

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se
Kopia:
fi.ofa.k.remissser@regeringskansliet.se

Förändring genom försök – Försöksverksamhet i den kommunala sektorn (SOU 2023:94)

1. Om Upphandlingsmyndigheten och yttrandet

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ger dessutom vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner. Yttrandet avgränsas utifrån Upphandlingsmyndighetens uppdrag och inriktar sig på de förslag till försöksverksamhet som förutsätter författningsändringar.

Generellt anser Upphandlingsmyndigheten att eventuell regelreformer – även om den avser tidsbegränsad försöksverksamhet – bör genomföras så att den minskar rättsosäkerheten för de som har att tillämpa den aktuella lagstiftningen, i detta fall kommuner och regioner.

2. Försöksverksamhet inom hälso- och sjukvårdsområdet (avsnitt 9)

Avsnittet innehåller en bakgrundsbeskrivning av olika former av samverkan med kommuner och regioner (avsnitt 9.4).

2.1 Upphandlingsrättsliga aspekter på samverkan (avsnitt 9.5)

I avsnittet för utredningen ett generellt resonemang kring de upphandlingsrättsliga aspekterna på kommunal samverkan med fokus på avtalssamverkan (s. 226–229). I

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

avsnittet beskrivs hur kommunala samverkansavtal förhåller sig till unionsrätten, framför allt de så kallade Hamburgkriterierna.¹

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att tolkning och tillämpning av såväl EU-domstolens rättspraxis som upphandlingsdirektivens bestämmelser varit föremål för flera utredningar under senare år. Detta gäller särskilt hur undantaget förhåller sig till kommunal avtalssamverkan. Upphandlingsmyndigheten fick 2016 regeringens uppdrag att analysera undantaget vid Hamburgsamarbeten. Uppdraget resulterade i rapporten *Offentlig avtalssamverkan – om s.k. Hamburgsamarbeten och inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet*.² Kommunutredningen fick därefter i uppdrag att bland annat utreda en generell rätt till kommunal avtalssamverkan.³ Uppdraget i denna del slutfördes genom betänkandet *En generell rätt till kommunal avtalssamverkan* (SOU 2017:77), vars förslag i denna del i omarbetade form ledde till lagstiftning.⁴ Vidare publicerade Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO) under 2021 rapporten *Med gemensamma krafter – en ESO-rapport om kommunal avtalssamverkan*.⁵ Därefter har Statskontoret på regeringens uppdrag utrett frågan, vilket år 2023 redovisades i rapporten *Hand i hand – en analys av kommunal samverkan*.⁶

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att förhållandet till unionsrätten i allmänhet och Hamburgkriterierna i synnerhet har varit en återkommande fråga i samtliga dessa utredningar. Det är givetvis otillfredsställande att upphandlingsreglerna upplevs utgöra ett hinder mot en ändamålsenlig kommunal samverkan – inte minst utifrån de utmaningar som kommunerna står inför. Det är dock svårt att precisera betydelsen av de olika kriterierna och den närmare innebörden av EU-domstolens rättspraxis, med följd att det även är vanskligt att granska eller utveckla utredningens resonemang i dessa delar. Det är även fråga om en pågående rättsutveckling, där nya rättsfall från såväl EU-domstolen som nationella domstolar kan komma att tydliggöra förutsättningarna för kommunal avtalssamverkan över tid. Följden blir även att den närmare avfattningen av kommunala samverkansavtal kan avgöra om de omfattas av upphandlingsplikt eller inte. En fördel med försöksverksamhet är just att försöket kan komma att bringa klarhet i såväl de kommunalrättsliga som upphandlingsrättsliga ramarna innan modellen prövas av fler kommuner och regioner.

Sveriges förvaltningsmodell, med långtgående kommunalt självstyre och självständighet för de statliga myndigheterna, kan dessutom medföra att upphandlingsplikten omfattar fler samarbeten mellan offentliga organisationer i Sverige än i andra

¹ Detta undantag från upphandlingslagarnas tillämpningsområde betecknas i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) "upphandling mellan upphandlande myndigheter", se 3 kap. 17–18 §§ LOU. Undantaget kallas även "Hamburgsamarbeten" och "Hamburgundantaget".

² Upphandlingsmyndigheten, *Offentlig avtalssamverkan – om s.k. Hamburgsamarbeten och inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet*, Rapport 2017:3.

³ Dir. 2017:13.

⁴ Se *En generell rätt till kommunal avtalssamverkan* (prop. 2017/18:151) och främst 9 kap. 37–38 §§ kommunallagen (2017:725).

⁵ Olle Lundin, *Med gemensamma krafter – en ESO-rapport om kommunal avtalssamverkan*, rapport 2021:5.

⁶ Statskontoret, *Hand i hand – en analys av kommunal samverkan*, rapport 2023:5.

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

länder. Detta eftersom det blir så tydligt att samverkan sker mellan aktörer som är fristående i förhållande till varandra.

2.2 Försöksverksamhet med avtalssamverkan mellan regioner och kommuner om hälso- och sjukvård i hemmet (avsnitt 9.7)

2.2.1 Utredningens förslag

Utredningen föreslår att det genom en försökslag ska möjliggöras för kommuner och regioner att avtalssamverka om uppgifter inom specialiserad hälso- och sjukvård som kan utföras i hemmet även om dessa uppgifter inte ligger inom båda parter kompetens. Ett sådant avtal innebär inte att ansvaret för den hälso- och sjukvård som avtalet avser övergår till kommunen. Regionen får lämna sådant ekonomiskt bidrag till kommunen som motiveras av avtalet (s. 231 och 1 § i utredningens förslag till lag om försöksverksamhet med avtal om hälso- och sjukvård).

Av betänkandet framgår bland annat att Sveriges kommuner och regioner (SKR) upplever det problematiskt att regioner och kommuner endast kan samverka om sådant som ingår i bådas uppdrag (s. 230). Utredningens förslag innebär i korthet att en kommun genom en överenskommelse (samverkansavtal) kan åta sig att mot ersättning utföra sådan sjukvård som omfattas av förslaget och för vilken regioner ansvarar. Överenskommelsen innebär inte att ansvaret för den hälso- och sjukvård som avtalet avser övergår till kommunen.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att utredningens förslag och bedömning i denna del innebär att det ankommer på de samverkande parterna att se till att överenskommelser (samverkansavtal) som ingås i detta syfte inte strider mot upphandlingsregelverket (vilket även utredningen framhåller, se s. 235). Någon närmare analys av de upphandlingsrättsliga förutsättningarna innehåller inte betänkandet i denna del.

2.2.2 Hamburgkriterierna förutsätter samarbeten kring gemensamma mål

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att förslaget bland annat väcker frågan om innebörden av kravet på att en sådan överenskommelse ska syfta till ett samarbete kring ett gemensamt mål (3 kap. 17 § punkten 1 LOU och artikel 12.4 a i LOU-direktivet). Detta särskilt mot bakgrund att det tydligt framgår att förslaget inte innebär ansvaret för den aktuella tjänsten (sjukvården) övergår till kommunen eller utgör ett gemensamt ansvar för kommun och region.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att ansvaret för de aktuella vårdtjänsterna genom den föreslagna regleringen inte överförs från region till kommun, eller åligger dessa gemensamt. Det finns mot denna bakgrund en risk att sådana överenskommelser uppfattas som att regioner köper tjänster av kommunerna snarare än inrättar samarbeten med dem. Det finns mot denna bakgrund en risk att den föreslagna regleringen endast innebär att de *kommunalrättsliga* förutsättningarna för sådan avtalssamverkan tillskapas, medan de *upphandlingsrättsliga* kravet på att det

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

ska vara fråga om ett samarbete kring ett gemensamt mål inte uppfylls. En möjlig slutsats är att lagstiftaren, för att en kommun och en region med stöd av Hamburgkriterierna ska kunna ingå ett sådant samverkansavtal som beskrivs i betänkandet, formellt behöver bestämma att ansvaret för den aktuella vården är delat mellan den aktuella regionen och kommunen.

Betydelsen av vad som ska betraktas som "målet" för avtalssamverkan

En första fråga i denna bedömning är om det "mål" som ska uppnås med sådan samverkan som förslaget avser ska anses vara endast de aktuella vårdtjänsterna (uppgifter inom specialiserad hälso- och sjukvård som kan utföras i hemmet), eller om målet ska anses vara god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen, som är det övergripande målet för hälso- och sjukvården (se 3 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslag [2017:30]). Det framgår inte närmare av EU-domstolens rättspraxis hur preciserat eller avgränsat ett uppdrag, åliggande eller uppgift ska vara för att utgöra ett sådant gemensamt mål som undantaget förutsätter.⁷ Det är emellertid relativt klart att avtalsparterna inte behöver bidra på samma sätt till det gemensamma målet.⁸ Om det gemensamma målet i detta sammanhang ska anses vara att bidra till en god hälso- och sjukvård ökar enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning sannolikheten för att Hamburgundantaget är tillämpligt på sådan avtalssamverkan som föreslås kunna genomföras med stöd av den föreslagna försöksverksamheten.

Målet ska vara gemensamt för de samverkande parterna

Det bör vidare framhållas att det i Hamburgmålet var fråga om ett allmännyttigt uppdrag som var just *gemensamt* för de aktuella myndigheterna.⁹ Förutsättningen har upprepats i efterföljande rättspraxis.¹⁰ Detta kriterium har således stor betydelse för bedömning av om undantaget för Hamburgsamverkan är uppfyllt, när det är fråga om upphandlande organisationer som har olika författningsreglerade uppgifter. EU-domstolen har särskilt betonat att undantaget endast är tillämpligt om det är fråga om ett mål som är gemensamt för samtliga parter som ingår i samverkan – om deltagandet endast avser ett mål som inte delas med övriga samverkansparter är kriteriet inte uppfyllt.¹¹

Det ska vara fråga om samarbete kring målet

EU-domstolen har därutöver betonat att för att undantaget ska vara tillämpligt ska det vara fråga om just ett *samarbete*.¹² Sådana samarbeten ska vara "faktiska" och "äkta", och detta "kollaborativa inslag" förutsätter att målet är gemensamt för de upphandlande myndigheter som deltar i samverkan.¹³ Om ett avtal i stället i praktiken innebär att en part endast åtar sig att utföra en prestation mot betalning är kriterierna heller inte uppfyllda.

⁷ Se Olle Lundin, rapport 2021:5, s. 69-71.

⁸ Se skäl 33 i direktiv 2014/24 och EU-domstolens avgörande i C-796/18 *ISE* punkt 57.

⁹ Se C-480/06 ("Hamburgmålet") punkt 37.

¹⁰ Detta har upprepats i målet C-159/11 *Lecce* punkt 34, C-386/11 *Piepenbrock* punkt 21, 36 och 39, C-15/13 *HIS* punkt 16 och 34–35 samt C-429/19 *Remondis II* punkt 26-34.

¹¹ Se bland annat domen i de förenade målen C-383/21 och C-384/21 *Sambre & Biesme*, punkt 83–85.

¹² Se bland annat C-429/19 *Remondis II* punkt 29-30 och i C-383/21 och C-384/21 *Sambre & Biesme* punkt 81-82.

¹³ Se C-429/19 *Remondis II* punkt 37 respektive C-384/21 *Sambre & Biesme* punkt 82-83.

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

Andra upphandlingsrättsliga undantag för avtalssamverkan

De aktuella överenskommelserna utgör knappast sådan överföring av uppgifter mellan upphandlande organisationer som inte omfattas av upphandlingsreglerna.¹⁴ Såsom utredningen konstaterar kan regionerna i och för sig direktupphandla tjänsterna av kommunerna så länge värdet av tjänsten understiger den vid varje tidpunkt gällande gränsen för direktupphandling (19 a kap. 2 § LOU). Detta aktualiserar emellertid andra frågor, såsom hur värdet av sådana samarbetsavtal ska beräknas liksom tillämpning av det fåtal förfaranderegler i LOU som gäller vid sådan upphandling.

2.3 Försöksverksamhet avseende ändrat huvudmannaskap för primärvård (avsnitt 9.10)

Utredningen bedömer att kommuner och regioner bör ges möjlighet att i en försöksverksamhet kunna avtala om att kommuner ska ta över regionens ansvar för läkarvård inom primärvården för de grupper som finns i den kommunala hälso- och sjukvården (s. 245). Utredningen anser dock att detta bör hanteras av den pågående utredningen om stärkt medicinsk kompetens i kommunal hälso- och sjukvård, dir. 2023:98 (s. 246).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att en sådan överföring av uppgifter som utredningen beskriver sannolikt inte aktualiserar tillämpning av upphandlingsreglerna eftersom det rör sig just om överföring av huvudmannasvar (till skillnad från sådan samverkan som beskrivs i avsnitt 9.7 i betänkandet).

2.4 Konsekvenser för regioners och kommuners upphandlingar

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att en konsekvens av förslagen i denna del som inte berörs i betänkandet är att en stor del av hälso- och sjukvården i Sverige utförs av privata aktörer, genom upphandling eller inrättande av valfrihetssystem. Om kommuner i större utsträckning kommer utföra vissa vårdtjänster kan detta få till följd att de även kommer upphandla sådana vårdtjänster, eller åtminstone upphandla de varor och tjänster som behövs för att utföra sådana tjänster. Detta kan i sin tur förutsätta kompetens- och erfarenhetsutföring från regioner till kommuner, som möjligen kan försvåras om det är fråga om en tidsbegränsad försöksverksamhet. Situationer kan även uppstå där kommuner kan vilja överta befintliga avtal avseende sådana tjänster från regioner, vilket aktualiserar såväl affärsmässiga som upphandlings- och avtalsrättsliga aspekter.

3. Informationsdelning mellan inköpscentral och myndigheter (avsnitt 12.3)

3.1 Utredningens bedömning

Utredningen bedömer att regeringen bör ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att kartlägga vilka myndigheter som lämpligen bör ingå i en försöksverksamhet med informationsdelning mellan statliga myndigheter, och kommunala upphandlande

¹⁴ Se artikel 1.6 i LOU-direktivet och EU-domstolens dom i C-51/15 *Remondis I*.

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

myndigheter samt inköpscentraler vid upphandling av tjänster inom individ- och familjeomsorgsområdet (s. 336).

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens problembeskrivning men anser att frågan bör lösas i annan ordning.

3.2 Inledande anmärkningar

Upphandlingsmyndigheten konstaterar inledningsvis att upphandlingsdirektiven innehåller vissa regler om vilken myndighetsinformation som kan utgöra relevant bevisning vid leverantörsprovning i upphandling och hur provningen ska gå till. Dessa regler kom att förändras i de upphandlingsdirektiv som ligger till grund för tre av fyra nuvarande upphandlingslagar. Av denna anledning uttalade regeringen i lagrådsremissen 2015 att det fanns anledning att överväga anpassning av det regelverk som styr tillgången till uppgifter i belastningsregistret och att regeringen avsåg att återkomma i denna del.¹⁵ Formuleringen upprepades i propositionen till nytt regelverk, som beslutades följande år.¹⁶ Först i juni 2022 tillsattes emellertid en utredning med detta uppdrag – Leverantörskontrollsutredningen.¹⁷ Utredningens sedermera lämnade förslag om införandet av en ny ordning för samordnad registerkontroll föreslås av utredningen träda ikraft den 1 juni 2025. Även om förslagen genomförs – och därtill inom föreslagen tidsram – kommer det därmed ha förflutit tio år från det att regeringen konstaterat ett behov av regelreformer som möjliggör informationsdelning för att motverka arbetslivskriminalitet i upphandling, till det att nödvändiga lagstiftningsåtgärder genomförts. Mot bakgrund av att problemen med arbetslivskriminalitet i upphandling av många samhällsaktörer beskrivs som omfattande, och att möjligheten att utbyta information mellan offentliga aktörer för att motverka denna samhällsutmaning varit tydliga och återkommande, är detta naturligtvis inte tillfredsställande.

Denna erfarenhet har möjligen även fått andra följder: en sådan kan vara att eftersom lagstiftaren under närmare ett decennium underlåtit att vidta nödvändiga åtgärder för att möjliggöra upprätthållandet av en grundläggande ambitionsnivå vad gäller arbetslivskriminalitet i upphandling – uteslutning av leverantörer i de situationer detta är ett obligatoriskt enligt unionsrätten – så kan företrädare för upphandlande organisationer ha dragit slutsatsen att förebyggandet av arbetslivskriminalitet i upphandlingar inte är en uppgift för dem utan för andra samhällsaktörer. Till detta kan fogas att åtgärder mot osund konkurrens eller oseriösa aktörer inte utgör ett av målen i Sveriges Nationella upphandlingsstrategi, och omvänt berörs upphandlingsområdet endast kortfattat i den nationella strategin mot arbetslivskriminalitet. Det är även tydligt att problemen spridit sig till nya branscher och områden under senare år, inte minst inom upphandling av vård- och omsorg. Mot denna bakgrund delar Upphandlingsmyndigheten i stort den bakgrundsbeskrivning av utmaningarna med arbetslivskriminalitet i upphandling som finns i betänkandet (s. 331–333).

¹⁵ *Nytt regelverk om upphandling*, Lagrådsremiss den 4 juni 2015, s. 709.

¹⁶ *Nytt regelverk om upphandling*, prop. 2015/16:195, del 2, s. 771.

¹⁷ Dir. 2022:50.

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

Upphandlingsmyndigheten avstår från att kommentera eller utveckla utredningens resonemang i avsnittet om regelverket för uteslutning (avsnitt 12.3.3.), eftersom det egentligen saknar betydelse för den bedömning som utredningens resonemang i detta avsnitt mynnar ut i.

3.3 Uppdrag till Upphandlingsmyndigheten (avsnitt 12.4)

Upphandlingsmyndigheten anser det angeläget att informationsutbytet mellan olika aktörer i syfte att motverka arbetslivskriminalitet i upphandling utvecklas. Upphandlingsmyndigheten har i sitt remissvar över Leverantörskontrollutredningens betänkande anfört att det föreligger ett angeläget behov av fortsatt utredning och regelreformer inom området, och att en sådan översyn bör avse såväl obligatoriska som fakultativa uteslutningsgrunder. Myndigheten har även anfört att det vore värdefullt om en utredning tillsätts redan under arbetet med att införa systemet. Liknande synpunkter har framförts av andra remissinstanser, inklusive Konkursverket, Sveriges kommuner och regioner, Sveriges Offentliga Inköpare, Adda Inköpscentral AB och Region Stockholm.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar även att omvärldsläget och rättsutvecklingen – inte minst en rad nya unionsrättsliga regelverk – medför ett behov av att kunna vidga leverantörsprövningen i upphandlingar till att även omfatta såväl underleverantörsled som de som äger och kontrollerar företag. Det handlar till exempel om att skapa rättsliga förutsättningar för att kunna beakta betydelsen av leverantörens nationalitet eller vilka aktörer med anknytning till leverantören som ska och får kontrolleras vid tillämpning av de olika uteslutningsgrunderna. Även detta kan medföra behov av regelreformer av såväl upphandlingslagarna som av annan lagstiftning.

Ett annat argument mot att i dagsläget ge Upphandlingsmyndigheten detta uppdrag är att *Utredningen om förbättrade möjligheter till informationsutbyte mellan myndigheter* (Ju 2023:22) har i uppdrag att kartlägga behovet av att aktörer inom den offentliga sektorn får förbättrade möjligheter att utbyta information, särskilt i syfte att förhindra, förebygga, upptäcka, utreda eller ingripa mot fusk, felaktiga utbetalningar, regelöverträdelse eller brottslighet. I detta syfte har den utredningen under våren genomfört en enkätundersökning inom myndighetssverige för att undersöka detta behov. Resultatet från den undersökningen bör delvis kunna ligga till grund för den analys som nu aktuell utredning efterfrågar (och kan den inte det aktualiserar detta uppenbarligen behovet av bättre samordning inom utredningsväsendet).

Upphandlingsmyndigheten konstaterar mot denna bakgrund att regeringen snarast bör tillsätta en utredning med ett brett uppdrag att skapa rättsliga förutsättningar för att säkerställa att upphandlande organisationer kan genomföra en ändamålsenlig leverantörsprövning i upphandlingar. Utredningens förslag i denna del bör ingå som en del i ett sådant uppdrag.

Det kan även nämnas att även om Upphandlingsmyndigheten ges och genomför ett sådant uppdrag som utredningen föreslår, kommer sannolikt en sådan analys i vilket

Ert datum:
2024-01-11

Datum:
2024-04-10

Er ref:
Fi2023/03211

Diarienummer:
UHM-2024-0010

fall resultera i behov av regelreforming. Detta förutsätter i så fall att ett ytterligare beredningsunderlag tas fram och remitteras innan ny lagstiftning kan komma på plats. Detta riskerar att medföra att angelägen regelreforming kan komma att försenas. Även mot denna bakgrund anser Upphandlingsmyndigheten att ett mer ändamålsenligt sätt att skapa nödvändigt underlag vore att ge en särskild utredare ett bredare uppdrag som inkluderar den föreslagna kartläggningen.

Sammanfattningsvis delar Upphandlingsmyndigheten bedömningen ifråga om det behov av kartläggning som utredningen har identifierat men anser att frågan bör utredas i annan ordning tillsammans med andra närliggande frågor.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Henrik Grönberg har varit föredragande.

Inger Ek

Henrik Grönberg