

Stockholm Business Region Development AB, SBR
Ulrika Rosén

Några juridiska frågor kring kundval för företagarrådgivning

Uppdraget

Som generell utgångspunkt gäller att styrelsen i det kommunala aktiebolaget Stockholm Business Region Development AB (SBR) redan har beslutat att införa ett kundvalssystem (auktorisationsystem) för företagarrådgivning. Uppdraget är att göra en juridisk analys och bedömning av de rättsliga förutsättningarna för detta kundvalssystem. Det omfattar att belysa möjligheterna för Stockholm stad att i ett senare skede kunna samarbeta eller samverka med andra kommuner i ett motsvarande, gemensamt kundvalssystem för företagarrådgivning.

Utanför uppdraget

1. Uppdraget omfattar inte till någon del förutsättningarna i sig att samarbete/samverka, formerna för ett samarbete/samverkan eller något annat kopplat till interkommunal samverkan/samarbete på detta område.
2. I underlaget¹ för SBR:s styrelses beslut att införa ett kundval för företagarrådgivning anges att Stockholms stads juridiska avdelning har bedömt SBR som den mest naturliga administratören av systemet. Styrelsen har med detta som utgångspunkt beslutat att bolaget hanterar administration av modellen, omfattande auktorisering, ekonomisk hantering och uppföljning. Uppdraget omfattar utifrån detta inte frågor kopplade till grundbeslutet att kundvalssystemet i sin helhet hanteras av SBR inom ramen för dess uppdrag att enligt bolagsordningen arbeta med näringslivsutvecklingsfrågor. Det kommer således inte göras någon rättslig analys eller bedömning av att det är SBR som beslutar om kundvalssystemet, auktorisationsvillkor och att auktorisera företagsrådgivare.
3. Detta uppdrag omfattar inte heller beslutsprocess mellan SBR och kommunfullmäktige i Stockholms stad.

Begreppen kundvalssystem, valfrihetssystem och auktorisationssystem

Sedan mitten av 1980-talet har begreppet ”kundvalssystem” använts för en modell att tillhandahålla offentligt finansierade tjänster där den som tjänsten riktar sig till väljer mellan olika godkända aktörer som kan utföra den. I kundvalssystemen har begreppet ”auktorisering”

¹ Tjänsteutlåtande daterat den 22 augusti 2019 - Förslag på införande av kundvalsmodell avseende nyföretagarrådgivning i Stockholms stad.

använts för processen att godkänna aktörerna. Prövningen av om någon kan auktoriseras har skett utifrån ”auktorisationsvillkor”.

Senare tillkom begreppet ”valfrihetssystem” genom lagen om valfrihetssystem, LOV. Ett valfrihetssystem har samma struktur som ett kundvalssystem men lagen innehåller ett upphandlingsliknande system för hur aktörerna som ska utföra tjänsterna erhåller rätten att göra det. Lagen gäller för tjänster inom hälsovård och socialtjänster utifrån så kallade CPV-koder². Enligt 1 kap. 1 § andra stycket LOV är ett valfrihetssystem ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänd och tecknat kontrakt med.

Begreppet auktorisationssystem kommer efter en dom i EU-domstolen, kallad Falk-Pharma³. Det domstolen där prövade var, kortfattat uttryckt och något förenklat återgivet, om upphandlingsregelverket måste tillämpas när ett offentligt organ (upphandlande myndighet) inte gör något urval av vilka som ska få kontrakt; den som uppfyller i förväg angivna krav blir en valbar leverantör där någon annan än den offentliga aktören gör valet av vem som ska leverera. I den svenska lydelsen av domen används ”auktorisationsförfarande” för att beskriva det system som skulle prövas. Domen avser ett system som användes i Tyskland och som där benämns ”Zulassungsverfahren”. I den engelska språkversionen av domen används ”authorisation procedure” och i den franska ”procédure d’admission”. I skäl 4 till det nu gällande upphandlingsdirektivet används begreppet ”auktionssystem”.

Så är kundvalssystem, valfrihetssystem och auktorisationssystem olika saker?

Valfrihetssystem har en juridisk definition i LOV och bör därför användas för det sätt att ta fram leverantörer av offentligt finansierade tjänster som den lagen gäller för.

Kundvalssystem eller auktorisationssystem? En av de skillnader man idag kan se är att i de ursprungliga kundvalssystemen finns inte något avtal mellan den offentliga aktören och leverantören. Ordet auktorisation användes för att visa på att den offentliga aktören såg sin funktion som att godkänna leverantören, inte att avtala om utförandet av tjänsten. Avtalet ingicks mellan leverantören och den enskilde som tjänsten riktade sig till (exempelvis hemtjänst). Även om det i det auktorisationssystem som prövades i Falk Pharma-domen förelåg ett avtal går det inte att utifrån domens formuleringar eller vad som står i 4⁴ till upphandlingsdirektivet, dra slutsatsen att det måste finnas ett avtal mellan den offentliga aktören och leverantören.

Att använda beteckningen ”kundvalssystem för företagarrådgivning” kan inte antas automatiskt innebära att det blir juridiskt fel. Det viktiga är att systemet byggs på de principer som följer av Falk Pharma-domen och skäl 4 i upphandlingsdirektivet, för att inte medföra otillåtna direktupphandlingar. Jag kommer därför använda begreppen kundval och kundvalssystem i denna rapport, så att det går ihop med hur styrelsen har formulerat sig i sitt beslut.

² CPV-koderna regleras i Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

³ Mål C-410/14: Begäran om förhandsavgörande framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) den 29 augusti 2014 – Dr. Falk Pharma GmbH mot DAK-Gesundheit
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179464&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2890316>

⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Skulle styrelsen ändra till ”Auktorisationssystem för företagarrådgivning” så är det i i sig fullt möjligt.

Kundval med juridiska ögon

Kortfattat uttryckt befolkas ett kundvalssystem av tre aktörer.

Den första aktören är ett *offentligt organ* med ansvar för att enskilda personer får möjlighet att ta del av en offentlig tjänst, där det offentliga organet är ansvarigt för att

1. finansiera, dimensionera och följa upp tjänsten
2. ställa upp kriterier för den enskildes tillgång till tjänsten
3. godkänna leverantörer som får utföra den offentliga tjänsten.

Den andra är en *enskild person* som har rätt till att nyttja den offentliga tjänsten.

Den tredje är en *utförare* (leverantör) som ansvarar för att utföra tjänsten åt den enskilde personen.

Det som binder ihop dessa tre är *den offentliga tjänsten*.

Juridiskt gäller följande kring de tre aktörerna och den offentliga tjänsten, sett ur ett kundvalsperspektiv.

Det offentliga organet

Det offentliga organet har genom lag ansvar eller möjlighet att ha ansvar för en offentlig tjänst. Om det offentliga organet är en kommun (vilket denna rapport kommer att ha som utgångspunkt framöver), så är lagstödet endera

- en *speciallag* som säger att kommunen ska eller får tillhandahålla en offentlig tjänst till sina medlemmar
- en tolkning att det ingår i de *allmänna befogenheterna i 2 kap. kommunallagen* att tillhandahålla den offentliga tjänsten

2 kap. 1-2 §§ kommunallagen ger kommunerna och regionerna befogenhet att ha hand om angelägenheter av

- allmänt intresse
 - som har anknytning till kommunens eller regionens område eller
 - deras medlemmar
- men som inte enbart ska has omhand av
 - staten
 - en annan kommun
 - en annan region eller
 - någon annan.

I kravet på ”allmänt intresse” ligger ett förbud mot det som kallas understöd till enskild. Det innebär att så snart man prövar någons rätt till en offentlig tjänst, måste det finnas lagstöd för det. Utan lagstöd skulle det inte vara möjligt att ge exempelvis ekonomiskt bistånd (”socialbidrag”). Offentliga tjänster som den enskilde själv väljer att ta del av, som att nyttja simhallen eller ta del av kulturevenemang, är inte understöd till enskild.

Kommuner och regioner får allmänt stötta näringslivet inom sitt geografiska område. Individuellt riktat stöd till en enskild näringsidkare får dock ges bara om det föreligger synnerliga skäl. Synnerliga skäl betyder att det ska föreligga mycket starka allmänna intressen av att stödet ges.

Det offentliga organet ansvarar för att det finns någon som utför den offentliga tjänsten. I ett kundvalssystem gör den det genom att ställa upp krav som utföraren ska uppfylla. Det offentliga organet prövar om utföraren uppfyller kraven och om den gör det, ger den utföraren klartecken (avtal/tillstånd/godkännande) att erbjuda den enskilda personen tjänsten i fråga. Det offentliga organet låter alla utförare som uppfyller kraven ansluta sig som leverantörer, det görs inget urval på något sätt och det offentliga organet ställer inte upp några begränsningar för när man kan ansluta sig som leverantör.

Det offentliga organet har ett uppföljningsansvar för att utföraren utför den offentliga tjänsten enligt de uppställda kraven.

Det offentliga organet bestämmer vilken ersättning som utgår per utförd tjänst och betalar ut den ersättningen till utföraren, när tjänsten är utförd.

Om den enskilde har rätt till tjänsten endast efter en individuell prövning, så gör det offentliga organet den prövningen. När det offentliga organet är en kommun eller en region utgör prövningen kommunalrättsliga beslut som bara kommunen/regionen kan fatta. Detsamma gäller om det ska ske en prövning av hur mycket den enskilde ska få av den aktuella tjänsten.

Den enskilda personen

Offentliga tjänster nyttjas av enskilda individer. I ett kundvalssystem är det den enskilde som väljer vem som ska utföra tjänsten. Den enskilde ska på något sätt vara berättigad att ta del av den offentliga tjänsten från just det offentliga organet. Det kan vara för att tjänsten generellt erbjuds enskilda personer eller för att individen har rätt till den enligt lag.

Utföraren

Utföraren kan vara en del av det offentliga organet själv eller ett privaträttsligt organ. Utföraren anmäler att den vill vara en leverantör i kundvalssystemet och redovisar på vilka sätt som den uppfyller kraven. Den ansluts till systemet genom ett godkännande/avtal. Tidpunkten för när tjänsten ska utföras bestäms tillsammans med den enskilde.

Den offentliga tjänsten

Det har redan sagts mycket om den offentliga tjänsten;

- den är något som ett offentligt organ ska eller får tillhandahålla
- den kan utgå till den enskilde efter en prövning
- den kan utgå på den enskildes eget val att ta del av den

Det finns krav på hur den ska utföras. Dessa krav kan finnas både i lag och vara sådana som det offentliga organet ställer upp. Utföraren ska redovisa hur den uppfyller de kraven. Kraven kan avse både hur tjänsten ska utföras och utförarens kompetens att genomföra den.

Kundvalssystemets uppbyggnad för att inte omfattas av upphandlingsplikt

Enligt artikel 1 punkten 2 i det nuvarande upphandlingsdirektivet⁵ föreligger det en upphandling när

- en eller flera upphandlande myndigheter anskaffar
 - byggentreprenader, varor eller tjänster
- från ekonomiska aktörer
- genom ett offentligt kontrakt
- där de ekonomiska aktörerna har utvalts av de upphandlande myndigheter.

I den ovan nämnda domen som kallas Falk Pharma⁶ prövade EU-domstolen år 2014 om en procedur där alla ekonomiska aktörer som uppfyllde i förväg uppställda villkor fick ansluta sig i ett system där någon annan än den upphandlade myndigheten valde vem som skulle leverera, stred mot det dåvarande upphandlingsdirektivet⁷. Prövningen riktade in sig på vad som skulle anses vara ett offentligt kontrakt i direktivets mening.

I direktivet fanns följande definition för vad som omfattades av det⁸; ”*offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits 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 i den mening som avses i detta direktiv”.

EU-domstolen kom fram till att det inte förelåg ett offentligt kontrakt i upphandlingsdirektivets mening eftersom det inte gjordes något urval som resulterade i att någon vann⁹. Att ha chansen att vinna ett offentligt kontrakt hör ihop med fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster¹⁰. Den fria rörligheten påverkas inte av om man kan ansluta sig när man vill och ingen att tilldelats en rätt att leverera som andra inte får. EU-domstolen har i en dom den 1 mars 2018, mål C-9/17, Maria Tirkkonen, följt samma resonemang.

Auktorisationssystem förekommer som begreppi skäl 4 till det nya upphandlingsdirektivet, där det uttryckligen står 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.*”

Ett likande resonemang finns i skäl 114. Detta skäl handlar om personliga tjänster¹¹ som exempelvis kan vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster och där anges följande: ”*Medlemsstater och myndigheter har frihet att tillhandahålla dessa tjänster själva eller att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt, exempelvis genom att enbart finansiera sådana tjänster eller genom att*

⁵ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

⁶ Mål C-410/14: Begäran om förhandsavgörande framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) den 29 augusti 2014 – Dr. Falk Pharma GmbH mot DAK-Gesundheit

⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

⁸ artikel 1.2a i direktivet

⁹⁹ Para 34, mål C-410/14 (Falk Pharma)

¹⁰ Para 34, mål C-410/14 (Falk Pharma)

¹¹Skäl 114 till direktiv 2014/24/EU: Vissa kategorier av tjänster har på grund av sin natur fortfarande en begränsad gränsöverskridande dimension, nämligen de tjänster som kallas personliga tjänster, t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster.

bevilja licenser eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att ett sådant system tryggar en tillräcklig annonsering och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.”

Den definition av vad en upphandling är som finns i artikel 1 punkten 2 i det nuvarande upphandlingsdirektivet innebär också att den upphandlande myndigheten ska göra ett urval, för att det ska vara en upphandling i direktivets mening¹².

I 1 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling anges att med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Begreppet kontrakt har samma betydelse som i upphandlingsdirektivet¹³. Regeringen återger på sidan 355 i prop. 2015/16:195 till lagen om offentlig upphandling att auktorisationssystem inte är upphandling och konstaterar på sidan 356 att ett valfrihetssystem inte ska anses utgöra en upphandlingsrättslig anskaffning, vare sig genom en koncession eller genom något annat kontrakt¹⁴. Definitionen i den svenska lagen om offentlig upphandling utgör således inte ett rättsligt hinder mot kundvalssystem.

Kundvalssystem inom ramen för lagen om offentlig upphandling

Det är möjligt att skapa kundval inom ramen för lagen om offentlig upphandling. Det offentliga organet genomför då en ramavtalsupphandling där alla villkor är fastställda i ramavtalet. I ramavtalet finns då ett villkor om att tilldelning sker utifrån vem den enskilde har valt som utförare bland dem som har upphandlats. I ett upphandlat kundval löper avtalen på viss tid och nya utförare kan inte ansluta sig under avtalstiden.

SBR:s kundval för företagarrådgivning

Det beslut om kundval för företagarrådgivning som styrelsen för SBR har beslutat om innebär att det ska vara ett system som inte upphandlas. Den metod som rättsligt prövats och bedömts falla utanför upphandlingskraven är auktorisationssystem enligt skäl 4 i upphandlingsdirektivet och prövningen i främst målet Falk Pharma¹⁵.

SBR:s kundvalssystem för företagarrådgivning ska således konstrueras så att samtliga sökande utförare som anmäler sig, auktoriseras om de uppfyller de i förhand uppställda villkoren. Villkoren ska uppfylla grundläggande principer som följer av EUF-fördraget¹⁶. De får inte utformas så att de leder till skönsmässiga prövningar av om utföraren uppfyller kraven eller inte. Prövningen av om kraven är uppfyllda ska ske enbart på fakta.

¹² Lydelse artikel 1 punkten 2 direktiv 2014/24/EU: Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.

¹³ Prop. 2015/16:195 s 315 ff

¹⁴ Se även i SOU 2016:78, Ordning och reda i välfärden, där det görs ett konstaterande att det finns något som kallas auktorisationssystem som faller utanför upphandlingsrätten. Upphandlingsmyndigheten har också gett det svaret på en fråga i sin frågeportal.

¹⁵ Mål C-410/14: Begäran om förhandsavgörande framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) den 29 augusti 2014 – Dr. Falk Pharma GmbH mot DAK-Gesundheit

¹⁶ Etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.

Systemet ska vara öppet för anslutning när utföraren vill¹⁷. Ersättningen till utföraren är ett sådant villkor som ska vara fast och gälla lika för alla utförare som utför samma uppdrag.

Villkoren ska säkerställa att kommunfullmäktige mål och riktlinjer för verksamheten kan följas upp och ange hur allmänhetens insyn ska tillgodoses. Utgångspunkten för dessa villkor är det program för privata utförare som kommunfullmäktige i enlighet med 5 kap. 3 § kommunallagen ska anta för privata utförare varje mandatperiod.

Det går inte av Falk Pharma-domen dra slutsatsen att det måste föreligga ett avtal mellan det offentliga organet och utföraren. Det domstolen kom fram till är att det inte är fråga om ett sådant offentligt kontrakt som avses i upphandlingsdirektivet, när det inte görs ett urval. Därmed är systemet utanför upphandlingslagstiftningen. Det offentliga organet måste dock ha ett sätt att lägga fast att utföraren är godkänd. I och med att SBR som bolag inte kan fatta kommunalrättsliga beslut ska bolaget använda sig av en avtalsmodell för detta.

Företagarrådgivning är en offentlig tjänst som kan erbjudas de medlemmar som önskar få den, utifrån den kommunala kompetensen enligt 2 kap. 1 § kommunallagen. Det ska vara medlemmens val att delta. Tjänster som kan nyttjas enbart efter en individuell prövning måste det finnas stöd i lag för. Det lagstöd som skulle kunna finnas för att individuellt tilldela en medlem rätt till företagarrådgivning torde närmast vara 4 kap. 2 § socialtjänstlagen¹⁸. Utan särskilt stöd i lag kan inte heller en individuell prövning göras av ett kommunalt bolag. Bistånd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen prövas av den nämnd som har uppgift som socialnämnd enligt socialtjänstlagen.

Den enskilde kommunmedlemmen väljer utförare.

Genom att det finns ett avtal mellan SBR och var och en av de godkända utförarna finns det ett rättsmedel i form av möjligheten att stämma kommunen, om en utförare avauktoriseras genom att avtalet sägs upp eller hävs. En utförare som uppfattar att den inte kan bli godkänd på den grund att kundvalssystemet inte uppfyller kraven på att vara ett icke upphandlingspliktigt auktorisationsförfarande torde kunna använda de rättsmedel som finns i lagen om offentlig upphandling. Brister systemet i att vara ett auktorisationsförfarande får det antas att anslutningen av utförare är otillåtna upphandlingar.

Förutsättningar för en regional samverkan

Enligt 9 kap. 37 § kommunallagen får en kommun eller en region ingå avtal om att någon av dess uppgifter helt eller delvis ska utföras av en annan kommun eller en annan region. Detta kallas avtalssamverkan. Om man gör antagandet att en samverkan om företagarrådgivning är en sådan offentlig tjänst som inte måste upphandlas upphandlande myndigheter emellan¹⁹,

¹⁷ Domen i målet C-9/17, Tirkkonen, synes öppna för användningen av en stängd avtalstid men det var särskilda förhållanden kring den stängda avtalstiden i det målet.

¹⁸ Socialnämnden får ge bistånd utöver vad som följer av 4 kap. 1 § samma lag om det finns skäl för det.

¹⁹ 3 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling

Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

skulle Stockholms stad kunna samverka med andra kommuner om att erbjuda den tjänsten genom den aktuella kundvalsmodellen. Avtalssamverkan är dock en möjlighet för kommuner och regioner, inte kommunala bolag.

En första förutsättning för en avtalssamverkan mellan Stockholms stad och andra kommuner i regionen är således att kundvalssystemet finns inom staden, inte i SBR. Vilken roll SBR skulle kunna ha i en avtalssamverkan får utredas om frågan om ett regionalt kundvalssystem för företagarrådgivning blir aktuell.

Trollbäcken den 20 mars 2020

Helena Meier