet samt artiklarna 49 och 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Uppdraget i denna del omfattar inte att lämna förslag inom skatteområdet.

Konsekvensbeskrivningar

Finansiella och samhällsekonomiska effekter samt andra positiva och negativa konsekvenser för enskilda personer, organisationer, företag och det allmänna av de förslag som lämnas ska redovisas enligt 14–15 a §§ kommittéförordningen (1998:1474). I den utsträckning betänkandet innehåller förslag till nya eller ändrade regler ska förslagens kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges. Redovisningen ska motsvara de krav som gäller i fråga om konsekvensutredning vid regelgivning. Utredaren ska särskilt redovisa förslagens konsekvenser för den personliga integriteten. Ett jämlikhets-, jämställdhets- och barnrättsperspektiv ska beaktas vid genomförandet av uppdraget. I arbetet med konsekvensutredningen ska utredaren inhämta synpunkter från Tillväxtverket.

Samråd och redovisning av uppdraget

Utredningen ska samverka med utredningen Demokrativillkoren i statlig bidragsgivning (Ku 2018:01) och inhämta synpunkter från berörda statliga myndigheter, särskilt Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor, Tillväxtverket och Verket för innovationssystem (Vinnova), kommuner, landsting, Sveriges Kommuner och Landsting, fackliga organisationer, aktörer som företräder privata anordnare av offentligt finansierade välfärdstjänster, näringslivet samt övriga intressenter.

Utredaren ska bjuda in representanter för idéburen sektor att delta i en referensgrupp. I referensgruppen bör såväl stora som små idéburna organisationer inom välfärden ingå. Till stöd för utredarens arbete ska även en parlamentariskt sammansatt referensgrupp inrättas.

Uppdraget ska redovisas senast den 14 december 2019.

(Finansdepartementet)

Deltagare i utredningens referensgrupper

Deltagare i referensgruppen för idéburna aktörer

Inga-Lena Arvidsson	Svenska Kyrkan
Cecilia Blanck	Föreningen JAG, Jämlikhet Assistans Gemenskap
Ulrika Stuart Hamilton	Famna, Riksorganisationen för idéburen välfärd
Elin Holmgren t.o.m. 28 januari 2019, därefter Olga Persson	Unizon
Birgitta Ljung	Idéburna skolors riksförbund
Johnny Nilsson	Nätverket Idéburen sektor Skåne
Ludvig Sandberg	Forum, Idéburna organisationer med social inriktning
Karin Svedberg	Arbetsgivarföreningen KFO
Mimmi von Troil	Fria Förskolor i Sverige
Marita Öberg Molin	Coompanion
David Samuelsson	Studieförbunden
Bosse Blideman	SKOOPI, de Arbetsintegrerande Sociala företagens Intresseorganisation

Deltagare i den parlamentariska referensgruppen

Janine Alm Ericson	Miljöpartiet
Daniel Bernmar	Vänsterpartiet
Mikael Dahlqvist	Socialdemokratiska Arbetarpartiet
Mikael Eskilandersson	Sverigedemokraterna
Emma Henriksson	Kristdemokraterna
Nina Larsson	Liberalerna
Per Lodenius	Centerpartiet
Camilla Waltersson Grönvall	Moderata Samlingspartiet

Promemoria av advokaten Erik Olsson och biträdande juristen Johan Falk

Fråga om vad som utgör ett sådant kontrakt som omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

29 december 2018

1. Bakgrund och frågeställning

Regeringskansliets utredning, *Idéburna aktörer i välfärden*, har genom Kommittédirektiv 2018:46, En tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden, fått i uppdrag att ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer som kan användas för att identifiera och avgränsa dessa från andra aktörer i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Syftet med en definition av idéburna aktörer är att främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden genom att underlätta vid bl.a. bidragsgivning, lagstiftning, köp av verksamhet och samverkan.

Utredningen har inom ramen för detta arbete identifierat ett behov av att tydliggöra skiljelinjen mellan sådana kontrakt som avser upphandling och som omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling *(”LOU”)* och andra typer av samverkan mellan upphandlande myndigheter och idéburna aktörer.

Erik Olsson och Johan Falk har för detta ändamål fått uppdraget att redogöra för det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet enligt LOU och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG *(”upphandlingsdirektivet”)* och hur detta skiljer sig från andra samverkansformer som kan förekomma mellan en

upphandlande myndighet och idéburna aktörer.[1] Redogörelsen ska ta sin utgångspunkt i Erik Olsson och Johan Falks artikel i Europarättslig tidskrift nr 3 årgång 2017, Allt är inte upphandling som glimmar.

2. Disposition

Denna redogörelse har följande disposition. I avsnitt 3 beskriver vi den tolkningsmetod som vi förordar bör användas vid tolkning av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet. I avsnitt 4 bryter vi sedan ned detta begrepp i relevanta beståndsdelar i avsikt att tydliggöra vad som särskiljer det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet från andra samverkansformer såsom exempelvis bidragsgivning eller andra former av finansiering. I avsnitt 5 behandlar vi avslutningsvis relationen mellan det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet och andra definitioner som förekommer i diskussionen om samverkan med idéburna aktörer, såsom den bidragsdefinition som förekommer i SOU 2001:31, SOU 2013:12 och SOU 2016:13[2] samt begreppet NESGI.[3] Vi behandlar även den kriterielista som framgår av kommissionens arbetsdokument.[4]

3. Tolkningsmetod

En central fråga vid tolkning av unionsrättsliga begrepp är vilken typ av perspektiv som ska användas vid tillämpning av begreppen på olika faktiska sakförhållanden. Vi kommer i detta avsnitt att behandla vissa grundläggande angreppssätt som vi förordar då man närmar sig det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet.

---

[1] Redogörelsen omfattar endast LOU och upphandlingsdirektivet och således inte övriga upphandlingslagar eller andra rättsområden.
[2] SOU 2001:31, Mera värde för pengarna, SOU 2013:12, Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, SOU 2016:13, Palett för ett stärkt civilsamhälle.
[3] Non-economic services of general interest. På Svenska: icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse.
[4] ”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”, SEC (21010) 1545 final. Dokumentet finns i svensk översättning med nummer SWD(2013) 53 final/2. Kriterierna återfinns på s. 105 i den svenska versionen.

3.1 Extensiv eller ändamålsenlig

I upphandlingsrätten uttalas ofta att undantag från upphandlingsskyldighet ska tolkas restriktivt och att bevisbördan för att sådana omständigheter som motiverar undantag föreligger åligger den part som åberopar dem, vanligen den upphandlande myndigheten. Uttalanden till stöd för denna inställning finns i en serie avgöranden från EU-domstolen samt i svenska förarbeten.[5]

Frågan är emellertid om dessa uttalanden även kan tas till intäkt för att begrepp som avser upphandlingsdirektivets tillämpningsområde ska tolkas så extensivt som möjligt för att säkerställa att direktivet får största möjliga tillämpningsområde och därmed träffar så många typer av transaktioner som möjligt. Ett argument för en sådan tolkningsmetod är att det bidrar till upphandlingsrättens huvudsakliga syfte nämligen förverkligandet av den inre marknaden genom fri och icke snedvriden konkurrens.[6]

Det finns emellertid tungt vägande skäl för varför denna typ av tolkning inte är lämplig vad avser frågor om upphandlingsdirektivets materiella tillämpningsområde, såsom frågan om vad som utgör ett offentligt kontrakt.

Vi har identifierat fyra huvudsakliga situationer då EU-domstolen antingen angett att ett visst undantag ska ges en restriktiv tolkning eller att ett visst upphandlingsbegrepp ska ges en vid tillämpning.

1. Vid tolkningen av grunder för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.
2. Vid tolkningen av det så kallade Teckal-undantaget.
3. Vid tolkningen av vad som utgör ett överprövningsbart beslut enligt upphandlingsdirektivet.
4. Vid tolkningen av vilka organ som ska anses omfattas av upphandlingsdirektivet.

[5] Se exempelvis mål C-318/94, Kommissionen mot Tyskland, EU:C:1996:149, punkt 13, mål C-57/94, Kommissionen mot Italien, EU:C:1995:150, punkt 23, mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, punkt 19, mål C-394/02, Kommissionen mot Grekland, EU:C:2005:336, punkt 33, och mål C-26/03, Stadt Halle, EU:C:2005:5, punkt 30. Se även prop. 2006/07:128 s. 291, prop. 2015/16:195 s. 381, 383, 396, 415, 419 och 500.

[6] Jfr exempelvis Generaladvokat Cosmas förslag till avgörande i mål C-107/98, Teckal, ECLI:EU:C:1999:344, punkt 48 samt mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2004:553, punkt 23.

Vi kommer nedan, i avsnitt 3.1.1–3.1.4, att redogöra för varför dessa situationer skiljer sig ifrån frågan om vad som utgör ett kontrakt enligt upphandlingsdirektivet och varför det saknas anledning att tolka det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet på ett så extensivt sätt som möjligt.

3.1.1 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Vad avser den första situationen har EU-domstolens uttalanden om restriktiv tolkning vid undantag från annonseringsskyldighet framför allt avsett just situationer då upphandlingsdirektivet i och för sig är tillämpligt, men då den upphandlande myndigheten gjort gällande att ett av de i direktivet föreskrivna undantagen är tillämpligt och att det därför inte föreligger någon annonseringsskyldighet.[7]

Då en myndighet gör gällande att denne har rätt att använda ett så kallat förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dvs. att tilldela ett upphandlingskontrakt utan att först annonsera detta, är det fråga om en situation där upphandlingsdirektivet i och för sig är tillämpliga på tilldelningen, men där myndigheten i vissa givna situationer har rätt att välja ett icke-annonserat förfarande. En förutsättning för att myndigheten ska ha denna rätt är att sådana omständigheter som krävs för förhandlat förfarande utan föregående annonsering, och som är tydligt angivna som rekvisit i de aktuella bestämmelserna, är för handen.[8] Det är därför naturligt att myndigheten, som väljer att tillämpa det aktuella undantaget, också har åberopsbördan och bevisbördan för att sådana omständigheter är för handen som krävs för att undantaget ska få tillämpas. Det står vidare myndigheten fritt att, trots att den har rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, i stället välja något av direktivets annonserade förfaranden. Eftersom upphandlingen faller inom direktivets materiella tillämpningsområde skulle i en sådan situation de bestämmelser som gäller för det förfarande som myndigheten har valt bli tillämpliga. Att förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska

[7] Se exempelvis C-328/92, Kommissionen mot Spanien, ECLI:EU:C:1994:178, punkterna 15 och 16, C-57/94, Kommissionen mot Italien, EU:C:1995:150, punkt 23, C-385/02, Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, punkt 19, C-318/94, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU:C:1996:149, punkt 13, C-394/02, Kommissionen mot Grekland, ECLI:EU: C:2005:336, punkt 33, förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU: C:2003:220, punkt 58 samt C-126/03, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU: C:2004:728, punkt 23.

[8] Se 6 kap. 12–19 §§ LOU, samt artikel 32 i upphandlingsdirektivet.

tillämpas restriktivt bygger således på att det rör sig om ett avtal som normalt ska upphandlas genom ett annonserat förfarande, dvs. omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde, men där lagstiftaren, om myndigheten själv väljer detta, tillåter icke-annonsering under förutsättning att myndigheten kan visa att vissa särskilt angivna omständigheter föreligger.[9]

Skillnaden mellan de undantagsförfaranden då restriktivitet ska gälla och upphandlingsrättens materiella tillämpningsområde illustreras också av vad det är möjligt för en domstol att bedöma ex officio inom ramen för en överprövningsprocess. Om en myndighet exempelvis har åberopat grunden synnerlig brådska till stöd för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är det inte möjligt för en domstol att ex officio komma fram till att myndigheten hade rätt till ett sådant förfarande på grund av konstnärliga skäl. Däremot skulle det vara fullt tänkbart att en domstol att ex officio komma fram till att en viss upphandling är helt undantagen upphandlingslagarna då den avser ett anställningskontrakt, dvs. en avtalsform som faller utanför lagarnas materiella tillämpningsområde.

3.1.2 Teckal-undantaget

På motsvarande sätt förhåller det sig med den andra situationen, dvs. tolkningen av det så kallade Teckal-undantaget.[10] Teckal-undantaget rör situationer då fråga i och för sig är om en transaktion som uppfyller samtliga rekvisit för att utgöra en tilldelning av ett upphandlingskontrakt, men där parternas relation till varandra är sådan att upphandlingsdirektivet ändå inte ska äga tillämpning. Detta då tilldelningen i allt väsentligt är att jämställa med en rent intern situation där myndigheten använder sig av sina egna resurser för att fullgöra ett uppdrag. Som vi ska se nedan kan det argumenteras för att ett avtal som ingås i enlighet med Teckal-undantaget inte överhuvud-

[9] En liknande situation, som dock inte avsåg användning av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering utan tillämpning av undantaget för kontrakt avseende anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial som ingås av radio- och tvbolag samt kontrakt avseende sändningstid, behandlades i EU-domstolens mål C-337/06, Rundfunk, ECLI:EU:C:2007:786. EU-domstolen anger där att detta undantag ska tillämpas restriktivt i så måtto att det bara avser sådana kontrakt som anges i bestämmelsen och således inte ett sådant kontrakt avseende lokalvård som processen i den nationella domstolen rörde. Enligt vår mening kan det ifrågasättas om detta verkligen är ett uttryck för en restriktiv tolkning eller om det snarare är en fråga om att tillämpa relevant bestämmelse såsom denna är skriven.

[10] Domstolen har i mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, punkt 46 förordat en restriktiv tolkning av Teckal-undantaget.

taget är ett avtal, men det kan samtidigt konstateras att fråga är om transaktioner som åtminstone uppfyller ordalydelsen av ett kontrakt såsom denna framgår av upphandlingsdirektivet. Att ett sådant undantag ska tolkas restriktivt ger enligt vår mening inte stöd för att begreppet upphandlingskontrakt som sådant ska ges en vid tillämpning.

3.1.3 Överprövningsbart beslut enligt upphandlingsdirektivet

Vad avser den tredje situationen har EU-domstolen i en rad avgörande understrukit vikten av att beslutsbegreppet i rättsmedelsdirektivet ska ges en vid tolkning.[11] Det ska härvid särskilt understrykas att detta beslutsbegrepp, vilket även omfattar beslut vilka inte resulterar i att upphandlingskontrakt tecknas, måste vara vidare än begreppet upphandlingskontrakt för att möjliggöra effektiva rättsmedel. Detta framgår inte minst av EU-domstolens nyligen meddelade avgörande i Anodiki Services, där domstolen först konstaterade att ett visst avtal inte var ett upphandlingskontrakt utan ett sådant anställningsavtal som inte omfattas av upphandlingsdirektivet.[12] Trots detta fann domstolen samtidigt att beslutet om tilldelning av anställningskontraktet var ett sådant beslut som kan överprövas enligt rättsmedelsdirektivet.[13] Ett annat sätt att uttrycka det är att rättsmedelsdirektivet erkänner den enskilde en rätt till prövning även i de fall där det efter en sådan prövning visar sig att upphandlingsdirektivet inte är tillämpligt. Det förhållandet att en sökande leverantör har fel avseende upphandlingsdirektivets tillämpningsområde fråntar med andra ord inte den sökande rätten att få saken prövad. Dessa avgöranden, vilka rör rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde, säger emellertid inget om upphandlingsdirektivets tillämpningsområde och kan inte tas till intäkt för ett vidgat kontraktsbegrepp.

[11] Se exempelvis mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, punkterna 29–33, mål C-92/00, HI, ECLI:EU:C:2002:379, punkt 37 samt mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki, ECLI:EU:C:2003:47, punkt 68, mål C-81/98, Alcatel Austria, ECLI:EU:C:1999:534, punkterna 34–36.
[12] Mål C-260/17, Anodiki Services, ECLI:EU:C:2018:864, punkterna 30–33.
[13] Ibid., punkterna 45–47.

3.1.4 Vilka organ som omfattas av upphandlingsdirektivet

Vad slutligen avser den fjärde situationen om vilka organ som har att tillämpa upphandlingsdirektivet har EU-domstolen angett att begreppet offentligt styrt organ ska tolkas funktionellt.[14] Som Generaladvokat Mengozzi utförligt beskrivit i sitt förslag till avgörande i Helmut Müller är det emellertid en helt annan sak att ge begreppet upphandlingskontrakt en vid tolkning.

> Som bekant är det riktigt att domstolen i sin rättspraxis på vissa områden uttryckligen har gjort en ”funktionell” tolkning av bestämmelserna i gemenskapsrätten. På området för offentlig upphandling har så skett med avseende på begreppen upphandlande myndighet och offentligrättsligt organ. Det ska dock i det avseendet först och främst påpekas att vid dessa tillfällen användes den funktionella tolkningen för att klargöra innebörden av ett specifikt begrepp, och inte för att allmänt definiera tillämpningsområdet för hela regelverket för offentlig upphandling. I de ovannämnda målen hade dessutom tillämpningen av en funktionell tolkning huvudsakligen till syfte att förhindra att enorma luckor uppstod som skulle ge omfattande utrymme för missbruk: jag syftar exempelvis på det mål där ett offentligrättsligt organs typiska verksamhet övertogs efter bildandet av ett bolag, utan att bolagsordningen ändrades, eller på det mål där den offentliga finansieringen (av i det fallet ett programföretag) skedde genom att påföra alla som innehade en radio- eller tv-mottagare en avgift, i stället för genom en direkt utbetalning av offentliga medel.
>
> Enligt min mening står det således klart att direktivets tillämpningsområde i stället ska fastställas med hänvisning till, i första hand, de objektiva villkor som anges i själva direktivet. Det betyder naturligtvis inte att den som gör tolkningen måste undvika varje resonemang av ”funktionellt” slag. I själva verket är det uppenbart att de mål som eftersträvas med direktivet utgör en av de viktigaste utgångspunkterna vid tolkningen: dessa kan dock inte utgöra den enda jämförelseparametern och de kan inte bortse från lagstiftarens avsikt att definiera bestämmelsernas tillämpningsområde.[15]

Vad Mengozzi ger uttryck för är att även om det naturligtvis är viktigt att beakta direktivets syfte vid tolkning av dess bestämmelser så får en sådan tolkning inte ske på ett sådant sätt att lagstiftarens uttalanden om direktivets tillämpningsområde undermineras. Mengozzi understryker detta särskilt vad avser frågor om direktivets materiella tillämpningsområde, ratio materiae. Till skillnad EU-domstolens ut-

[14] Se exempelvis mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., ECLI:EU:C:2002:746, punkt 53, mål C-337/06, Rundfunk, ECLI:EU:C:2007:786, punkt 37 och mål C-393/06, Ing. Aigner, ECLI:EU:C:2008:213, punkt 37.

[15] Generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08, Helmut Muller, ECLI:EU:C:2009:710, punkterna 38 och 39.

talanden kring vilken krets av personer, ratio personae, som ska omfattas av direktivet, där EU-domstolen förespråkat en funktionell tolkning som medför att begreppet organ som lyder under offentlig rätt ska ges stor räckvidd, så kan motsvarande vidsträckta tolkning av begreppet kontrakt eller upphandling medföra mycket långtgående och orimliga konsekvenser där beslut som i normalt språkbruk inte överhuvudtaget anses utgöra köp, kommer att omfattas av upphandlingsdirektivet.

Att en alltför långtgående ändamålstolkning riskerar att underminera rättens legitimitet får sägas utgöra en allmän rättsprincip vars grunder kanske uttryckts bäst av Bertil Bengtsson vad avser begreppet gåva.

> Ett vägande argument mot att tillämpa gåvoregler i fall av dessa slag är emellertid att det rimligen inte går att avlägsna sig alltför långt från gåvobegreppet enligt normalt språkbruk. Skulle man kalla för gåva vad varken affärsmän eller folk i allmänhet skulle vilja ge en sådan beteckning, finns det risk för att allmänheten skulle bli än mera skeptisk mot rättsordningens visdom än nu är fallet.[16]

Av skälen till upphandlingsdirektivet kan man också ana en vilja hos unionslagstiftaren att inte bidra till en vidgning av direktivets materiella tillämpningsområde. I skäl 4 anges, med anledning av den nya definitionen av offentlig upphandling att

> detta klargörande bör emellertid inte utvidga tillämpningsområdet för detta direktiv i jämförelse med direktiv 2004/18/EU.

I samma skäl förtydligas även 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

samt att

> situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem.

[16] SvJT 1963 s. 696.

I samma anda förtydligas i skäl 5

> att ingenting i detta direktiv ålägger medlemsstaterna att använda underleverantörer eller lägga ut tillhandahållandet av tjänster som de själva önskar tillhandahålla på entreprenad eller organisera på annat sätt än genom offentliga kontrakt i den mening som avses i detta direktiv samt att [t]illhandahållande av tjänster som grundas på lagar, författningar eller anställningsavtal bör inte omfattas.

I skäl 34 anges slutligen att

> [d]et finns vissa fall där en juridisk person, enligt tillämpliga bestämmelser i nationell lagstiftning, agerar som ett instrument eller en teknisk tjänst för vissa fastställda upphandlande myndigheter och är skyldig att utföra order från dessa upphandlande myndigheter utan inflytande över ersättningen för sin insats. Ett sådant rent administrativt förhållande bör inte omfattas av offentliga upphandlingsförfaranden, mot bakgrund av att det inte grundas på något avtal.

Sammantaget ger dessa uttalanden intryck av en unionslagstiftare som önskat precisera upphandlingsbegreppet och begränsa direktivets tillämpningsområde till endast den typ av upphandlingskontrakt som definitionen i artikel 1.2 upphandlingsdirektivet talar om och som i normalt språkbruk kan anses utgöra avtal om köp av vara, tjänst eller byggentreprenad. Som Mengozzi påminner får en ändamålstolkning av direktivet inte leda till att denna avsikt undermineras.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det saknas stöd för en bred tolkning av begreppet upphandlingskontrakt. Det finns dessutom en rad tungt vägande skäl för att undvika en sådan tolkning.

3.2 Genomlysning

Vad som angivits om begränsningarna för en extensiv tolkning av direktivets ratio materiae ska inte sammanblandas med möjligheten och skyldigheten för en domstol att i en viss given situation göra en så kallad genomlysning av en serie transaktioner för att utröna om dessa sammantaget ger upphov till ett sådant upphandlingskontrakt som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

EU-domstolen har bland annat i sitt avgörande Mödling framhållit att upphandlingsrätten kan kräva att en domstol undersöker flera olika transaktioner för att utröna huruvida dessa, sammantaget,

ger upphov till ett upphandlingspliktigt kontrakt.[17] Domstolen uttalar där att i fall då

> [t]illdelningen har skett genom en artificiell konstruktion bestående av flera separata moment[…]

ska tilldelningen av kontraktet

> bedömas med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte, och inte utifrån deras strikt kronologiska förlopp (…).[18]

Domstolen tillägger att

> [o]m det var tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag, skulle detta äventyra förverkligandet av direktivets syfte, det vill säga fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.[19]

I motsvarande anda har EU-domstolen i Helmut Müller uttalat att det inte direkt kan

> uteslutas att direktiv 2004/18 kan vara tillämpligt på ett upphandlingsförfarande som sker i två steg, vilket kännetecknas av försäljning av mark beträffande vilken ett byggentreprenadkontrakt ska tilldelas senare, eftersom dessa transaktioner kan ses som en helhet.[20]

Enligt generaladvokat Mengozzi i samma mål är det

> möjligt att hävda att, för att förhindra rättsmissbruk och säkerställa den ändamålsenliga verkan av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, två handlingar som formellt sett är åtskilda, även ur kronologisk synvinkel, kan anses ha skett samtidigt eller också utgöra en enda rättshandling.[21]

---

[17] Mål C-29/04, Mödling, ECLI:EU:C:2005:670, punkterna 38–42.
[18] Ibid., punkterna 40 och 41.
[19] Ibid., punkt 42
[20] Se mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkt 82.
[21] Se generaladvokat Mengozzi, förslag till avgörande i C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2009:710, punkt 105.

Slutligen har EU-domstolen i Remondis angett

> att vid bedömningen av om en transaktion, som består av flera moment, ska anses utgöra tilldelning av ett kontrakt, ska det göras en helhetsbedömning av transaktionen varvid dess syfte ska beaktas.[22]

Motsvarande resonemang har förts i svensk domstol i det så kallade Haninge Bostäder-målet där en tilldelning av en byggentreprenad, sannolikt för att undgå upphandlingsskyldighet, hade delats upp i en serie transaktioner.[23] Kammarrätten fann att transaktionerna skulle bedömas i sin helhet och fann därvid att det skett otillåten direktupphandling.

En relaterad fråga är att parternas rubricering av ett visst avtal saknar avgörande betydelse för huruvida avtalet vid en genomlysning ska anses utgöra ett upphandlingskontrakt.[24]

Dessa typer av genomlysning innebär emellertid inte att det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet vidgas utan endast att domstolen tar ställning till ett händelseförlopp i sin helhet för att utröna om upphandlingsskyldighet föreligger. En genomlysning innebär således inte att man gör avkall på de krav som ställts upp för att en transaktion ska anses utgöra ett upphandlingskontrakt.[25]

3.3 Artificiell konstruktion

Som vi sett i Mödling ovan synes EU-domstolen lägga viss vikt vid om ett upplägg skett *”genom en artificiell konstruktion”*.[26] Motsvarande resonemang finns även i det så kallade Hamburg-målet där domstolen som ett led i sin bedömning av ett visst avtal konstaterar

[22] Mål C-51/15, Remondis, ECLI:EU:C:2016:985, punkt 37. Jfr även mål C-573/07, SEA, ECLI:EU:C:2009:532, punkt 48.
[23] Se Kammarrätten i Stockholms dom den 29 juni 2015 i mål 2737-14.
[24] Se mål C-536/07, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2009:664, punkt 54.
[25] Märk dock Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2017 i mål nr 4167-16 där genomlysning används för att, vid beräkning av det så kallade verksamhetskriteriet i Teckal-undantaget, ta hänsyn till andra bolag inom en koncern än enbart det bolag som tilldelats det ifrågasatta avtalet. Vi är inte övertygade om att denna typ av ”genomlysning”, vilken inte endast behandlar en serie transaktioner som en helhet, utan även ändrar hur ett visst rekvisit ska tolkas har stöd i EU-domstolens hittillsvarande praxis. Avgörandet har sedermera undanröjts av Högsta förvaltningsdomstolen i dom av den 10 december 2018, mål nr 1894-17, dock på en annan grund än denna.
[26] Mål C-29/04, Mödling, ECLI:EU:C:2005:670, punkt 40.

> att det inte framgår av någon av de handlingar som ingetts till domstolen att myndigheterna i fråga, i förevarande mål, skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.[27]

Detta väcker frågan om en myndighets avsikt att undslippa upphandlingsskyldighet, i sig, ska kunna medföra att upphandlingsrätten blir tillämplig på en transaktion som, utan sådan avsikt, hade fallit utanför direktivets tillämpningsområde. Till stöd för en sådan uppfattning skulle möjligen även den av vissa kallade konkurrensprincipen i artikel 18.1 andra stycket upphandlingsdirektivet kunna åberopas vilken anger att en upphandling inte får

> utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.

Det är vår uppfattning att EU-domstolens uttalanden inte kan förstås på detta sätt. En myndighets beslut om hur myndigheten vill tillgodose ett visst behov ligger inom ramen för myndighetens rätt till självbestämmande vad avser den egna organisationen. Denna rätt, vilken har stöd i såväl subsidiaritetsprincipen i artikel 5.2 Fördraget om den Europeiska Unionen och uttryckligt stöd i rätten till självbestämmande i artikel 4.2 i Fördraget om den Europeiska Unionen har i upphandlingsrättsliga sammanhang vid flera tillfällen formulerats som en rätt för myndigheter, att som ett alternativ till upphandling, besluta att fullgöra uppgifter med sina egna resurser.[28] EU-domstolen har härvidlag uttalat att

> en offentlig myndighet har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och att denna möjlighet även kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter.[29]

Denna rättighet framgår även uttryckligen av skäl 5 till upphandlingsdirektivet som dessutom förtydligar en myndighets rätt att organisera tillhandahållandet av tjänster på annat sätt än genom upphandlingskontrakt.

---

[27] Mål C-480/06, Hamburg, ECLI:EU:C:2009:357, punkt 48.

[28] Willem A. Janssen benämner denna typ av beslut som ”make or buy-decisions”, dvs. en myndighets beslut om huruvida den ska utföra en uppgift själv eller köpa in utförandet från en extern leverantör. Se EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 90–91.

[29] Se mål C-480/06, Hamburg, ECLI:EU:C:2009:357, punkt 45. Se även mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, punkt 48 samt mål C-324/07, Coditel, ECLI:EU:C:2008:621, punkt 48.

> Det bör erinras om att ingenting i detta direktiv ålägger medlemsstaterna att använda underleverantörer eller lägga ut tillhandahållandet av tjänster som de själva önskar tillhandahålla på entreprenad eller organisera på annat sätt än genom offentliga kontrakt i den mening som avses i detta direktiv[30]
>
> (vår understrykning).

Som tydliggjorts i Anodiki Services innebär denna rättighet bland annat att en myndighet som behöver resursförstärkning fritt kan välja att antingen teckna anställningsavtal (vilka är undantagna upphandlingsskyldighet) eller att genom upphandlingskontrakt anlita en fristående konsult (vilket omfattas av upphandlingsdirektivet).[31] Myndighetens val i detta avseende får naturligtvis olika rättsliga konsekvenser såväl unionsrättsligt som enligt nationell rätt men det förhållandet att ett anställningsavtal innebär att avtalet inte träffas av upphandlingsdirektivet begränsar inte myndighetens rätt att välja detta alternativ.

3.4 Unionsrättslig eller nationell tolkning

En vidare fråga är huruvida och i vilken utsträckning begrepp och rättsfigurer i nationell rätt kan användas vid tolkning av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet. I detta avseende ska först konstateras att EU-domstolen vid ett antal tillfällen har uttalat att den rättsliga kvalificeringen av avtal enligt nationell rätt inte är relevant för att avgöra huruvida ett avtal omfattas av upphandlingsdirektivet.[32] Detta då det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet

> inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gäller att bestämma dess betydelse och räckvidd.[33]

[30] I den engelska språkversionen anges att "nothing in this Directive obliges Member States to contract out or externalise the provision of services that they wish to provide themselves or to organise by means other than public contracts within the meaning of this Directive".
[31] Mål C-260/17, Anodiki Services, ECLI:EU:C:2018:864, punkt 26.
[32] Se mål C-264/03, Kommissionen mot Frankrike, ECLI:EU:C:2005:620, punkt 36, mål C-382/05, Kommissionen mot Italien, ECLI:EU:C:2007:445, punkt 30, mål C-220/06, Correos, ECLI:EU:C:2007:815, punkt 50, mål C-220/05, Jean Auroux, ECLI:EU:C:2007:31, punkt 40, mål C-410/14, Falk Pharma, ECLI:EU:C:2016:399, punkterna 35–38 och mål C-9/17, Tirkkonen, ECLI:EU:C:2018:142, punkt 30.
[33] Se bl.a. EU-domstolens avgöranden i mål C-264/03, Kommissionen mot Frankrike, ECLI:EU:C:2005:620, punkt 36.

Prövningen av om ett avtal ska anses omfattas av upphandlingsdirektivet eller inte ska därför uteslutande ske enligt unionsrätten.[34]

Samtidigt kan konstateras att EU-domstolen i Helmut Müller tydligt anger att även om kontraktsbegreppet, vilket är unionsrättsligt bestämt, kräver att fråga är om ett rättsligt bindande avtal vars fullgörande kan åberopas i domstol, så ska villkoren för fullgörandet av dessa skyldigheter regleras av nationell rätt.[35] Vi kommer under avsnitt 4.7 nedan att behandla vad detta förhållande innebär för att skilja ett upphandlingskontrakt från exempelvis ett avtal om utbetalning av bidrag.

3.5 Sammanfattning

Sammantaget drar vi följande slutsatser avseende hur man bör närma sig en tolkning av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet.

1. Tolkningen av kontraktsbegreppet bör vara ändamålsenlig i så måtto att sådana transaktioner som uppfyller rekvisiten för vad som utgör ett upphandlingskontrakt träffas. Detta gäller oaktat vad parterna kallar avtalet eller hur det kvalificeras enligt nationell rätt.
2. Vid transaktioner i flera led kan en genomlysning behöva göras på så sätt att en helhetsbedömning görs av om händelseförloppet i sin helhet ger upphov till ett upphandlingskontrakt.
3. En sådan genomlysning bör dock inte tas så långt att den i praktiken innebär att man bortser från något av de rekvisit som måste vara uppfyllda för att fråga ska vara om ett upphandlingskontrakt.
4. Huruvida en upphandlande myndighet har haft för avsikt att kringgå upphandlingsregelverket kan tillmätas betydelse vid bedömningen om en genomlysning är nödvändig. En sådan avsikt kan emellertid inte i sig medföra att en transaktion som inte uppfyller rekvisiten för ett upphandlingskontrakt ska träffas av upphandlingslagstiftningen.

[34] Se mål C-382/05, Kommissionen mot Italien, ECLI:EU:C:2007:445, punkt 31 samt för ett liknande resonemang, dom av den 20 oktober 2005 i mål C-264/03, Kommissionen mot Frankrike, ECLI:EU:C:2005:620, punkt 36, och mål C-220/05, Jean Auroux, ECLI:EU:C:2007:31, punkt 40.
[35] Se mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkt 62.

5. Kontraktsbegreppet ska tolkas utifrån unionsrättsliga bestämmelser. Nationell rätt avgör emellertid, så länge detta är åberopbart i domstol, de rättsliga konsekvenserna av att en avtalspart brister i fullgörande av de åtaganden som denne har i under ett upphandlingskontrakt.

4. Det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet

4.1 Inledning

Såsom detta har kommit att utvecklas i EU-domstolens praxis har vi identifierat följande rekvisit i det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet.[36]

1. Fråga ska vara om ett avtal mellan två eller flera parter.
2. Avtalet ska röra en upphandlande myndighets anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad.
3. Avtalet ska innebära att en överenskommelse har träffats mellan två oberoende parter.
4. Avtalet ska innebära att den upphandlande myndigheten har gjort ett val av leverantör.
5. Avtalet ska innehålla rättsligt åberopbara skyldigheter av köprättslig karaktär.
6. Det som anskaffats ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.

Vi kommer nedan att gå igenom dessa rekvisit, vilka vi bedömer vara kumulativa, vart och ett för sig.

4.2 Ett avtal mellan två eller fler parter

Ett upphandlingsrättligt kontrakt måste ingås av (minst) två parter. Detta framgår redan av ordalydelsen till kontraktsbegreppet, artikel 2.1.5, i upphandlingsdirektivet

[36] Den rekvisituppdelning vi nedan har gjort är vår egen men grundar sig på den uppdelning som Janssen, Willem A., gör i EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 53–67.

> offentligt kontrakt: ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster

och av det nästan likalydande svenska genomförandet i 1 kap. 15 § LOU

> [m]ed kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som
>
> 1. ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och
>
> 2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

Det måste finnas ett anbud och en motsvarande accept av detta anbud.[37] En ensidig handling kan således inte utgöra ett upphandlingsrättsligt kontrakt. Det saknar dock betydelse för kontraktsbegreppet om dessa två parter båda är upphandlande myndigheter eller en eller flera upphandlande myndigheter och en leverantör.[38]

Att fråga måste vara om ett avtal mellan två parter medför också att överenskommelser inom en och samma juridiska person, såsom staten eller en kommun, inte träffas av upphandlingsdirektivet.[39]

Det är viktigt att understryka att även om begreppet upphandlingskontrakt inte är tillämpligt på ensidiga beslut från den upphandlande myndighetens sida så innebär inte detta att denna typ av beslut faller utom upphandlingsdirektivets, och framför allt rättsmedelsdirektivets räckvidd. Tvärtom syftar rättsmedelsdirektivet till att i ett skede då ”överträdelserna ännu kan rättas till” säkerställa möjlighet till överprövning av myndigheters beslut avseende offentlig upphandling.[40] Möjligheten till överprövning kräver således inte att upphandlingskontrakt ingåtts, utan förutsätter normalt tvärtom att kontrakt ännu inte har ingåtts.

---

[37] Jfr 1 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Se även Janssen, Willem A., EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 57.
[38] Se t.ex. mål C-480/06, Hamburg, ECLI:EU:C:2009:357, punkt 33 och mål C-386/11, Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385, punkt 29.
[39] Se i detta avseende Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1, Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingsskyldighet?, dnr 515/2018.
[40] Jfr mål C-81/98, Alcatel Austria, ECLI:EU:C:1999:534, punkt 33.

Som framgår av EU-domstolens avgörande i Helmut Müller krävs emellertid, för upphandlingsdirektivets tillämpning, att det ensidiga beslut som myndigheten fattat, avser tilldelning av ett upphandlingskontrakt.[41] Att en myndighet enkom gett uttryck för att den i framtiden avser att tilldela ett kontrakt är inte tillräckligt såvida en sådan avsiktsförklaring inte ger upphov till några rättsligt bindande skyldigheter för myndigheten. Detta innebär emellertid inte nödvändigtvis att denna typ av beslut inte kan överprövas, eftersom rättsmedelsdirektivet, för sin tillämpning endast kräver att fråga är om upphandlingsdirektivets tillämpning (dvs. inte att upphandlingsdirektivet de facto är tillämpligt).[42]

Slutligen i denna del ska nämnas att i kriterierna för ett upphandlingsrättsligt kontrakt ingår det, enligt ordalydelsen i såväl upphandlingsdirektivet som i LOU, att kontraktet ska vara skriftligt. För svenskt vidkommande har lagrådet i sitt yttrande över lagrådsremissen ”*Nytt regelverk om upphandling*”, uttalat att avsikten inte rimligen kan vara att endast skriftliga, och således inte muntliga, avtal ska omfattas av upphandlingsreglerna.[43] Regeringen uttalar i förarbetena till LOU att det inte är

> någon tvekan om att avsikten inte är att definitionen ska ha en sådan inskränkt betydelse.[44]

I litteraturen har det ansetts att det är svårt att rättfärdiga varför muntliga kontrakt inte skulle omfattas,[45] samt att skriftlighetskravet ska förstås som ett formalistiskt krav för att säkerställa transparens i upphandlingen, och att ett muntligt avtal då skulle strida mot principen om transparens.[46] En liknande uppfattning har även framförts av kommissionen i mål C-532/03, Kommissionen mot Irland. Kommissionen ansåg att ett avtal om tillhandahållande av ambulanstjänster stred mot fördragets regler om transparens, men att frågan inte kunde prövas enligt dåvarande upphandlingsdirektiv eftersom något skriftligt avtal inte förelåg. Generaladvokat Stix-Hackl ansåg

[41] Se mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 81–89.
[42] Jfr exempelvis mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, punkt 41.
[43] Se lagrådets yttrande, s. 9.
[44] Prop. 2015/16:195, s. 322.
[45] Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement, volume 1, third edition, 2014, s. 394.
[46] Risvig Hamer, Carina, The concept of a ”public contract” within the meaning of the Public Procurement Directive, Upphandlingsrättslig Tidskrift nr 3 2016, s. 186.

även hon att direktivet inte var tillämpligt, med hänvisning till att inget skriftligt avtal förelåg.[47] Uppfattningen har även framförts i litteraturen att, i enlighet med ordalydelsen, muntliga kontrakt inte skulle omfattas av direktivet.[48]

EU-domstolen har inte avgjort frågan om hur skriftlighetskravet ska tolkas. Vi har svårt att se hur, i brist på uttrycklig praxis från EU-domstolen, man som den svenska regeringen gör, helt kan bortse från den uttryckliga ordalydelsen av upphandlingsdirektivet. Sammanfattningsvis i denna del anser vi således att, i vart fall i väntan på att saken avgörs av EU-domstolen, att ett upphandlingsrättsligt kontrakt ska ingås skriftligen.

4.3 Anskaffning

Det följer av 1 kap. 2 § LOU att med upphandling avses

> [...] åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Av skäl 4 till upphandlingsdirektivet framgår följande:

> De alltmer varierande formerna av offentliga åtgärder har gjort det nödvändigt att tydligare definiera själva begreppet upphandling; detta klargörande bör emellertid inte utvidga tillämpningsområdet för detta direktiv i jämförelse med direktiv 2004/18/EG. Unionens regler för offentlig upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt. Det bör klargöras att sådana anskaffningar av byggentreprenader, varor eller tjänster bör omfattas av detta direktiv oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.
>
> Begreppet anskaffning bör förstås [1] i vid mening som [2] att få tillgång till fördelarna av de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket [3] inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överlåts till de upphandlande myndigheterna. Vidare brukar 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. På liknande sätt bör situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet,

[47] Generaladvokat Stix-Hackls förslag till avgörande i mål C-532/03, Kommissionen mot Irland, ECLI:EU:C:2006:560, punkt 50. EU-domstolen kom dock inte att pröva frågan eftersom den ansåg att kommissionen inte hade uppfyllt sin bevisbörda att styrka att Irland hade begått något fördragsbrott och talan ogillades därför.

[48] Janssen, Willem A., EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 56.

> exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster).
>
> (vår understrykning och numrering)

Den upphandlande myndighetens syfte med anskaffningen är inte avgörande för uppfyllande av kriteriet. Det saknar således betydelse om den upphandlande myndigheten genomför anskaffningen för att uppfylla sin uppgift att tillgodose allmänna intressen, eller om syftet är någonting annat, vilket i någon mån framgår redan artikel 1.2 i upphandlingsdirektivet, men även har fastslagits i EU-domstolens praxis.[49]

Vad anskaffningskriterier framför allt understryker, vilket måhända var underförstått i tidigare direktivsversioner, är att upphandlingsdirektivet förutsätter att den upphandlande myndigheten agerar köpare och att leverantören agerar säljare.[50] Även om ett upphandlingskontrakt enligt sin ordalydelse också skulle omfatta det motsatta förhållandet så innebär anskaffningsbegreppet att direktivet inte blir tillämplig då det är myndigheten som är säljare i en transaktion. En myndighet kan med andra ord utan hinder av upphandlingsdirektivet tillhandahålla idéburna aktörer tjänster mot betalning.

4.4 Överenskommelse och oberoende

Utöver att det måste finnas minst två parter i varje upphandlingsrättligt kontrakt, måste det även finnas ett ömsesidigt samförstånd att ingå kontrakt mellan två oberoende juridiska personer. Parterna ska komma överens om leverablerna i kontraktet och måste dessutom vara i någon mån autonoma i förhållande till varandra.

EU-domstolen har bekräftat vikten av att partnerna måste komma överens om avtalsinnehållet i sitt avgörande Tragsa.[51] I målet fastslog domstolen att

[49] Mål C-126/03, Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2004:728, punkt 18 och mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau, ECLI:EU:C:1998:4, punkterna 31 och 32.
[50] Detta framgår även av mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkt 41.
[51] Mål C-295/05, Tragsa, ECLI:EU:C:2007:227.

> Kravet på att det skall föreligga ett avtal för att de berörda direktiven skall vara tillämpliga är inte uppfyllt om Tragsa vare sig har handlingsfrihet i frågan om huruvida bolaget skall utföra en beställning som gjorts av berörda myndigheter eller något inflytande på vilken ersättning som skall utgå för dess tjänster.[52]

Utöver att parterna ska vara överens om villkoren, måste det således även finnas, i vart fall en viss, möjlighet för båda parter att påverka villkoren i kontraktet. Såsom EU-domstolens praxis har kommit att utvecklas krävs emellertid att leverantören, genom lagstiftning, i princip inte har någon möjlighet att påverka avtalsinnehållet vare sig gällande leverans eller ersättning. Även bolag som enligt lag är skyldiga att ingå avtal kan i vissa situationer anses tillräckligt oberoende för att fråga ska vara om ett upphandlingskontrakt. I EU-domstolens avgörande Correos var fråga om en myndighets köp av posttjänster från det statliga postbolaget, Correos, skulle anses utgöra ett kontrakt, trots att postbolaget enligt lag var skyldigt att tillhandahålla sådana tjänster till alla som efterfrågade dem.[53] EU-domstolen fann att det förhållandet att Correos hade en allmän skyldighet att tillhandahålla posttjänster inte var tillräckligt för att fråga inte skulle vara om ett avtal.

> Med hänsyn till att Correos tillhandahåller samhällsomfattande posttjänster, har detta bolag helt andra uppgifter, vilket bland annat innebär att dess kunder består av alla som har behov av samhällsomfattande posttjänster. Den omständigheten att detta bolag varken har handlingsfrihet i frågan huruvida det skall utföra en beställning som gjorts av Ministerio eller något inflytande över vilken ersättning som skall utgå för dess tjänster kan inte automatiskt medföra att de två organen inte har ingått något avtal.
>
> En sådan situation skiljer sig inte med nödvändighet från när en privatkund har behov av någon tjänst som ingår i Correos samhällsomfattande posttjänster, eftersom tjänsteleverantören i enlighet med sina uppgifter då är skyldig att tillhandahålla den begärda tjänsten och i förekommande fall göra detta till fasta priser eller i vart fall till priser som är öppna och icke-diskriminerande. Det råder emellertid inget tvivel om att ett sådant förhållande måste anses vara ett avtalsförhållande. Det är endast om det förhåller sig så att ett avtal mellan Correos och Ministerio i själva verket är ett ensidigt myndighetsbeslut som innehåller föreskrifter om skyldigheter för Correos och denna rättsakt påtagligt avviker från detta bolags normala affärsvillkor, vilket det åligger den hänskjutande domstolen att

[52] Ibid., punkt 54.
[53] Mål C-220/06, Correos, ECLI:EU:C:2007:815.

> pröva, som det skall slås fast att det inte är fråga om ett avtal och att direktiv 92/50 därför inte kan tillämpas.[54]
>
> (vår understrykning)

Avgörandet innebär en allvarlig begränsning av EU-domstolens avgörande i Tragsa och får i princip anses medföra att leverantörens bristande inflytande över huruvida man ska utföra en viss tjänst och vilken ersättning som ska utgå för denna tjänst, ska vara en följd av antingen en lag eller ett myndighetsbeslut som dikterar sådana begränsningar just i förhållande till vissa myndigheter. Det är också detta intryck man får av skäl 34 i upphandlingsdirektivet som väl får anses utgöra en kodifiering av denna praxis.

> Det finns vissa fall där en juridisk person, enligt tillämpliga bestämmelser i nationell lagstiftning, agerar som ett instrument eller en teknisk tjänst för vissa fastställda upphandlande myndigheter och är skyldig att utföra order från dessa upphandlande myndigheter utan inflytande över ersättningen för sin insats. Ett sådant rent administrativt förhållande bör inte omfattas av offentliga upphandlingsförfaranden, mot bakgrund av att det inte grundas på något avtal.

Vad avser idéburna aktörer skulle man således kunna tänka sig en lagstiftning där vissa aktörer pekas ut för att tillhandahålla vissa samhällsnyttiga tjänster för vissa i lagen angivna myndigheters räkning. Respektive berörd myndighet kan sedan beställa sådana tjänster av dessa aktörer och ersätta dem i enlighet med vad lagen, eller till lagen hörande förordning, föreskriver.

Utöver dessa speciella situationer är vår uppfattning att kriteriet för oberoende ska förstås i ljuset av Teckal-undantaget (in house-systemet). Generaladvokat Campos Sánchez-Bordona uttrycker det på följande sätt:

> In house-systemet innebär att den upphandlande enheten i funktionellt hänseende inte ingår avtal med en annan enhet. Den ingår i själva verket avtal med sig själv, med hänsyn till den anknytning den har till den andra enheten, vilken formellt sett utgör en egen enhet. Det handlar egentligen inte om en tilldelning av ett kontrakt utan om ett uppdrag, oavsett vilken form detta tar sig.

[54] Mål C-220/06, Correos, ECLI:EU:C:2007:815, punkterna 53 och 54.

> Avsaknaden av ett verkligt förhållande mellan två olika parter, förklarar varför en upphandlande enhet inte är skyldig att underkasta sig de offentliga upphandlingsförfarandena när den använder egna medel för att utföra sina uppgifter, det vill säga när den anlitar företag som även om de är egna juridiska personer, i materiellt hänseende hör samman med den upphandlande enheten. Upphandlingsförfaranden är bara relevanta mellan två olika självständiga enheter, eftersom de just syftar till att upprätta ett sådant rättsligt (ömsesidigt förpliktande) förhållande mellan dem som krävs för att ett oneröst avtal ska kunna ingås, på jämbördiga villkor och utan att den ena enheten är underordnad eller beroende av den andra.
>
> (vår understrykning)[55]

För svenskt vidkommande finns det i detta sammanhang anledning att rikta viss kritik mot ett nyligen meddelat avgörande från Kammarrätten i Göteborg.[56] Avgörandet gällde frågan huruvida en kommuns årliga stöd till ett kommunalt bolag, i form av aktieägartillskott och driftsstöd, läst tillsammans med vad kommunen angett i aktieägaravtalet att bolaget ska bedriva för verksamhet, vid en genomlysning kan anses utgöra ett upphandlingskontrakt.[57]

Enligt kammarrättens avgörande var beslutet om ekonomiskt tillskott från kommunen till det kommunala bolaget ett upphandlingskontrakt. De omständigheter som kammarrätten anser tala för detta slut är 1) att kommunen genom sitt ägande har ett intresse av att få ett behov tillgodosett, 2) att kommunen har varit huvudsaklig initiativtagare till bolagets tillkomst, 3) att bolagets verksamhet är definierat i aktieägaravtalet, 4) att kommunen betalar ett årligt driftsbidrag som täcker vissa av kostnaderna för den aktuella verksamheten, 5) att bolaget bedrivs med vinstsyfte och agerar på en öppen marknad i syfte att tillgodose mer än bara aktieägarnas egna behov, samt 6) att kommunen, trots att det saknas avtalade förpliktelser eller sanktioner härvidlag måste antas komma att avstå från att fortsätta betala driftsbidrag om bolaget inte skulle leva upp till de syften som slagits fast i aktieägaravtalet.

---

[55] Förslag till avgörande av generaladvokat Campos Sánchez-Bordona i mål C-567/15, LitSpecMet, ECLI:EU:C:2017:319, punkterna 70 och 71, se för liknade resonemang även Campos Sánchez-Bordonas förslag till avgörande i de förenade målen C-266/17 och C-267/17, ECLI:EU:C:2018:723 (EU-domstolen har ännu inte meddelat dom).

[56] Kammarrätten i Göteborg, mål 295-18. Avgörandet har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen, mål 5710-18 som ännu inte tagit ställning till frågan om prövningstillstånd.

[57] Se Janssen, Willem A., EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 57: ”it is therefore impossible for a unilateral act or a notification to be a contract. When a public authority decides to set up an independent body or to pursue to extend its operations by setting up a new department, there is no bilateralism.”

Vi kan konstatera att inget av dessa bedömningskriterier har något stöd i de rättskällor vi undersökt utan i stället är, delvis, baserad på den kriterielista som framgår av SOU 2013:13, och som vi behandlar särskilt i avsnitt 5.3 nedan. Det kan emellertid redan nu konstateras att kammarrättens resonemang brister såtillvida att fråga inte är om ett avtal mellan två parter, utan ett ensidigt beslutat aktieägaravtal och beslut om driftsbidrag. Det kan vidare konstateras att de skyldigheter som ett bolag har i enlighet med ett aktieägaravtal kännetecknas just av att de är ensidigt upprättade och att bolaget inte kan anses agera oberoende i förhållande till ett sådant dokument på så sätt som krävs för att ett upphandlingsrättsligt kontrakt ska anses föreligga. De argument som kammarrätten anför för att fråga är om ett upphandlingskontrakt är således i det närmaste att betrakta som argument mot att ett upphandlingskontrakt föreligger.[58]

I detta sammanhang bör Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i det så kallade SYSAV-målet särskilt kommenteras.[59] I målet hade ett antal kommuner tecknat ett konsortialavtal med varandra varigenom de överenskommit att fullgöra sina skyldigheter på avfallsområdet genom det gemensamt ägda bolaget SYSAV. I målet var klarlagt att SYSAV inte var part i konsortialavtalet samt att det inte tecknats några andra uppdragsavtal mellan ägarkommunerna och SYSAV. Trots detta fann Högsta förvaltningsdomstolen att ”*innebörden av konsortialavtalet är att kommunen ska köpa tjänster av SYSAV*”.

Det finns enligt vår mening anledning att ifrågasätta om Högsta förvaltningsdomstolen hade gjort motsvarande bedömning i dag.

Först kan konstateras att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, vilket var den lag som Högsta förvaltningsdomstolen hade att bedöma i SYSAV-målet, inte på ett lika tydligt sätt som nuvarande LOU begränsade upphandlingsbegreppet till köp som sker genom tilldelning av kontrakt.[60] Det fanns således, såsom svensk lag var skriven, inte något tydligt stöd för att upphandlingsskyldighet förutsatte

[58] Som vi behandlat i i Europarättslig tidskrift nr 3 årgång 2017, Allt är inte upphandling som glimmar, för Konkurrensverket ett med Kammarrätten i Göteborg liknande resonemang vid Förvaltningsrätten i Stockholm, mål 11269-17, pågående.
[59] RÅ 2008 ref. 26.
[60] 1992 års LOU omfattar enligt dess 2 § upphandling som görs av staten, kommuner, landsting och andra upphandlande enheter. LOU omfattar däremot ”åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt”.

att ett avtal ska tecknas mellan den upphandlande myndigheten och leverantören.

Vidare hade EU-domstolen, vid tillfället för SYSAV-målets avgörande, uttalat att upphandlingsdirektivet är tillämpliga *”när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person”*[61] och samtliga de mål som nämns i SYSAV-målet var sådana där det förefaller vara ostridigt att leverantören skulle inträda som part i avtalet.[62] Men EU-domstolen hade inte, vid tillfället för SYSAV-domens meddelande, klargjort att upphandlingsdirektivets tillämplighet kräver ett kontrakt med en i domstol åberopbar fullgörandeskyldighet för leverantören. Så skedde först i Helmut Müller som meddelades knappt två år efter SYSAV-domen.[63] Det bör även hållas i minnet att möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlande kontrakt skulle genomföras i nationell rätt först den 20 december 2009.[64] Det förhållandet att det saknades möjlighet till effektiva rättsmedel mot tecknade direktupphandlade avtal medförde att stora delar av rättspraxis snarare riktade sig mot ett beslut att ingå avtal än mot avtalet som sådant. Som vi utvecklat under avsnitt 3.1.3 ovan bör, enligt vår mening, EU-domstolens uttalanden om den vida tolkningen av vad som utgöra ett överklagbart beslut enligt rättsmedelsdirektivet, inte tas till intäkt för att även ge kontraktbegreppet i upphandlingsdirektivet en extensiv tolkning. Det är vår förhoppning att Högsta förvaltningsdomstolen får tillfälle att återbesöka frågan om huruvida ett avtal måste tecknas mellan den upphandlande myndigheten och leverantören för att LOU ska vara tillämpligt. Skulle Högsta förvaltningsdomstolen vid en sådan prövning finna att det inte finns något sådant krav så är det vår uppfattning att Högsta förvaltningsdomstolen ger LOU ett vidare tillämpningsområde än vad som följer av såväl upphandlingsdirektivet som EU-domstolens praxis.

---

[61] Mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, punkt 47.

[62] Se mål C-107/98, Teckal, ECLI:EU:C:1999:562, mål C-20/01, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2003:220, och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2003:220, mål C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, mål C-84/03, Kommissionen mot Spanien, ECLI:EU:C:2005:14, mål C-458/03, Parking Brixen, ECLI:EU:C:2005:605, samt mål C-295/05, Tragsa, ECLI:EU:C:2007:227.

[63] Se mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 46–48 och 59–62.

[64] Se artikel 3 i ändringsdirektiv 2007/66/EG.

4.5 Selektivitet

För att ett upphandlingsrättsligt kontrakt ska föreligga krävs det att den upphandlande myndigheten har möjlighet att välja sin kontraktsmotpart, dvs. att välja vilken leverantör som ska utföra aktuellt uppdrag. Kriteriet, som numer framgår av artikel 1.2 i upphandlingsdirektivet *("som utvalts av dessa upphandlande myndigheter")* vilar på en bitvis skakig grund, men får numer anses vara förankrad i EU-domstolens praxis. I målet Scala[65], som bland annat handlade om renoveringen av Scala-teatern, fann EU-domstolen att ett sådant val förelåg för den upphandlande myndigheten, trots att det enligt italiensk lag förelåg en skyldighet för markägaren, vilket var den upphandlande myndighetens motpart, att genomföra anläggningsarbete på sin fastighet. Enligt generaladvokat Léger var inte de gemenskapsrättsliga förfarandereglerna för offentlig upphandling tillämpliga *"annat än när de upphandlande myndigheterna äger utrymme för skönsmässig bedömning i valet av ekonomisk aktör"*.[66]

Léger bedömde sedan att det inte förelåg en sådan valmöjlighet, och förfarandet därför inte skulle omfattas av upphandlingsreglerna.

EU-domstolen fann dock att ett upphandlingsrättligt kontrakt förelåg eftersom markägaren, i stället för att utföra anläggningsarbetet själv, kunde betala en avgift till de upphandlande myndigheterna som då i stället kunde upphandla en annan aktör att genomföra arbetet. Det kan ifrågasättas om de upphandlande myndigheterna faktiskt hade något val i Scala. EU-domstolen uttalade vidare att

> [..] förhållandet att de upphandlande myndigheterna inte själva har möjlighet att välja avtalspart kan således inte i sig rättfärdiga att [upphandlings]direktivet inte skulle vara tillämpligt.[67]

Osäkerheten som Scala medförde behandlades inte av EU-domstolen igen förrän i Falk Pharma.[68] Frågan i målet rörde ett avtalssystem om läkemedel som annonserades som ett auktorisationsförfarande. Förutsättningen var att alla ansökande företag som uppfyllde vissa förbestämda kriterier skulle godkännas. Samtliga godkända företag kunde sedan ingå identiska avtal med den upphandlande myndigheten. Det

[65] Mål C-399/98, Scala, ECLI:EU:C:2001:401.
[66] Förslag till avgörande av generaladvokat Léger i Scala, ECLI:EU:C:2000:671, punkt 77.
[67] Mål C-399/98, Scala, ECLI:EU:C:2001:401, punkt 75.
[68] Mål C-410/14, Falk Pharma, ECLI:EU:C:2016:399.

var även möjligt att, under systemets giltighetstid, ansluta sig till avtalet i efterhand.

EU-domstolen fastslog att

> urvalet av anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare ska därför anses vara ett grundläggande kriterium med avseende på offentlig upphandling[...] och således för begreppet ”offentligt kontrakt”.
>
> (vår understrykning)

EU-domstolen angav bland annat att detta framgår redan av artikel 1.2 a i upphandlingsdirektivet i definitionen av vad som är upphandling. I målet skulle den upphandlade myndigheten ingå avtal med alla ekonomiska aktörer som önskade att leverera och som uppfyllde vissa villkor som upphandlade myndigheten hade angett. Samtliga ekonomiska aktörer som uppfyllde villkoren kunde även ansluta till avtalssystemet under hela dess giltighetstid.[69] Ingen ekonomisk aktör ges då en förmånligare behandling än någon annan, eller någon ensamrätt, eftersom samtliga ekonomiska aktörer som vill får ingå avtal och upphandlingsreglerna behöver då inte iakttas.[70]

Ännu längre gick EU-domstolen i sin bedömning i Tirkkonen.[71] Landsbygdsverket i Finland hade inrättat ett system för rådgivning till lantbrukare. Avsikten var att varje lantbrukare skulle kunna vända sig till valfri rådgivare som ingick i systemet. Landsbygdsverket annonserade ett anbudsförfarande i syfte att ingå kontrakt om rådgivningstjänster. Alla anbudsgivare som uppfyllde vissa villkor och klarade ett prov skulle antas.

Domstolen konstaterade, med hänvisning till Falk Pharma, att ett system där samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller vissa krav tilldelas avtal inte innebär någon exklusivitet till en enskild aktör, eftersom den upphandlande myndigheten inte väljer ut någon aktör. Om ingen aktör ges ensamrätt är det därför inte nödvändigt att låta den upphandlande myndighetens agerande omfattas av upphandlingsdirektivet.[72] Målet utgör en utveckling Falk Pharma, såtillvida att det tydliggör att det saknar betydelse huruvida det är möjligt att ansluta sig till systemet i efterhand och under hela systemets giltighetstid. I Tirkkonen stängdes nämligen systemet för nya aktörer i samband med att tilldelningsbeslut meddelades.

---

[69] Jfr 3 kap. 2 § lag (2008:962) om valfrihetssystem.
[70] Mål C-410/14, Falk Pharma, ECLI:EU:C:2016:399, punkterna 36–42.
[71] Mål C-9/17, Tirkkonen, ECLI:EU:C:2018:142.
[72] Mål C-9/17, Tirkkonen, ECLI:EU:C:2018:142.

Den springande punkten är således att den upphandlande myndigheten inte angett något tilldelningskriterium för att jämföra och rangordna de godtagbara anbuden utan lämnade valet av leverantör helt till de lantbrukare som hade att begagna systemet.[73]

I vare sig Falk Pharma eller Tirkkonen, är det den upphandlande myndigheten som är mottagare av de varor/tjänster som de ekonomiska aktörerna erbjuder. De avtal som de ekonomiska aktörerna ingår ger dem i stället en rätt att bli valda av enskilda personer, således ett slags valfrihetssystem. Det bör dock understrykas att domstolen i Tirkkonen inte uttryckligen baserade sin bedömning på det förhållandet att enskilda skulle göra valet av leverantör utan i stället grundade sitt resonemang kring avsaknaden av tilldelningskriterier eller någon form utvärdering gjord av den upphandlande myndigheten. Ett sätt att läsa Tirkkonen är således att det saknar betydelse vem som gör valet av leverantör i en avropssituation, så länge detta val inte görs av den upphandlande myndigheten.

4.6 Av ekonomiskt intresse

Endast ett kontrakt med ekonomiska villkor kan utgöra ett upphandlingsrättsligt kontrakt. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag. Att ett sådant ekonomiskt intresse föreligger för den upphandlande myndigheten när myndigheten blir ägare till resultatet som är föremål för kontraktet får anses vara helt klart, men ett ekonomiskt intresse föreligger även när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de nyttigheter som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål, och kan även bestå i de ekonomiska fördelar som myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av nyttigheterna, som en följd av dess ekonomiska bidrag eller ekonomiska risktagande vid utförandet.[74]

Det är inte endast den upphandlande myndigheten som ska ha ett direkt ekonomiskt intresse, utan även leverantören måste ha ett ekonomiskt intresse för att ett upphandlingsrättsligt kontrakt ska anses

[73] Ibid., punkt 35.
[74] Se mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 47–52, med vidare hänvisning till C-399/98, Scala, ECLI:EU:C:2001:401, och C-220/05, Jean Auroux, ECLI:EU:C:2007:31.

föreligga. Av Scala kan skönjas att kriteriet om ekonomiska villkor är uppfyllt redan om den upphandlande myndigheten alls ska utföra en motprestation med anledning av det arbete (i Scala – anläggningsarbeten) som anges i ett avtal.[75] I Scala var motprestationen inte en positiv förpliktelse i relation till leverantören, utan det räckte att den upphandlade myndigheten avstod från att kräva in avgifter som annars skulle ha erlagts av leverantören.[76]

Ett annat sätt att uttrycka det är att den upphandlande myndigheten måste erlägga ersättning för att det ska vara fråga om ett upphandlingskontrakt. Benefika avtal omfattas med andra ord inte. Det finns emellertid inte något krav på hur stor denna ersättning ska vara, så länge någon ersättning utgår. Det finns exempelvis inte något krav på att leverantören ska göra vinst, utan att det räcker med täckning för kostnader.[77] Vi vet också att det inte krävs att det är en positiv ersättning som utgår, utan det kan i stället vara fråga om att den upphandlande myndigheten avstår från att kräva in en avgift som annars skulle ha erlagts. Fråga är då närmast om kvittning, som i allt väsentligt är detsamma som att erhålla ersättning. Det är nämligen fortfarande möjligt för leverantören att på förhand veta vilken ersättning den kommer att erhålla (avräkning på skuld) och framför allt, fullgörandet av avräkningen är rättligt åberopbart för leverantören.

Detta kriterium, den rättliga åberopbarheten, menar vi även spelar en avgörande roll för varför ekonomiskt intresse inte ska ges den breda betydelse som ibland åskrivs det i litteraturen.[78] En leverantör kan exempelvis ha ett intresse av att tillhandahålla en viss vara till en myndighet utan kostnad för att etablera sig på en ny marknad, för att kunna använda myndigheten som referenskund eller i hopp om att det ska ha en positiv åverkan på leverantörens varumärke, vilket i förlängningen ökar leverantörens intäkter.[79] Enligt vår bedömning är

[75] C-399/98, Scala, ECLI:EU:C:2001:401, punkt 77.
[76] Ibid., punkterna 80–86.
[77] Mål C-159/11, Azienda, ECLI:EU:C:2012:817, punkt 29, mål C-386/11, Piepenbrock, ECLI:EU:C:2013:385, punkt 31. Se även mål C-606/17, IBA Molecular, ECLI:EU: C:2018:843, punkt 31 där ersättning ansågs ha utgått även om denna inte till fullo täckte leverantörens kostnader. Se även Caranta, Roberto, FIDE General report on Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes i The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014, s. 90.
[78] Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement, volume 1, third edition, 2014, s. 394–397 och Janssen, Willem A., EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 65 ff., vilka diskuteras nedan.
[79] Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement, volume 1, third edition, 2014, s. 395.

denna typ av intressen inte ekonomiska i den bemärkelse som upphandlingsdirektivet kräver.

Janssen sätter inte på något avgörande sätt ned foten i om även nyss nämnda intressen kan anses vara ekonomiska, men menar att skäl ändå talar för att de inte bör vara det. Janssen hänvisar i detta avseende till följande uttalande av generaladvokat Pergolas i BFI/Arnhem.[80]

> Definitionen av detta begrepp i direktivet tar, såsom jag har belyst ovan, fasta på tjänstens onerösa karaktär. För att förhållandet skall kunna definieras som en upphandling måste således det belopp som den upphandlande enheten har rätt till bestämmas abstrakt på förhand.

Det ska i detta sammanhang noteras att Pergola talar om ett belopp och att beloppet behöver vara bestämt på förhand. Arrowsmith är inte heller fullständigt övertygad om att ett ekonomiskt intresse måste inkludera ersättning från den upphandlande myndigheten till leverantören, men synes mena att det finns en presumtion för att sådan ersättning krävs för att det ska vara fråga om ett upphandlingskontrakt.[81]

Generaladvokat Kokott ger uttryck för liknande tankar. Precis som i Scala ges dock tydliga exempel på vad som, i respektive framställning avses med motprestation.[82] I Kokotts förslag till avgörande var det i form av konkreta bidrag och förlusttäckning. I Scala görs liknande uttalanden om motprestationen, men sakomständigheterna i målet utvisar att denna ”någon” prestation i själva verket utgörs av avskrivning av skuld.

Wehlander uttrycker det på följande vis:

> [d]et som kan visa att en offentlig finansiering objektivt sett utgör den ekonomiska ersättningen av tjänster som en frivillig organisation åtar sig att utföra är att avtalet gör det möjligt för organisationen att i förväg veta vilken ersättning den erhåller för sina åtaganden och därmed kan säkerställa att ersättningens beräkning inte utsätter den för en ekonomisk risk som den inte själv har accepterat.[83]
>
> (vår understrykning).

[80] Janssen, Willem A., EU public procurement law & self organisation, 2018, s. 67.
[81] Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement, volume 1, third edition, 2014, s. 394–397.
[82] Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i C-220/05, Jean Auroux, ECLI:EU: C:2006:410, punkten 57.
[83] Wehlander, Caroline, När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2018:5, s. 25.

Vi delar Wehlanders bedömning, vilken, om än inte uttryckligt, knyter an till frågan om rättslig åberopbarhet. En ersättning, oavsett om den endast täcker leverantörens kostnader, eller till och med är ännu mindre (den kan egentligen vara endast en krona), ger upphov till en rätt att, på grundval av avtalet, kräva fullgörelse (betalning). Den upphandlande myndigheten har då åtagit sig en rättligt åberopbar skyldighet, vilket inte kan vara fallet vid de ovan nämnda andra förslagen till vad som skulle kunna utgöra ett *"ekonomiskt intresse"*. En leverantör som tillhandahåller en tjänst gratis, i förväntan av att kunna etablera sig på en ny marknad, och därför genomför ett uppdrag utan ersättning, torde inte med någon framgång kunna hålla den upphandlande myndigheten ansvarig om förväntan inte infrias.[84]

I sammanhanget bör även EU-domstolens avgörande i University of Cambrige nämnas. Domstolen hade där att bedöma huruvida olika intäkter hos universitetet var att betrakta som finansiering, vilket kunde föranleda att universitetet skulle anses utgöra ett offentligt styrt organ, eller om de utgjorde ersättning för avtalsenliga åtaganden, och därmed inte skulle betraktas som finansiering.[85] EU-domstolen fann att

> [u]tbetalningar som gjorts av en eller flera upphandlande myndigheter, antingen för forskningsarbeten inom ramen för ett avtal om tillhandahållande av tjänster eller som ersättning för andra utförda tjänster, såsom konsultuppdrag eller organiserande av konferenser, utgör […] inte offentlig finansiering i den mening som avses i nämnda direktiv.[86]

Av domstolens avgörande kan utläsas att det som skiljer finansiering från ersättning för tjänst är dels att det vid ersättning finns en avtalsenlig motprestation knuten till utbetalningarna och dels att den upphandlande myndigheten har ett ekonomiskt intresse av att denna motprestation fullföljs.[87] Det bör dock noteras att EU-domstolen i det nyligen meddelade avgörandet i IBA Molecular använder begreppet finansiering även när det av domen framgår att domstolen betrak-

[84] Det bör här noteras att även koncessionskontrakt enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner kan anses innebära denna typ av osäkerhet. Det är dock en annan situation eftersom det i sådana fall är utnyttjandet av just den rättighet som myndigheten tilldelar som förväntas ge intäkter från tredje man. Att en myndighet uppträder som referenskund till en leverantör är naturligtvis inte samma sak som att myndigheten tilldelar leverantören en koncession.
[85] C-380/98, University of Cambridge, ECLI:EU:C:2000:529.
[86] Ibid., punkt 26
[87] Ibid., punkterna 23 och 24.

tar finansieringen som knuten till en avtalad motprestation och således som ersättning för en tjänst.[88]

I begreppet ekonomiskt intresse ligger således att prestationer måste utbytas. Om inga prestationer utbyts, exempelvis vid samverkan där vardera part står sina egna kostnader, och inte erhåller en motprestation från den andra parten, så har ingendera av parterna ett, upphandlingsrättsligt relevant, ekonomiskt intresse av samverkan.

Sammanfattningsvis i denna del innebär således kravet på ekonomiskt intresse att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag. Detta vederlag måste, i någon form, utgöras av en i förväg bestämd ersättning i pengar. Även om det finns skäl som talar emot, så är dessa skäl än så länge inte fastslagna av EU-domstolen och i brist på sådan relevant praxis, som i sådana fall skulle utvidga tillämpningsområdet för upphandlingsdirektivet, i strid med ordalydelsen av skäl 4 i detsamma, så bör någon extensiv tolkning inte göras.

4.7 Rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan åberopas i domstol

Ett avgörande kriterium för vad som utgör ett upphandlingspliktigt köp är huruvida det föreligger ett kontrakt som medför rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande är rättsligt åberopbart.[89]

De rättsligt bindande skyldigheter vi talar om är dels att myndigheten är skyldig att erlägga en ekonomisk ersättning, se avsnitt 4.6 ovan, och dels att leverantören är skyldig att utföra den prestation som kontraktet avser. Vid ett köp kan köparen, dvs. den som betalat ersättning, göra gällande att den som mottagit ersättningen är skyldig att utföra de avtalade tjänsterna. Vid annan typ av utbetalning, såsom ett bidrag, kan en sådan skyldighet inte göras gällande. Detta är enligt vår mening den tydligaste skillnaden mellan ett köp och ett bidrag eller andra former av offentlig finansiering. Föreligger förhållandet är det ett köp, föreligger inte förhållandet är det inte ett köp. Detta betyder inte att bidragsavtal inte kan vara noga specificerade kring vad erlagda medel ska användas till men det finns aldrig någon skyldighet att faktiskt utföra dessa tjänster. Låt oss ta följande

[88] C-606/17, IBA Molecular, ECLI:EU:C:2018:843, punkt 31.
[89] Mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, punkt 63.

exempel. En kommun ger ett lokalt företag bidrag för att genomföra en musikfestival. I bidragsavtalet föreskriver kommunen noga vad det ska vara för typ av musikfestival samt vilka typer av kostnader som är ersättningsgilla för bidrag. Låt oss nu säga att företaget använder pengarna på annat sätt än det föreskrivna och att festivalen därför inte blir genomförd. Företaget kan då bli återbetalningsskyldigt för de medel som inte använts på det föreskrivna sättet. Det är däremot inte möjligt för kommunen att på grundval av avtalet kräva att företaget fullgör avtalet genom anordnande av en musikfestival enligt de i avtalet föreskrivna specifikationerna. Inte heller kan kommunen göra företaget skadeståndsskyldigt för de kostnader som kommunen har haft för att själv, eller genom uppdrag till ett annat företag, låta anordna den tänkta festivalen. Om företaget hade genomfört festivalen men gjort detta på ett icke fackmannamässigt sätt är det inte heller möjligt för kommunen att kräva skadestånd för den skada som kommunen eventuellt lidit av det bristfälliga utförandet. Sådana påföljder kräver nämligen att det i avtalet föreligger en skyldighet att utföra de specificerade prestationerna, dvs. att fråga är om ett köp. EU-kommissionen ger uttryck för ett motsvarande synsätt i relationen till vad som kan anses vara ett bidrag:

> Enbart finansiering av en verksamhet, som normalt sett innebär att de erhållna beloppen måste betalas tillbaka om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas däremot normalt sett inte av lagstiftningen om offentlig upphandling.[90]

Den rättsliga vikten som ska läggas vid kommissionens uttalanden i denna del kan dock ifrågasättas och diskuteras nedan i avsnitt 5.3. Oavsett vilken vikt som läggs vid uttalandet kan dock konstateras att det ligger nära vad unionslagstiftaren uttrycker i skäl 4 till upphandlingsdirektivet:

> Vidare brukar 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.

Enligt detta synsätt är de påföljder som kan göras gällande vid ett eventuellt avtalsbrott helt avgörande för om fråga är om ett köp eller om ett bidrag. På samma sätt förhåller det sig med alla andra former av villkorad finansiering. Om det saknas en avtalsstadgad och åberop-

[90] SEC (21010) 1545 final, s. 105.

bar skyldighet att genomföra en sådan prestation som avses i upphandlingsreglerna är det helt enkelt inget köp och upphandlingsreglerna äger inte tillämpning. EU-domstolens har, även efter Helmut Müller, bekräftat att en *”väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär”*.[91]

Det ska noteras att det saknar betydelse om myndigheten i fråga är ”säker” på att bidragstagaren kommer att utföra den aktuella prestationen eller om det till och med finns andra regelverk som säkerställer att prestationen kommer att genomföras. Som framgår av ovan citerat uttalande i Remondis måste det nämligen vara genom avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören som leverantören åtar sig en skyldighet att genomföra prestationen. Att en myndighet finansierar en verksamhet, på villkor om att den utför vissa specificerade tjänster är nämligen inte ett köp, även om myndigheten anser sig säker på att tjänsterna de facto kommer att utföras. Mengozzi uttrycker det på följande sätt i sitt förslag till avgörande i Helmut Müller.

> Som jag påpekat ovan får man nämligen inte glömma att ett offentligt byggentreprenadkontrakt i alla avseenden utgör ett kontrakt, det vill säga en rättshandling, som i de olika nationella rättsordningarna alltid, och under alla omständigheter, kännetecknas av att den är bindande. Som den tyska regeringen har anfört i sina yttranden krävs det att entreprenören är skyldig enligt avtal att utföra den föreskrivna prestationen, för att det ska kunna vara tal om ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Följderna av den eventuella underlåtenheten regleras däremot i nationell rätt: det finns ingenting som hindrar att det, vid underlåtenhet från en entreprenörs sida, i den nationella rätten i en stat exempelvis föreskrivs att kontraktet ska hävas, att kontraktet ska tilldelas en annan entreprenör och en rätt för den offentliga myndigheten att helt enkelt kräva skadestånd av den första entreprenören.[92]

En invändning mot detta synsätt, dvs. att det är en absolut förutsättning för upphandlingsplikt att det ska föreligga en avtalad fullgörandeskyldighet som är rättslig åberopbar, är att parterna då kan kringgå upphandlingsplikt genom att helt enkelt skriva avtalet på ett sådant sätt att en sådan skyldighet inte föreligger. Eftersom ett sådant förfarande samtidigt skulle innebära att myndigheten frånfaller sin rätt att göra fullgörandet (och eventuellt felansvar) gällande är vi dock

[91] Mål C-51/15, Remondis, ECLI:EU:C:2016:985, punkt 43.
[92] Generaladvokaten Paolo Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2009:710, punkt 80.

tveksamma till om myndigheter verkligen skulle agera på detta sätt annat än i situationer då myndighetens faktiska avsikt är att ge ett bidrag till en verksamhet snarare än att köpa en vara eller tjänst. Mr Justice Hickinbottom för ett motsvarande resonemang i det engelska avgörandet R. v Birmingham City Council.[93] I målet gjordes gällande att en myndighet medvetet kringgått upphandlingsplikt genom att sälja mark som man önskade få bebyggd enligt vissa specifikationer och i försäljningsavtalet ange att marken endast fick bebyggas på ett visst sätt, men inte reglera att köparen av marken faktiskt var skyldig att bebygga den. Det gjordes även gällande att båda parters avsikt var att marken skulle bebyggas även om det inte fanns någon rättslig bindande skyldighet med detta innehåll. Hickinbottom uttalade följande:

> Mr Holgate submitted that, since it was pointed out to the Council in March 2006 that the First Tender Process potentially breached the procurement provisions of the 2006 Regulations, they "sought to find a way around them" (Skeleton Argument, paragraph 36). In my view, that is not a fair way of putting it. If it had been successfully completed, the First Tender Process would have resulted in the Council not only selling the Community Facility, but having a developer with development obligations. On reflection, they considered that a better course would be to sell the land divorced from those obligations: that was the purpose of the Third Tender Process. The advantage, from the Council's point of view, was that the onerous provisions of the procurement provisions would not apply to the sale of the land, and may not apply to any part of the arrangement. The disadvantage is that they lost the imposition of an obligation on the successful bidder to commit themselves to the development obligations. However, these are the different sides of the same coin: both derive from the presence or absence of contractual obligations to perform works. Mr Holgate's submission that, in the Third Tender Process, "The outward separation of the sale of the land from the other elements involved is a mere matter of form" (Skeleton Argument, paragraph 40), is simply not correct: the difference is one of legal substance. The Council cannot be criticised for formulating a strategy with regard to the development of this Site that, whilst having other downsides (including an absence of development obligations it could enforce against a successful tendererer) avoided the onerous obligations of the Public Works Directive and 2006 Regulations. That is particularly so as the Council's primary objective was of a planning nature – to develop the Site – rather than having performed the works involved in replacing the Community Facility.

[93] Midlands Co-Operative Society Ltd, R (on the application of) v Tesco Stores Ltd [2012] EWHC 620.

Ett liknande resonemang i en snarlik situation förs av kommissionen i ett avskrivningsbeslut avseende ett byggprojekt i Flensburg.[94] Kommissionen summerar skälen för sitt beslut på följande sätt:

> The public utility company, a 100 % affiliate of the city of Flensburg, had sold a piece of land to a private property developer for the construction of a building that would correspond to certain urban development needs. Apart from a simple statement of intent, the sales contract does not contain a legally binding obligation for the developer to realise the envisaged building; it only stipulates a right to purchase the land for the city of Flensburg, in case the building should not be constructed.
>
> In the view of the Commission, such a land sale can neither be considered as a public works contract nor as a public works concession, because the contract in question did not contain a legally binding obligation to execute works specified by the contracting authorities. The mere right for the public authority to (re-)purchase the land in case of non-construction is not, in the Commission's view, a sufficient sanction that could give rise to a legal obligation to execute the works.

Ett handlande kan således inte kvalificeras som ett köp med mindre än att det finns en rättslig bindande skyldighet att fullgöra prestationen, och detta oaktat andra mekanismer som förväntas leda till fullgörande av de aktuella tjänsterna.

I sammanhanget ska avslutningsvis EU-domstolens avgörande i IBA Molecular särskilt kommenteras.[95] I målet hade en upphandlande myndighet ingått ett avtal med ett läkemedelsföretag för att detta under en treårsperiod skulle leverera ett visst läkemedel till regionala offentliga sjukhus. Sjukhusen ifråga skulle endast betala leveranskostnaderna men enligt avtalet mellan den upphandlande myndigheten och läkemedelsföretaget åtog sig myndigheten att betala ett bidrag som, åtminstone delvis, täckte bolaget kostnader för tillverkningen av läkemedlet.

Det kan konstateras att redan det förhållandet att avtalet gav bolaget rätt att ta betalt för sina leveranskostnader av respektive sjukhus medför att fråga var om ett avtal med ekonomiska villkor. Läkemedelsföretaget åtog sig dessutom att leverera de aktuella läkemedlen vilket medförde att det från leverantörens sida fanns en sådan fullgörandeförpliktelse som krävs för att ett upphandlingskontrakt ska anses föreligga.

---

[94] Se kommissionens pressrelase Public procurement: Commision closes infringement case against Germany concerning an urban development project in Flensburg. IP/08/867, den 5 juni 2008 (inte tillgängligt på svenska).

[95] Se mål C-606/17, IBA Molecular, ECLI:EU:C:2018:843.

Det kan vidare ifrågasättas om det bidrag som den upphandlande myndigheten åtog sig att erlägga verkligen var ett bidrag eller om det inte rätteligen får ses som en ersättning för läkemedelsföretagets åtagande att leverera de aktuella läkemedlen. Även om EU-domstolen hänvisar till bidraget som en finansiering är det tydligt att EU-domstolen ser det som en ersättning som utgår som kompensation för de åtaganden som läkemedelsföretaget gör enligt avtalet. Detta skiljer situationen från den som föreligger i ovan behandlat avgörande från Kammarrätten i Göteborg där det inte fanns något avtal mellan kommunen och bolaget utan bolagets skyldighet att leverera i stället ansågs följa av ett aktieägaravtal.[96]

4.8 Avslutande kommentarer om upphandlingskontrakt och idéburna aktörer

Vi har ovan redogjort för de kriterier som framgår av lagtext och EU-domstolens praxis för vad som utgör ett upphandlingsrättsligt kontrakt.

Som vi behandlar i avsnitt 4.2 ovan krävs att fråga är om ett avtal mellan två, eller flera, parter. Vid bedömningen av om en viss finansiering ska anses utgöra ett led i ett upphandlingspliktigt köp kan detta få betydelse då det är fullt möjligt att tänka sig en bidragsfinansiering av en verksamhet som inte utmynnar i något avtal. Även om det är möjligt att rikta en talan enligt rättsmedelsdirektivet redan då myndigheten ensidigt beslutar att tilldela ett avtal så förutsätter upphandlingsdirektivet att ett skriftligt avtal rent faktiskt har tilldelats. Ett sätt att ”undvika” risken för att upphandlingsdirektivet ska bli tillämpligt på rena finansieringssituationer är således att sköta sådan finansiering genom ensidiga beslut från myndighetens sida. Detta förhållande innebär inte hinder mot att myndigheten villkorar utbetalning av medel enligt beslutet med att finansieringsmottagaren kan visa att man använt medlen för vissa av myndigheten angivna ändamål eller för vissa särskilt angivna typer av kostnader. Det avgörande är att finansieringsmottagaren inte genom ett avtal åtar sig en skyldighet att fullgöra vissa uppgifter.

Vi har vidare konstaterat, i avsnitt 4.3 ovan, att frågan måste vara om en anskaffning, i den bemärkelsen att en upphandlande myndig-

[96] Kammarrätten i Göteborg, mål 295-18.

het uppträder som köpare (och inte som säljare) i förhållande till sin avtalspart. Detta innebär bl.a. att upphandlingsdirektivet inte utgör hinder mot att en upphandlande myndighet erbjuder en idéburen aktör stöd i form av egna resurser som den upphandlande myndigheten tillhandahåller den idéburna aktören till en kostnad. Det kan exempelvis finnas ett intresse för att tillhandahålla idéburna aktörer administrativt stöd till självkostnadspris.

Vad avser att avtalet ska innebära att en överenskommelse träffas mellan oberoende parter torde detta rekvisit så gott som alltid vara uppfyllt i relationen mellan en upphandlande myndighet och en idéburen aktör. Som framgår av avsnitt 4.4ovan skulle det emellertid vara möjligt för lagstiftaren att inrätta ett system där idéburna aktörer åläggs en skyldighet att utföra vissa samhällsuppdrag för vissa i lagen angivna myndigheters räkning. Under förutsättning att en sådan lagstiftning också specificerar grunderna för de idéburna aktörernas ersättning kan en sådan ordning falla utanför upphandlingsdirektivets kontraktsbegrepp, jämte skäl 34 i upphandlingsdirektivet.

Vi har vidare, i avsnitt 4.5 ovan, kunnat konstatera att upphandlingsdirektivets tillämpning förutsätter att den upphandlande myndigheten utser en eller flera vinnare bland kvalificerade leverantörer. Som framgår av Falk Pharma och Tirkkonen är upphandlingsdirektivet således inte tillämpligt när kontrakt tilldelas samtliga kvalificerande leverantörer utan föregående jämförelse dem emellan. Detta öppnar en möjlighet för upphandlande myndigheter att inrätta system där alla idéburna aktörer som uppfyller vissa villkor ges finansiering. Som framgår av Tirkkonen faller ett sådant system utanför upphandlingsdirektivet även om tillträde till systemet endast kan ske under en viss begränsad tid. I EU-domstolen hittillsvarande praxis ser vi inget hinder mot att i stället ha någon annan begräsning, exempelvis att myndigheten anger att man har en viss mängd pengar att dela ut. När pengarna är slut stängs systemet för tillträde. Så länge inget val görs av myndigheten mellan olika kvalificerade aktörer är det inte upphandling. Såsom denna praxis får förstås saknar det i ett sådant system betydelse om de avtal som tecknas med vardera aktör i övrigt uppfyller villkoren för att vara ett upphandlingsrättsligt kontrakt, tilldelningen är likväl undantagen.

Som vi har redovisat i avsnitt 4.6 ovan förutsätter det upphandlingsrättliga kontraktsbegreppet dessutom att det finns ett ekonomiskt intresse på såväl den upphandlande myndighetens som leverantörens

sida. Var gränserna för ekonomiskt intresse går är inte helt klarlagt men vi anser oss kunna konstatera att det som absolut utgångspunkt ska vara fråga om att myndigheten åtar sig att utge en ersättning, i pengar, mot att myndigheten på rättslig grund ges tillgång till tjänsterna, antingen för egen eller för allmänhetens del. Vad avser Idéburna aktörer innebär detta exempelvis att det inte utgör ett upphandlingskontrakt om en myndighet ingår ett samarbetsavtal där myndigheten, för att möjliggöra för den idéburna aktören att bedriva viss verksamhet åtar sig att fullgöra vissa av de uppgifter som är förenade med denna verksamhet, såsom exempelvis administrationsuppgifter. Att två aktörer samverkar i ett projekt där vardera aktör gör var sin del och står sina egna kostnader är i normalfallet inte ett köp, och således inte heller ett upphandlingsrättligt kontrakt.

Slutligen, vilket redogörs för i avsnitt 4.7 ovan, kräver den upphandlingsrättliga kontraktsdefinitionen att leverantören genom avtalet åtar sig en skyldighet att utföra en prestation samt att denna fullgörandeskyldighet är rättsligt åberopbar. Vad avser skiljelinjen mot såväl bidrag som många av de avtal som ingås inom ramen för s.k. IOP så är detta rekvisit ofta helt avgörande. Flera av de IOP-avtal vi har tagit del av saknar helt fullgörandeskyldighet för leverantören.[97] I den mån avtalen har sanktioner är dessa begränsade till en möjlighet att säga upp avtalet för vidare samverkan. Det är vår uppfattning att denna typ av avtal inte utgör upphandlingsrättliga kontrakt.

På motsvarande sätt kan konstateras att det är kännetecknande för en bidragssituation att det inte finns någon fullgörandeskyldighet för bidragandemottagaren, utan att denne på sin höjd blir återbetalningsskyldig för mottagna medel, om dessa inte använts på föreskrivet sätt. Denna typ av överenskommelser är inte upphandlingskontrakt.

Vi har ovan utförligt redogjort för vad som utgör ett kontrakt enligt upphandlingsrätten. Det kan naturligtvis inom ramen för andra rättsområden finnas definitioner av såväl kontrakt som bidrag, eller andra finansieringsformer, som helt eller delvis kommer i konflikt med redogörelsen ovan. Som vi ser det kan det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet emellertid endast definieras med utgångspunkt i

[97] Se exempelvis www.boras.se/download/18.230f128016600d586511ee8f/1537879042830/IOP-sport%20for%20you.pdf, www.uddevalla.se/download/18.1a383b731636f032771448/1527084891877/%C3%96verenskommelse%20om%20Id%C3%A9buret%20Offentligt%20Partnerskap%20(med%20bilagor).pdf, och www.socialforum.se/wp-content/uploads/2018/12/id%C3%A9buret-offentligt-partnerskap-med-brottsofferjouren.pdf

upphandlingsrätten och sådana andra definitioner bör därför inte användas då man söker utröna huruvida upphandlingsdirektivet är tillämpligt på en viss situation. För fullständighetens skull kommer vi emellertid nedan att redogöra för vissa sådana definitioner som förekommit i diskussionen om idéburna aktörer för att jämföra dessa definitioner med de kriterier vi ovan skisserat.

5. NESGI och vissa bidragsdefinitioner

5.1 Inledning

Vi har i avsnitt 5 ovan angett de rekvisit vi anser måste vara uppfyllda för att fråga ska vara om ett sådant upphandlingskontrakt som omfattas upphandlingsregelverket.

Under den senaste tiden har det emellertid framkommit begrepp och definitioner som i olika utsträckning gjort anspråk på att utgöra självständiga undantag från upphandlingsdirektivet. Vi kommer i detta avsnitt att kort beskriva dessa begrepp och definitioner och redogöra för varför vi anser dem sakna relevans för att avgöra upphandlingsdirektivets tillämpningsområde.

5.2 NESGI

Konkurrensverket har i det så kallade Alingsåsmålet väckt talan om upphandlingsskadeavgift för en otillåten direktupphandling som Alingsås påstås ha gjort då den tilldelat ett avtal om driften av ett vård- och omsorgsboende till Bräcke Diakoni utan föregående upphandling.[98]

I målet gör Alingsås gällande att det aktuella avtalet inte omfattas av upphandlingsdirektivet då det avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse och därmed är undantaget såväl direktivet som fördraget. Till stöd för sin inställning åberopar Alingsås kommun skäl 6 i upphandlingsdirektivet vilket anger att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av direktivs tillämpningsområde samt till artikel 2 i protokollet om tjänster av allmänt intresse vilket anger att EU-fördraget *”inte på något sätt”* ska påverka hur medlemsstaterna tillhandahåller, beställer och organiserar tjänster som inte är

[98] Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 7530-17.

av ekonomisk art. Alingsås kommun åberopar vidare ett antal rättsfall från EU-domstolen och EFTA-domstolen på områdena för statligt stöd, konkurrensrätt, mervärdesskatt och fri rörlighet för tjänster.[99]

Till stöd för sin inställning gör Konkurrensverket gällande att det avtal som Alingsås kommun ingått med Bräcke Diakoni är ett sådant upphandlingskontrakt som omfattas av LOU och att den omständighet att de tjänster som Bräcke Diakoni i sin tur kommer att tillhandahålla de boende vid vård- och omsorgsboendet är icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte förändrar detta förhållande.

Förvaltningsrätten i Göteborg meddelade dom den 29 juni 2018 och fann då att avtalet mellan Alingsås kommun och Bräcke Diakoni uppfyller rekvisiten för att utgöra ett upphandlingskontrakt och att avtalet därför borde ha föregåtts av ett annonserat förfarande enligt LOU. Avgörandet är överklagat till Kammarrätten i Göteborg som har meddelat prövningstillstånd.[100]

Vi delar Konkurrensverkets och förvaltningsrättens bedömning att det inte finns något särskilt undantag från LOU eller upphandlingsdirektivet för avtal som avser icke-ekonomiska tjänster. Om ett sådant avtal uppfyller ovan redovisade rekvisit för vad som utgör ett upphandlingskontrakt innehåller avtalet ekonomiska villkor och kan således definitionsmässigt inte anses avse en icke-ekonomisk tjänst i relationen mellan den upphandlande myndigheten och tjänsteleverantören. Att den tjänst som leverantören i sin tur tillhandahåller brukaren är icke-ekonomisk förändrar inte detta förhållande. Mot denna bakgrund är det vår bedömning att upphandlingsdirektivets tillämpningsområde uteslutande regleras av upphandlingsdirektivets bestämmelser och tillhörande praxis från EU-domstolen och att frågan om ett avtal avser en icke-ekonomisk tjänst i allt väsentligt saknar betydelse för denna bedömning.

[99] Från EU-domstolen: mål C-263/86, Humbel, ECLI:EU:C:1988:451, mål C-218/00, Cisal, ECLI:EU:C:2002:36, mål C-205/03 P, FENIN, ECLI:EU:C:2006:453, mål C-109/92, Wirth, ECLI:EU:C:1993:916, mål C-246/08, Kommissionen mot Finland, ECLI:EU:C:2009:671, mål C-159/91, Azienda, ECLI:EU:C:2012:817, samt C-160/91, Poucet och Pistre, ECLI:EU:C:1993:63. Från EFTA-domstolen: E-5/07, Private Barnehager.

[100] Kammarrätten i Göteborg 3556-18, prövningstillstånd meddelades den 21 december 2018.

5.3 Bidragsdefinitioner

Vi har ovan uppehållit oss vid kontraktsdefinitionen för att avgöra när upphandlingsdirektivet blir tillämpligt. I SOU 2001:31, SOU 2013:12 samt SOU 2016:13 förekommer emellertid försök att i stället definiera egenskaper hos sådana bidrag som inte utgör upphandlingskontrakt. SOU 2016:13 innehåller följande summerande lista av egenskaper. I utredningarna anges att samtliga krav inte behöver vara uppfyllda men att det vid en samlad bedömning ska framgå att det inte handlar om ersättning för ett specifikt definierat uppdrag.

1. Verksamheten drivs i enskild regi.
2. Den upphandlande myndigheten inte är juridiskt ansvarig för verksamheten.
3. Verksamheten inte är uteslutande, eller näst intill uteslutande, beroende av finansiering med offentliga medel.
4. Den upphandlande myndigheten inte har tagit initiativ till verksamheten.
5. Verksamheten bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose anordnarens eget behov av den verksamhet som bedrivs.
6. Verksamheten bedrivs utan vinstsyfte.
7. Anordnaren inte är primärt underkastad kommunens styrning och beslutsrätt men kan stå under offentligrättsligt reglerad tillsyn.
8. Anordnaren och den upphandlande myndighetens inbördes relation inte är reglerad genom ett avtal utan styrs i regel av en offentligrättslig reglering, typ riktlinjer för att bidrag ska utgå på ett visst område.
9. Anordnaren inte förutsätts genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan får i stället ett bidrag till egenfinansiering, som kan vara förknippat med vissa villkor.

Det kan konstateras att vissa av dessa punkter har stöd i de rättskällor som vi redogjort för ovan. Att en relation mellan en upphandlande myndighet inte är reglerad genom avtal utan genom en offentligrättslig reglering medför enligt vad som angetts i avsnitt 4.2 att det är uteslutet att fråga är om ett upphandlingskontrakt. Även den

nionde punkten har stöd i EU-domstolens praxis eftersom upphandlingskontrakt förutsätter en viss typ av rättsligt åberopbara skyldighet, se avsnitt 4.7, ovan.

Vad avser punkt nummer sex, att verksamheten bedrivs utan vinstsyfte, kan konstateras att det framgår av EU-domstolens praxis att det saknar betydelse för bedömningen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt huruvida en leverantör bedriver sin verksamhet i vinstsyfte eller inte.[101]

Punkterna ett till fem samt sju synes ta sikte på hur beroende bidragstagaren är av bidragsgivaren. Enligt kriterierna skulle en högre grad av beroende indikera att fråga är om köp medan en lägre grad av beroende skulle indikera bidrag. Detta är svårt att förstå. Det är naturligtvis fullt möjligt för närstående bolag att ingå såväl köpeavtal som bidragsavtal och det behöver väl knappast påpekas att två av varandra helt oberoende enheter mycket väl kan ingå ett sådant köpeavtal som omfattas av upphandlingsrätten. Det kan vidare konstateras att det inte finns någon praxis från EU-domstolen som ger stöd för uppfattningen att en nära relation mellan parterna på något sätt skulle vara en indikation på att fråga är om ett upphandlingspliktigt avtal. Den enda praxis som rör kontraktsdefinitionen och som på något sätt behandlar parternas relation till varandra är frågan om det så kallade Teckal-undantaget där en nära relation mellan parterna i vissa fall kan medföra att ett avtal inte ska anses utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.[102] Som vi berört i avsnitt 4.4 ovan kan en mycket nära relation mellan parter till och med medföra att man kan ifrågasätta parternas oberoende till varande i sådan grad att fråga inte är om ett avtal i den mening som krävs för ett upphandlingskontrakt.

Sammantaget är det vår bedömning att denna kriterielista ger mycket liten vägledning kring LOU:s tillämpning på en viss avtalsrelation och att det saknas stöd för de flesta av dessa kriterier i för upphandlingsrätten relevant praxis.

---

[101] Se C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl., ECLI:EU:C:2014:2440, punkterna 36 och 37 samt där angiven rättspraxis.

[102] Se C-107/98, Teckal, ECLI:EU:C:1999:562, och efterföljande praxis. Se även kodifiering i 3 kap. 11–16 §§ LOU.

5.4 Specifikationsgrad saknar betydelse

Kommissionen har i ett arbetsdokument föreslagit vissa kriterier för att bedöma när ett kontrakt kan omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling.[103] Arbetsdokument är inte en rättskälla, utan är ett uttryck för hur kommissionen, vid tillfället för dokumentets upprättande, uppfattade rättsläget. Eftersom dokumentet är av summerande natur anger även kommissionen i dess inledning att dokumentet inte heller är bindande för kommissionen självt.[104]

De kriterier som kommissionen föreslår, och som Konkurrensverket också grundar sin talan på i ett pågående mål vid Förvaltningsrätten i Stockholm, fokuserar till stor del på om det är den upphandlande myndigheten eller leverantören som tagit initiativ till avtalets ingående samt på i vilken grad myndigheten i detalj har definierat de behov som ska tillgodoses, tjänsterna särdrag samt hur tjänsterna ska tillhandahållas.[105] Ett annat sätt att uttrycka det är att kommissionen lägger vikt vid om myndigheten har tagit initiativ till avtalet samt till hur specificerat avtalet är, i så måtto att ju mer specificerat ett avtal är desto mer sannolikt är det att fråga är om ett köp.

Vi har inte lyckats hitta någon rättskälla som ger stöd för att frågor om initiativ eller specifikationsgrad skulle vara en del av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet.

Vad avser vilken part som tar initiativ till en transaktion så kan konstateras att det, både vad avser köp och bidrag, förekommer att såväl myndigheter som leverantörer är den initiativtagande parten. Som exempel kan sägas att det är mycket vanligt att myndigheter som önskar dela ut medel i form av bidrag utlyser detta, exempelvis på den egna hemsidan, för att sedan låta olika potentiella intressenter söka om bidraget. På motsvarande sätt är det naturligtvis inte ovanligt att en leverantör själv söker upp en upphandlande myndighet för att göra denne uppmärksam på de tjänster som leverantören tillhandahåller. Vilken part som tagit initiativet till en transaktion säger

[103] 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, SEC (21010) 1545 final. Dokumentet finns i
[104] SEC (21010) 1545 final s. 19.
[105] Se Förvaltningsrätten i Stockholm, mål 11269-17, se även Konkurrensverkets tillsynsbeslut dnr 610/2014.

därför ofta väldigt lite, för att inte säga inget alls, om huruvida transaktionen som sådan utgör ett köp eller ett bidrag.[106]

Vad avser myndighetens specificering kan på samma sätt konstateras att många bidrag eller anslag är höggradigt specificerade vad avser vad medlen ska användas till, antingen i termer av en viss specificerad verksamhet, för ett visst specificerat projekt eller rent av för en viss specificerad kostnad inom ramen för en verksamhet eller ett projekt. Att så är fallet blir uppenbart redan vid genomgång av de bidragsansökningsomgångar som finns utlagda på unionens hemsida och som reglerar villkoren för att få bidrag från unionen.[107] Här förekommer mycket detaljerade beskrivningar både vad avser de syften och övergripande mål som den bidragsgivande parten har med utlysningen och vad avser vilka typer av projekt och kostnader som kan komma ifråga för bidrag. På motsvarande sätt förhåller det sig även med de svenska myndigheter som erbjuder finansiering såsom Vinnova, Försäkringskassan eller Konkurrensverket för att bara ta några exempel. Denna typ av finansiering har det gemensamt med en sedvanlig upphandling att myndigheten initialt beskriver på ett övergripande plan vad myndigheten har för syfte med finansieringen (myndighetens behov) samt vilka typer av projekt och kostnader som myndigheten kan tänka sig att finansiera (tänkt utförande). Finansieringstagaren inkommer sedan med en beskrivning av sin tänkta lösning (vilket kan jämföras med den beskrivning som kan finnas i ett anbud) och denna beskrivning, eventuellt anpassad efter myndighetens synpunkter, blir det slutliga avtalsinnehållet. Givet detta kan vi inte se hur graden av specifikation, vare sig från myndighetens eller leverantörens sida, ger någon vägledning kring om en viss transaktion utgör ett upphandlingspliktigt köp eller ett bidrag.

[106] Märk att såväl mål C-399/98, Scala, ECLI:EU:C:2001:401, som mål C-271/08, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2010:426, rör situationer som initierats av leverantören. Detta tillmäts emellertid ingen betydelse vid bedömningen.
[107] https://ec.europa.eu/info/funding-opportunities-topic_sv

Statens offentliga utredningar 2019

Kronologisk förteckning

1. Santiagokonventionen mot organhandel. S.
2. Ingen regel utan undantag – en trygg sjukförsäkring med människan i centrum. S.
3. Effektivt, tydligt och träffsäkert – det statliga åtagandet för framtidens arbetsmarknad. A.
4. Framtidsval – karriärvägledning för individ och samhälle. U.
5. Tid för trygghet. A.
6. En långsiktig, samordnad och dialogbaserad styrning av högskolan. U.
7. Skogsbränderna sommaren 2018. Ju.
8. Kamerabevakning i kollektivtrafiken – ett enklare förfarande. Ju.
9. Privat initiativrätt – planintressentens medverkan vid detaljplaneläggning. N.
10. Stöd för validering eller kompetensåtgärder i samband med korttidsarbete. Fi.
11. Biojet för flyget. M.
12. Nya befogenheter på konsumentskyddsområdet. Fi.
13. Agenda 2030 och Sverige: Världens utmaning – världens möjlighet. Fi.
14. Ett säkert statligt ID-kort – med e-legitimation. Ju.
15. Komplementär och alternativ medicin och vård – säkerhet, kunskap, dialog. S.
16. Ny kärntekniklag – med förtydligat ansvar. M.
17. Bebyggelse- och transportplanering för hållbar stadsutveckling. N.
18. För flerspråkighet, kunskapsutveckling och inkludering. Modersmålsundervisning och studiehandledning på modersmål. U.
19. Belastningsregisterkontroll i arbetslivet – behovet av utökat författningsstöd. A.
20. Stärkt kompetens i vård och omsorg. S.
21. Effektivt investeringsfrämjande för hela Sverige. UD.
22. Sveriges miljöövervakning – dess uppgift och organisation för en god miljöförvaltning. M.
23. Styrkraft i funktionshinderspolitiken. S.
24. Stärkt integritet i idrottens antidopningsarbete. Ku.
25. Genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet. A.
26. Organbevarande behandling för donation. S.
27. Rasistiska symboler. Praxisgenomgång och analys. Ju.
28. Komplementär och alternativ medicin och vård – ny lagstiftning. S.
29. God och nära vård. Vård i samverkan. S.
30. Moderna tillståndsprocesser för elnät. I.
31. F-skattesystemet – en översyn. Fi.
32. Straffrättsligt skydd för barn som bevittnar brott mellan närstående samt mot uppmaning och annan psykisk påverkan att begå självmord. Ju.
33. Ökad statlig närvaro i Härnösand. Fi.
34. Förbättrat skydd för totalförsvaret. Fö.
35. Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället.
    + Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället. Vägledning för handläggare. Ku.
36. Skattelättnad för arbetsresor. En avståndsbaserad och färdmedelsneutral skattereduktion för längre arbetsresor. Fi.
37. Kontroller vid högskoleprovet – ett lagförslag om åtgärder mot fusk. U.

38. Stora brottmål
– nya processrättsliga verktyg. Ju.
39. En moderniserad radio- och tv-lag
– genomförande av ändringar
i AV-direktivet. Ku.
40. Jämlikhet i möjligheter
och utfall i den svenska skolan. Fi.
41. Företagare i de sociala trygghets-
systemen. N.
42. Digifysiskt vårdval. Tillgänglig
primärvård baserad på behov
och kontinuitet. S.
43. Med tillit följer bättre resultat
– tillitsbaserad styrning och ledning
i staten. Fi.
44. Ett bättre premiepensionssystem. S.
45. Framtidens kemikaliekontroll.
Hantering av kombinationseffekter
och gruppvis bedömning av ämnen. M.
Future chemical risk management.
Accounting for combination effects
and assessing chemicals in groups. M.
46. En ny riksbankslag.
Volym 1, 2 och 3. Fi.
47. Jobbpolarisering på svensk
arbetsmarknad. Fi.
48. Kan utbildning för vuxna påverka
jobbchanser och inkomster? Fi.
49. En ny terroristbrottslag. Ju.
50. Fusk vid antagning till
högskoleutbildning
– vad händer sen? U.
51. Näringslivets roll inom totalförsvaret.
Fö.
52. Sverige och bankunionen. Fi.
53. Grundpension. S.
54. Inequality and economic
performance. Fi.
55. Utvecklingen av intergenerationell
rörlighet i Sverige. Fi.
56. Idéburen välfärd. Fi.
+ Idéburet offentligt partnerskap.
Vägledning.

Statens offentliga utredningar 2019

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

Effektivt, tydligt och träffsäkert – det statliga åtagandet för framtidens arbetsmarknad. [3]

Tid för trygghet. [5]

Belastningsregisterkontroll i arbetslivet – behovet av utökat författningsstöd. [19]

Genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet. [25]

Finansdepartementet

Stöd för validering eller kompetensåtgärder i samband med korttidsarbete. [10]

Nya befogenheter på konsumentskyddsområdet. [12]

Agenda 2030 och Sverige: Världens utmaning – världens möjlighet. [13]

F-skattesystemet – en översyn. [31]

Ökad statlig närvaro i Härnösand. [33]

Skattelättnad för arbetsresor. En avståndsbaserad och färdmedelsneutral skattereduktion för längre arbetsresor. [36]

Jämlikhet i möjligheter och utfall i den svenska skolan. [40]

Med tillit följer bättre resultat – tillitsbaserad styrning och ledning i staten. [43]

En ny riksbankslag. Volym 1, 2 och 3.[46]

Jobbpolarisering på svensk arbetsmarknad. [47]

Kan utbildning för vuxna påverka jobbchanser och inkomster? [48]

Sverige och bankunionen. [52]

Inequality and economic performance. [54]

Utvecklingen av intergenerationell rörlighet i Sverige. [55]

Idéburen välfärd.
+ Idéburet partnerskap. Vägledning. [56]

Försvarsdepartementet

Förbättrat skydd för totalförsvaret. [34]

Näringslivets roll inom totalförsvaret. [51]

Infrastrukturdepartementet

Moderna tillståndsprocesser för elnät. [30]

Justitiedepartementet

Skogsbränderna sommaren 2018. [7]

Kamerabevakning i kollektivtrafiken – ett enklare förfarande. [8]

Ett säkert statligt ID-kort – med e-legitimation. [14]

Rasistiska symboler. Praxisgenomgång och analys. [27]

Straffrättsligt skydd för barn som bevittnar brott mellan närstående samt mot uppmaning och annan psykisk påverkan att begå självmord. [32]

Stora brottmål – nya processrättsliga verktyg. [38]

En ny terroristbrottslag. [49]

Kulturdepartementet

Stärkt integritet i idrottens antidopningsarbete. [24]

Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället.
+ Demokrativillkor för bidrag till civilsamhället. Vägledning för handläggare. [35]

En moderniserad radio- och tv-lag – genomförande av ändringar i AV-direktivet. [39]

Miljö- och energidepartementet

Biojet för flyget. [11]

Ny kärntekniklag – med förtydligat ansvar. [16]

Sveriges miljöövervakning – dess uppgift och organisation för en god miljöförvaltning. [22]

Framtidens kemikaliekontroll. Hantering av kombinationseffekter och gruppvis bedömning av ämnen. [45]

Future chemical risk management. Accounting for combination effects and assessing chemicals in groups. [45]

Näringsdepartementet

Privat initiativrätt – planintressentens medverkan vid detaljplaneläggning. [9]

Bebyggelse- och transportplanering för hållbar stadsutveckling. [17]

Företagare i de sociala trygghetssystemen. [41]

Socialdepartementet

Santiagokonventionen mot organhandel. [1]

Ingen regel utan undantag – en trygg sjukförsäkring med människan i centrum. [2]

Komplementär och alternativ medicin och vård – säkerhet, kunskap, dialog. [15]

Stärkt kompetens i vård och omsorg. [20]

Styrkraft i funktionshinderspolitiken. [23]

Organbevarande behandling för donation. [26]

Komplementär och alternativ medicin och vård – ny lagstiftning. [28]

God och nära vård. Vård i samverkan. [29]

Digifysiskt vårdval. Tillgänglig primärvård baserad på behov och kontinuitet. [42]

Ett bättre premiepensionssystem. [44]

Grundpension. [53]

Utbildningsdepartementet

Framtidsval – karriärvägledning för individ och samhälle. [4]

En långsiktig, samordnad och dialogbaserad styrning av högskolan. [6]

För flerspråkighet, kunskapsutveckling och inkludering. Modersmålsundervisning och studiehandledning på modersmål. [18]

Kontroller vid högskoleprovet – ett lagförslag om åtgärder mot fusk. [37]

Fusk vid antagning till högskoleutbildning – vad händer sen? [50]

Utrikesdepartementet

Effektivt investeringsfrämjande för hela Sverige. [21]