

Datum Vår referens
2024-11-11 AD

Rättslig prövning av reserverade kontrakt

Upphandlingar med reserverade kontrakt, där endast vissa aktörer ges möjlighet att delta, frångår principen om mesta möjliga vård och omsorg av god kvalitet för varje skattekrona. Icke desto mindre finns en möjlighet att i vissa särskilda fall reservera kontrakt till icke vinstdrivande organisationer. För att detta ska få ske måste emellertid ett flertal rekvisit vara uppfyllda.

Uppsala kommun har reserverat upphandlingen av Ferlin vård- och omsorgsboende till icke vinstdrivande organisationer. Flera av Vårdföretagarna medlemmar har begärt överprövning av beslutet. Då Vårdföretagarna anser det som högst sannolikt att beslutet är lagstridigt och då vår utgångspunkt är att Sveriges omsorgstagare och skattebetalare alltid ska få ut mesta möjliga omsorg med god kvalitet har Vårdföretagarna fattat beslut om att finansiera den aktuella processen.

Från och med den 1 januari 2023 infördes en möjlighet att med stöd av LOU och LOV reservera rätten att delta i upphandlingar av vissa välfärdstjänster och vissa valfrihetssystem till idéburna organisationer. Såsom lagstiftningen har utformats har det från flera håll ifrågasatts huruvida den är förenlig med EU-rätten. Även inför införandet riktades det kritik från flertalet remissinstanser, däribland Lagrådet, Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket.

I ett flertal avgöranden har EU-domstolen slagit fast att det strider mot den EU-rättsliga s.k. likabehandlingsprincipen att reservera en upphandling för icke vinstdrivande organisationer om man inte kan påvisa sakliga skäl. Med sakliga skäl menas enligt domstolen att en reservation bland annat ska syfta till att uppnå sociala mål med tjänsten, bidra till budgetmässig effektivitet och att ersättningen till utövaren endast får täcka kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten och att eventuellt överskott (om sådant ändå uppstår) endast får gå till samma allmännyttiga ändamål som leverantören eftersträvar. Även EFTA-domstolen och senare Oslo tingsrätt har kommit till samma slutsats efter det att Oslo tingsrätt begärt förhandsavgörande i ett mål som rörde en upphandling av vårdplatser. Uppsala kommun har reserverat deltagandet i upphandlingen av Ferlin vård- och omsorgsboende, trots att dessa förutsättningar inte föreligger.

Utöver de kriterier som måste vara uppfyllda för att reservera ett kontrakt till en icke vinstdrivande organisation är myndigheter även bundna av proportionalitetsprincipen, vilken bland annat innebär att den begränsning av till exempel friheten att tillhandahålla tjänster som en reserverad upphandling utgör endast kan anses berättigad om den är avsedd att uppnå ett syfte av tvingande allmänintresse samt inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte. Uppsala kommun verkar mena att syftet med upphandlingen är att tilldela avtal till en idéburen organisation. Ett sådant syfte är inte legitimt.

Det är beklagligt att den nu aktuella upphandlingen måste bli en fråga för förvaltningsdomstolen att avgöra, detta trots EU-domstolens tydlighet vad gäller de kriterier som måste vara uppfyllda för att kunna reservera en upphandling.

Utöver den rent legala aspekten borde det från politiskt håll vara viktigt att säkerställa att våra skattepengar används så effektivt som möjligt. När bara vissa aktörer får vara med och tävla om ett avtal begränsas kommuninvånarnas möjlighet att få ut mesta möjliga omsorg av god kvalitet för varje skattekrona. Startfältet begränsar det möjliga resultatet. Det innebär också en begränsning av mångfalden av alternativ för invånarna.

Vårdföretagarna vill med hänvisning till ovanstående uppmana landets kommuner och regioner att tillse att eventuella beslut om reserverade kontrakt faktiskt föregås av en gedigen rättslig analys för att säkerställa att en reservation är tillåten.

Det räcker inte att som Uppsala kommun har gjort, reservera en offentlig upphandling med hänvisning till bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU eller att reservera ett valfrihetssystem med hänvisning till 1 kap. 2 a § LOV eftersom de bestämmelserna inte uppfyller kraven på sakliga skäl enligt den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen.”. Vi står självklart till förfogande för eventuella frågor.

Med vänlig hälsning,

Antje Dederling, förbundsdirektör Vårdföretagarna